

**UNITED STATES BANKRUPTCY COURT
SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK**

-----X	:	
In re: AVIANCA HOLDINGS S.A., <u>et al.</u> ,	:	Chapter 11
	:	
Debtors.	:	Case No. 20-11133 (MG)
-----X	:	(Jointly Administered)
	:	
AVIANCA HOLDINGS S.A., AEROVÍAS DEL	:	
CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA,	:	
TACA, INTERNATIONAL AIRLINES, S.A.,	:	Adv. Proc. No. 20-01244 (MG)
AVIANCA COSTA RICA S.A., and TRANS	:	
AMERICAN AIRLINES, S.A.,	:	
	:	
Plaintiffs,	:	
	:	
v.	:	
	:	
USAVFLOW LIMITED and CITIBANK, N.A.,	:	
	:	
Defendants.	:	
-----X	:	

**DECLARACIÓN DE JAIME ALBERTO ARRUBLA-PAUCAR APOYANDO LA
“MOTION, PURSUANT TO 11 U.S.C. §§ 105(a), 362(a), AND 365(e), AND FED. R. BANKR. P.
7065, FOR A BANKR. P. 7065, FOR A TEMPORARY RESTRAINING ORDER AND
PRELIMINARY INJUNCTION”**



Yo, Jaime Alberto Arrubla-Paucar, declaro lo siguiente:

I. Calificaciones

1. Soy un abogado colombiano cuya práctica se centra en asesoría en derecho comercial y contractual, así como en arbitrajes y litigios civiles, comerciales y contencioso administrativos. Me especializo en derecho de contratos, responsabilidad civil contractual y extracontractual y en disputas comerciales en general.
2. Por ocho años, fui magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el máximo órgano judicial en Colombia para asuntos civiles y comerciales.
3. Soy profesor de derecho en las principales universidades de Colombia y he publicado a nivel nacional e internacional acerca de derecho mercantil, responsabilidad civil extracontractual y contratos.
4. Mis credenciales académicas y profesionales se resumen en más detalle a continuación.

A. FORMACIÓN PROFESIONAL

5. Obtuve el título de abogado en la Universidad Pontificia Bolivariana en la ciudad de Medellín, en el año 1976. Al graduarme, inmediatamente inicié mi práctica en Colombia. Posteriormente, obtuve **(a)** cuatro títulos de especialización (que en Colombia son programas de posgrado de un año con dedicación parcial, enfocados en un área específica del derecho) en derecho canónico, derecho civil, derecho comercial y derecho laboral, entre 1978 y 1996; **(b)** un máster en derecho privado (e.g. responsabilidad civil, contratos y derecho comercial) en 1998; **(c)** un máster en estudios avanzados en derecho privado en la Universidad de Salamanca, España; y **(d)** un doctorado en derecho de la Universidad de Salamanca en 2014, graduándome *cum laude*.

B. EXPERIENCIA PROFESIONAL

6. He ejercido el derecho durante más de 40 años. Como se detalla a continuación, en mi carrera he combinado la práctica privada con el servicio público. Específicamente, desde 1988 hasta hoy, he sido el socio fundador de mi propio bufete de abogados, hoy Arrubla Devis, cuya práctica se centra en consultoría y resolución de conflictos contractuales, de responsabilidad civil y en disputas comerciales en general.
7. En tres ocasiones dejé la práctica privada para el servicio público, específicamente: **(a)** en 1982, trabajé durante un año como Jefe de Gabinete del Gobernador de Antioquia; **(b)** de 1998 a 2000, fui Secretario Jurídico de la Presidencia; y **(c)** de 2004 a 2012, fui Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el órgano judicial más importante para asuntos civiles y mercantiles. Además, fui su presidente en 2010.
8. Adicionalmente, desde el año 1980 he sido árbitro en la Cámara de Comercio de Medellín y desde el año 2000 en la Cámara de Comercio de Bogotá, los dos mayores centros de arbitraje de Colombia, y he actuado como árbitro en más de 50 procesos. He sido apoderado en múltiples procesos arbitrales en los principales Centros de Arbitraje del país y he actuado como experto en derecho colombiano en al menos 7 procesos judiciales y arbitrales, principalmente en Estados Unidos y Europa.

C. EXPERIENCIA ACADÉMICA

9. He sido profesor de derecho comercial y de contratos en varias universidades del país, tanto en pregrado como en posgrado, incluidas las facultades de derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, la Universidad de los Andes, la Universidad Externado de Colombia y la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, y soy profesor emérito en la Universidad Pontificia Bolivariana en Medellín (la mayor distinción que un profesor puede recibir en esa Universidad).

10. Soy autor de varias publicaciones sobre responsabilidad civil, derecho comercial y contratos, incluido un tratado denominado Contratos Mercantiles, en cuatro (4) tomos, que es utilizado en las principales facultades de derecho del país para las clases de contratos y similares y es recurrentemente citado en artículos académicos, sentencias judiciales en los diferentes niveles y laudos arbitrales. Además, he publicado docenas de artículos sobre los mismos temas en revistas y publicaciones especializadas en Colombia, América Latina y Europa. Adicionalmente, de manera frecuente imparto discursos en conferencias colombianas e internacionales sobre estos temas.

D. OTRAS CREDENCIALES

11. Actualmente soy **(a)** miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, uno de los más prestigiosos centros de estudios legales en Colombia, formado principalmente por antiguos miembros de la Corte Suprema y otras altas cortes, así como profesores distinguidos; **(b)** miembro del Comité Especial de Investigación Jurídica y Académica de la Corporación Excelencia en la Justicia, el mayor grupo de interés público y de reforma legal en Colombia; y; **(c)** Presidente Honorario del Colegio de Abogados de Medellín.

II. Desarrollo del Concepto

12. De acuerdo con la información que me ha sido proporcionada, bajo las leyes de los Estados Unidos de América, entre los efectos del rechazo del RSPA celebrado entre ciertas sociedades afiliadas a Avianca Holding S.A. ("Avianca") y conjuntamente con sus afiliados deudores los "Deudores") y USAVflow Limited ("USAV"), está que al contrato se le dará el mismo tratamiento que si hubiera sido incumplido por Avianca de acuerdo con la ley colombiana.
13. La ley aplicable al RSPA es la ley colombiana.

14. Se me ha pedido que analice los efectos del incumplimiento del RSPA por parte de Avianca debido al rechazo y los remedios contractuales disponibles para USAV, todo a la luz de la ley colombiana.
15. Además, he leído la declaración rendida por el doctor Jorge Suescún Melo dirigida a apoyar la objeción a la solicitud de rechazo presentada por el grupo de acreedores de USAV (la “Declaración de Suescún”)¹, a la cual también aludiré en esta declaración.
16. En esta declaración me referiré a los efectos del incumplimiento del RSPA como resultado del rechazo y los remedios disponibles para las partes, de acuerdo con el contrato mismo y la ley colombiana.

III. La ley colombiana permite a la parte cumplida escoger entre dos opciones ante el incumplimiento

17. De acuerdo con los artículos 870 del Código de Comercio² y 1546 del Código Civil³ todos los contratos bilaterales incluyen la denominada “condición resolutoria tácita”, así no haya sido expresamente acordada entre las partes y establecida en el contrato. De acuerdo con estas normas, ante el incumplimiento de una de las partes, la parte cumplida podrá, a su arbitrio, solicitar judicialmente la resolución o terminación del contrato o exigir su cumplimiento, en ambos casos con la correspondiente indemnización de perjuicios, si existieren.

¹ Second Declaration Of Jorge Seuscún Melo In Support Of Objection Of USAV Secured Lender Group To Debtors’ Motion For Entry Of An Order Authorizing Rejection Of Certain Executory Contracts [ECF No. 720].

² Código de Comercio, artículo 870: “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.”

³ Código Civil, artículo 1546: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”

18. La Corte Suprema de Justicia ha reconocido la existencia de esta condición tácita en su bien sentada jurisprudencia sobre la materia.⁴ En una relevante decisión al respecto, la Corte reconoció que la “condición resolutoria tácita” conlleva un derecho alternativo en cabeza de la parte cumplida, señalando lo siguiente:

*“la resolución (en este caso terminación) es opuesta o contraria al cumplimiento, por lo que mediante su ejercicio la parte que la plantee no habrá de ver realizado el objeto de la prestación directa ni indirectamente. (...) nada de esto (de la terminación) conduce a darle conformidad a su interés, el cual, en consecuencia, quedará frustrado (...) el carácter alternativo de las acciones no ha de decir más que el ejercicio de ambas no es ni lógica ni jurídicamente posible de manera simultánea por la contradicción que entre ellas se advierte.”*⁵

19. Estas normas fueron incluso reconocidas directamente por las partes en la Sección 3.01(e) del RSPA.

20. En la Declaración de Suescún se establece que, en su opinión, si Avianca rechaza “*el RSPA, lo cual entendemos que será equivalente a un incumplimiento, es USAV, y no los Deudores, quien tiene la posibilidad de buscar la rescisión del contrato a su entera discreción. Si USAV no busca la rescisión del RSPA (y la transacción que es objeto del contrato) no puede rescindirse*”.⁶

IV. No habiendo buscado la terminación del RSPA, USAV debe cumplir con los términos del contrato

21. USAV no ha buscado terminar el RSPA y, por el contrario, continúa cumpliéndolo, aunque esto pueda implicar un incumplimiento de las cláusulas de prioridad en la cascada de pagos del RSPA y del Contrato de Manejo de Efectivo.

⁴ Ver e.g. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 05 de julio de 2019, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo; Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 22 de octubre de 2003; M.P. Carlos Ignacio Jaramillo; Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 31 de octubre de 1994, M.P. Nicolás Bechara Simancas; Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 16 de julio de 1985; Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 05 de noviembre de 1979, M.P. Alberto Ospina Botero.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 10 de diciembre de 1990, M.P. Héctor Marín Naranjo. Ver también Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 22 de octubre de 2010, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

⁶ Declaración de Suescún ¶ 8 (traducción propia)

22. El incumplimiento del RSPA por su rechazo no termina automáticamente el RSPA ni extingue los derechos de Avianca en virtud del contrato. No es posible, desde ningún punto de vista bajo el derecho colombiano, que el incumplimiento conlleve al mismo tiempo a la terminación con respecto de una de las partes (en este caso Avianca y los Deudores) y el cumplimiento con respecto de la otra (en este USAV). Dicho de otro modo, no es posible que se siga cumpliendo el contrato con respecto de los derechos que se le otorgan a USAV y que se termine con respecto de los derechos correspondientes a Avianca y los Deudores, ni que se libere a USAV de cumplir con sus obligaciones mientras que no se libere también a Avianca de las suyas debido a la terminación. Como hemos mencionado, ante el incumplimiento de su contraparte, la parte cumplida tiene la opción de escoger entre la terminación o continuar con el cumplimiento, pero no puede escoger lo que más le convenga de cada opción.
23. Como USAV ha decidido continuar con la ejecución, Avianca continúa teniendo derecho a recibir el Precio Adicional de Venta de acuerdo con las cláusulas de prioridad en la cascada de pagos del Contrato de Manejo de Efectivo (2.01) y el RSPA (3.01).
24. Ante la decisión de USAV de no terminar el contrato, lo cual entendemos no ha buscado, USAV debe cumplir con sus obligaciones bajo el RSPA de seguir pagando el Precio Adicional de Venta, y Citibank debe seguir realizando esos desembolsos de acuerdo con la Sección 2.01 del Contrato de Manejo de Efectivo.
25. No seguir pagando a Avianca el Precio Adicional de Venta libremente acordado entre las partes, mientras que USAV sigue recibiendo los beneficios contractuales pactados a su favor como contraprestación por el pago del precio del contrato, no sólo podría implicar un incumplimiento del contrato por parte de USAV sino también un enriquecimiento sin justa causa, lo cual está expresamente prohibido por el artículo 831 del Código de

Comercio.⁷ Esta prohibición ha sido reconocida tanto por la Corte Constitucional⁸ como por la Corte Suprema de Justicia⁹.

26. Específicamente, esta última ha establecido lo siguiente en relación con esta prohibición:

. (...) la acerada jurisprudencia en materia de enriquecimiento sin causa exige, tanto en materia civil como mercantil, que un individuo obtenga una ventaja patrimonial; que como consecuencia de dicha ganancia exista un empobrecimiento de otro sujeto, esto es, que entre el enriquecimiento y la mengua haya correlación y correspondencia, es decir, que se observe un nexo de causalidad, que uno se deba a u origine en el otro; que el desplazamiento patrimonial se verifique sin causa jurídica que lo justifique, o lo que es igual, que la relación patrimonial no encuentre fundamento en la ley o en la autonomía privada (...)”¹⁰

27. En el presente caso, la ley colombiana establece que, ante el incumplimiento del RSPA por parte de Avianca debido al rechazo, USAV puede escoger entre la terminación o continuar cumpliendo el contrato, pero no puede seguir recibiendo los créditos y derechos sin pagar el Precio Adicional de Venta. Además, tampoco existe disposición alguna en el RSPA que permita a USAV retener el Precio Adicional de Venta ante el incumplimiento por el rechazo del RSPA. Por lo tanto, considero que, abstenerse de realizar estos pagos adicionales, puede cumplir con los requisitos que la ley colombiana exige para que se configure un enriquecimiento sin justa causa, lo cual está prohibido, además del posible incumplimiento del RSPA.

V. La indemnización de perjuicios de cara al incumplimiento

28. Como hemos mencionado, además de poder escoger entre la terminación o el cumplimiento, ante el incumplimiento de un contrato, la parte cumplida podrá exigir

⁷ Código de Comercio, artículo 831: “Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.”

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-219 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2012; No. Exp. 1999-00280;

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2012; No. Exp. 1999-00280;

también la correspondiente indemnización de perjuicios, si estos se generaron. Los perjuicios que se pueden reclamar ante el incumplimiento contractual en Colombia son sólo los ciertos y directos que tengan nexo de causalidad con el incumplimiento. Lo que busca la indemnización de perjuicios en la ley colombiana es situar a la parte cumplida en la posición en que hubiera estado si el incumplimiento no hubiera ocurrido.

29. Como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, *“en materia indemnizatoria, la premisa básica consiste en la reparación del daño causado, todo el daño y nada más que el daño, siempre y cuando tal sea cierto en su existencia ontológica.”*¹¹ En los mismos términos, la Corte Constitucional ha señalado que *“el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, más no puede superar este límite.”*¹²

30. Esta posibilidad de reclamar perjuicios ante el incumplimiento no es automática. Como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia:

*“para que proceda la reparación de perjuicios por el incumplimiento contractual, es preciso, según reiterada doctrina de la Corte, que se demuestre el daño del acreedor (o parte cumplida) y la relación causal entre éste y la culpa del deudor (o parte incumplida). No basta por lo tanto que se pruebe la inejecución del contrato para que automáticamente surja la obligación de resarcir perjuicios (...). Necesario es, entonces, como quiera que el incumplimiento contractual solo hace presumir la culpa y ésta es independiente del daño, que se demuestre plenamente este último como una consecuencia de aquella para que la condena por perjuicios pueda darse...Y como el incumplimiento de una obligación no irroga siempre perjuicios al acreedor y casos hay en los que incluso le proporciona beneficios, obvio es concluir que el perjuicio no es un efecto forzoso del incumplimiento, ni una presunción de él. Por eso, como regla general, quien demanda la indemnización de perjuicios debe demostrar que se le causaron...”*¹³

31. Ahora bien, los artículos 1592 a 1601 del Código Civil y el artículo 867 del Código de Comercio permiten que las partes establezcan en el contrato una pena en el evento de un

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 17 de noviembre de 2011, M.P. William Namén Vargas.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-197 de 1993.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 12 de diciembre de 1989 citada en Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 30 de noviembre de 2010, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

incumplimiento contractual. Este acuerdo, llamado cláusula penal, puede tener la naturaleza de una estimación anticipada de perjuicios que libera a la parte cumplida de probar el monto de los perjuicios en el evento de incumplimiento.

32. Existe otra modalidad de cláusula penal denominada de apremio, que permite exigir la pena además de los perjuicios, pero no nos ocuparemos de esta por no ser la que las partes acordaron en el RSPA.

33. En relación con la cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios a la luz del derecho colombiano, es importante hacer las siguientes precisiones:

- a. El artículo 1599 del Código Civil establece que *“habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado (...)”*. Por lo tanto, las partes pueden determinar los casos específicos en los cuales será posible para la parte cumplida exigir el pago de la cláusula penal;
- b. El artículo 1596 del Código Civil ordena que *“si el deudor (o parte incumplida) cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor (o parte cumplida) acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada (...)”*;
- c. El artículo 867 del Código de Comercio establece lo siguiente en relación con la posibilidad de los jueces de reducir equitativamente la pena cuando sea excesiva:

“Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.”

34. En relación con esta última norma, un reciente laudo arbitral resolvió reducir la cláusula penal pactada en el contrato con base en las siguientes consideraciones:

“(la cláusula penal) es susceptible de reducción si se dan los supuestos señalados en el artículo 867 del Código de Comercio. Por lo que procede a continuación el Tribunal a plantear sus consideraciones, basadas en dicha norma, para encontrar de recibo el planteamiento hecho por la Convocada en sus alegaciones finales en

el sentido de que la cláusula penal debe ser reducida; ello en la medida en que, de una parte, no todas las obligaciones cuyo incumplimiento se constató son determinadas o determinables en una suma cierta de dinero, y de otra, según ha quedado suficientemente explicado arriba, en el presente caso no se está en presencia de un incumplimiento total. Así pues, por haberse constatado que las obligaciones derivadas del contrato de promesa fueron ciertamente cumplidas en parte, resulta procedente la reducción permitida por la ley.”¹⁴

35. En la Sección 6.02 del RSPA las partes pactaron una cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios (con estos exactos términos en español y denominada en inglés como “*Liquidated Damages*”) como consecuencia de la terminación anticipada del contrato por un incumplimiento de Avianca que constituya un *Trigger Event*. Por lo tanto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1599 del Código Civil, los *Liquidated Damages* no proceden de manera automática, sino que pueden ser exigidos por USAV únicamente cuando dé por terminado el RSPA como consecuencia de un incumplimiento. Esto quiere decir que, ante un incumplimiento del RSPA en el cual USAV decida seguir ejecutando el contrato, como es el caso que nos ocupa, no habrá lugar a los *Liquidated Damages*, ya que las partes no lo estipularon para ese evento. Por lo tanto, en ese caso, USAV sólo tendrá derecho a exigir la indemnización de los perjuicios ciertos y directos que tengan nexo causal con el incumplimiento y que logre probar.

36. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la misma Sección 6.02 establece que, sólo ante el no pago de la cláusula penal por parte de Avianca cuando esta fuere exigible, Avianca autoriza a USAV para utilizar todos los recaudos (“*Collections*”) para el pago de esa cláusula penal. Por lo tanto, las partes expresamente acordaron que esto sólo ocurriría ante la falta de pago de la cláusula penal por parte de Avianca, en caso de que fuera exigible. Ello conlleva a que, necesariamente, cuando haya lugar a ella, USAV debe primero cobrarla a Avianca antes de proceder a compensarla con los *Collections*.

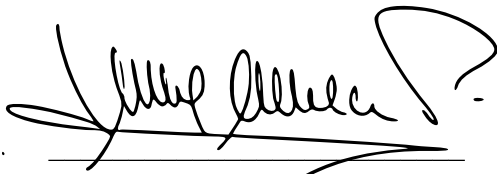
37. Sin perjuicio de lo anterior, incluso si se llegase a considerar que esta cláusula penal también sería aplicable al caso de incumplimiento por rechazo en el que no se termine el

¹⁴ Laudo Arbitral de Gloria Lucía Echeverry y otros contra Best Coal Company S.A.S, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, 16 de octubre de 2019, p. 99-100

RSPA, con lo cual no estoy de acuerdo, el juez deberá observar los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio y proceder con las reducciones equitativas a las que haya lugar.

Declaro bajo la pena de perjurio que lo anterior es cierto y correcto de acuerdo con mi conocimiento e información.

Firmado el 15 de octubre del 2020.



Jaime Alberto Arrubla-Paucar

EXHIBIT A

**CERTIFIED TRANSLATION OF
THE DECLARATION OF JAIME ALBERTO ARRUBLA-PAUCAR**



October 16, 2020

I hereby certify that I am a professional translator, that I abide by the Code of Ethics and Professional Practice of the *American Translators Association*, and that I have led the SPANISH to ENGLISH translation of the below-named document by a team of professional translators, who have translated it to the best of their knowledge.

DECLARATION OF JAIME ALBERTO ARRUBLA-PAUCAR IN SUPPORT OF THE “MOTION, PURSUANT TO 11 U.S.C. §§ 105(a), 362(a), AND 365(e), AND FED. R. BANKR. P. 7065, FOR A BANKR. P. 7065, FOR A TEMPORARY RESTRAINING ORDER AND PRELIMINARY INJUNCTION”

Signed,

Cathleen Waters

Founder, New World Medium

Translator of French, Spanish, Italian, Portuguese and English

American Translator's Association Membership no. 257918

**UNITED STATES BANKRUPTCY COURT
SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK**

-----X	:	
In re: AVIANCA HOLDINGS S.A., <u>et al.</u> ,	:	Chapter 11
	:	
Debtors.	:	Case No. 20-11133 (MG)
-----X	:	(Jointly Administered)
	:	
AVIANCA HOLDINGS S.A., AEROVÍAS DEL	:	
CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA,	:	
TACA, INTERNATIONAL AIRLINES, S.A.,	:	Adv. Proc. No. 20-01244 (MG)
AVIANCA COSTA RICA S.A., and TRANS	:	
AMERICAN AIRLINES, S.A.,	:	
	:	
Plaintiffs,	:	
	:	
v.	:	
	:	
USAVFLOW LIMITED and CITIBANK, N.A.,	:	
	:	
Defendants.	:	
-----X	:	

**DECLARATION OF JAIME ALBERTO ARRUBLA-PAUCAR IN SUPPORT OF THE
“MOTION, PURSUANT TO 11 U.S.C. §§ 105(a), 362(a), AND 365(e), AND FED. R. BANKR. P.
7065, FOR A BANKR. P. 7065, FOR A TEMPORARY RESTRAINING ORDER AND
PRELIMINARY INJUNCTION”**

I, Jaime Alberto Arrubla-Paucar, declare as follows:

I. Qualifications

1. I am a Colombian attorney whose practice is centered on advisory services in commercial and contractual law, as well as on arbitration and civil, commercial and administrative litigation. I specialize in contract law, contractual and extra-contractual civil liability and in commercial disputes in general.
2. For eight years I was a Justice of the Civil Division of the Supreme Court, the highest judicial body in Colombia for civil and commercial matters.
3. I am a law professor at the major Colombian universities and have published both domestically and internationally on commercial law, extra-contractual civil liability and contract law.
4. My academic and professional credentials are summarized below.

A. PROFESSIONAL BACKGROUND

5. I obtained a law degree from the Universidad Pontificia Bolivariana in the city of Medellín in 1976. Upon graduation, I immediately began practicing in Colombia. Later I obtained **(a)** four specialization qualifications (in Colombia, these are one-year part-time graduate programs, focused on a specific area of law) in canon law, civil law, commercial law and labor law, between 1978 and 1996; **(b)** a Master's degree in private law (e.g. civil liability, commercial contracts and law) in 1998; **(c)** a Master's degree in advanced studies in private law at the Universidad de Salamanca, Spain; and **(d)** a doctorate in law from the Universidad de Salamanca in 2014, graduating *cum laude*.

B. PROFESSIONAL EXPERIENCE

6. I have practiced law for more than 40 years. As I will describe in detail below, I have combined private practice with public service throughout my career. Specifically, from 1988 to the present, I have been the founding partner at my own law firm, currently Arrubla Devis, whose practice is centered on consultancy and the resolution of contractual disputes, on civil liability and on commercial disputes in general.
7. On three occasions I left private practice for public service, specifically: **(a)** in 1982 I worked for one year as Head of the Cabinet of the Governor of Antioquia; **(b)** from 1998 to 2000 I was Legal Secretary of the Office of the President; and **(c)** from 2004 to 2012 I was a Justice in the Civil Division of the Supreme Court of Justice, the most important judicial body in civil and commercial matters. I was also its President in 2010.
8. In addition, since 1980 I have been an arbitrator at the Chamber of Commerce of Medellín, and since 2000 at the Chamber of Commerce of Bogotá, the two largest arbitration centers in Colombia, and I have acted as an arbitrator in more than 50 cases. I have been an agent in many arbitration cases in the country's leading Arbitration Centers and have acted as an expert in Colombian law in at least seven judicial and arbitration proceedings, mainly in the United States and Europe.

C. ACADEMIC EXPERIENCE

9. I have been a professor in commercial and contract law at several universities in this country, in both undergraduate and graduate law courses, including the school of law at the Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, the Universidad de los Andes, the Universidad Externado de Colombia and the Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, and I am professor emeritus at Universidad Pontificia Bolivariana in Medellín (the highest distinction a professor can receive at that university).

10. I am the author of several publications on civil liability, commercial and contract law, including a treatise titled *Contratos Mercantiles* [Commercial Contracts], in four (4) volumes, which is used in the major law schools in the country for contract classes and similar matters and is regularly cited in academic articles, judgments at various levels and in arbitration awards. In addition, I have published dozens of articles on the same topics in specialized journals and publications in Colombia, Latin America and Europe. Moreover, I frequently give presentations at Colombian and international conferences on these topics.

D. OTHER CREDENTIALS

11. I am currently (a) a full member of the Academia Colombiana de Jurisprudencia, one of the most prestigious centers for legal study in Colombia, composed chiefly of former members of the Supreme Court and other high courts, as well as distinguished professors; (b) a member of the Special Committee of Legal and Academic Research of the Corporación Excelencia en la Justicia, the largest public interest group for legal reform in Colombia; and; (c) Honorary President of the Bar Association of Medellín.

II. Development of the Opinion

12. Based on the information I have been given, among the effects of the rejection of the RSPA formalized between certain affiliated companies of Avianca Holding S.A. (“Avianca” and, jointly with its affiliated debtors, the “Debtors”) and USAVflow Limited (“USAV”), under the laws of the United States of America the agreement would have been afforded the same treatment had it been Avianca that had been in breach of the agreement under Colombian law.
13. Colombian law is the law applicable to the RSPA.

14. I have been asked to analyze the effects of breach of the RSPA by Avianca as a result of the rejection and the contractual remedies available to USAV, all in light of Colombian law.
15. In addition, I have read the Declaration submitted by Dr. Jorge Suescún Melo in support of the objection to the application for rejection filed by the USAV creditor group (the “Suescún Declaration”),¹ which will also be referred to in this declaration.
16. In this declaration I will discuss the effects of breach of the RSPA as a result of its rejection, and the remedies available to the parties, in accordance with the agreement itself and Colombian law.

III. Colombian law allows the non-breaching party to choose between two options in the event of breach of contract

17. Pursuant to article 870 of the Commercial Code² and article 1546 of the Civil Code,³ all bilateral contracts are understood to include a “tacit rescissory provision,” even if it has not been expressly agreed to between the parties and stipulated in the agreement. Under these regulations, in the event of breach by one of the parties the non-breaching party may, at its discretion, request the rescission or termination of the agreement or enforcement of compliance, in both cases with the corresponding compensation for damages, if any.

¹ Second Declaration of Jorge Suescún Melo in Support of Objection of USAV Secured Lender Group to Debtors’ Motion for Entry of an Order Authorizing Rejection of Certain Executory Contracts [ECF No. 720].

² Commercial Code, article 870: “In bilateral contracts, in the event of default by one of the parties, the other party may request rescission or termination thereof, with payment of compensation for damages, or enforce the obligation, with payment of compensation for payment in arrears.”

³ Civil Code, article 1546: “In bilateral contracts, the rescissory provision is applicable in the event of the agreed provisions not being complied with by one of the contracting parties.”

However, in that event the other contracted party may request either rescission or compliance with the contract with payment of compensation for damages, at its discretion.”

18. The Supreme Court of Justice has recognized the existence of this tacit provision in its settled jurisprudence on the matter.⁴ In a relevant decision the Court recognized that the “tacit rescissionary provision” involves an alternative right for the complying party, stating as follows:

*“recission (in this case termination) is opposite or contrary to compliance, in consequence of which the party exercising it will have failed to experience the fulfillment of the purpose of the provision either directly or indirectly . (...) none of this (the termination) serves to satisfy its interest, which, in consequence, will be frustrated (...) the dissimilar nature of these actions must assert no more than that the simultaneous exercise of both of these is neither logically nor legally possible in view of the evident contradiction implied by them.”*⁵

19. These regulations were also explicitly recognized by the parties in Section 3.01(e) of the RSPA.
20. In his Declaration, Suescún gives it as his opinion that if Avianca rejects *“the RSPA, which we understand would be the equivalent of a breach, USAV, and not the Debtors, would have the right to seek rescission of the agreement at its sole discretion. Should USAV fail to seek the rescission of the RSPA (and the transaction that forms the purpose of the agreement), it cannot be rescinded.”*⁶

IV. Having not sought the termination of the RSPA, USAV is bound to comply with the terms of the agreement

21. USAV has not sought to terminate the RSPA, and to the contrary continues to comply with it, albeit in breach of the cash waterfall priority provisions stipulated in the RSPA and the Cash Management Agreement.

⁴ See for example Supreme Court of Justice, Civil Division, judgment of July 05, 2019, Reporting Judge Álvaro Fernando García Restrepo; Supreme Court of Justice, Civil Division, Judgment of October 22, 2003; Reporting Judge Carlos Ignacio Jaramillo; Supreme Court of Justice, Civil Division, Judgment of October 31, 1994, Reporting Judge Nicolás Bechara Simancas; Supreme Court of Justice, Civil Division, Judgment of July 16, 1985; Supreme Court of Justice, Civil Division, Judgment of November 05, 1979, Reporting Judge Alberto Ospina Botero.

⁵ Supreme Court of Justice, Civil Division, Judgment of December 10, 1990, Reporting Judge Héctor Marín Naranjo. See also Supreme Court of Justice, Civil Division, Judgment of October 22, 2010, Reporting Judge Carlos Ignacio Jaramillo.

⁶ Suescún Declaration ¶ 8 (my translation).

22. The breach of the RSPA by rejection does not automatically terminate the RSPA or extinguish Avianca's rights under the agreement. It is not in any circumstances possible under Colombian law for the breach at one and the same time to entail the termination of the agreement with respect to one of the parties (in this case Avianca and the Debtors) and compliance with respect the other party (in this case USAV). In other words, it is not possible for the agreement to continue being complied with with respect to the rights granted to USAV and for it to be terminated with respect to the rights corresponding to Avianca and the Debtors, nor for USAV to be released from compliance with its obligations so long as Avianca is also not released from its [obligations], due to the termination. As stated above, the complying party has the option to select between termination or continued compliance in the event of breach by its counterpart, but it cannot select that which is most convenient for its interests from each option.
23. Since USAV has opted to continue implementation, Avianca shall continue enjoying the right to receive the Additional Sale Price pursuant to the cash waterfall priority clauses in the Cash Management Agreement (2.01) and the RSPA (3.01).
24. In view of USAV's decision not to terminate the RSPA, which I understand it has not sought to do, USAV must comply with its obligations under the RSPA to continue paying the Additional Purchase Price, and Citibank must continue making those disbursements pursuant to Section 2.01 of the Cash Management Agreement.
25. Failure to pay Avianca the Additional Purchase Price freely agreed to between the parties while USAV continues to receive the benefits agreed in its favor as compensation for the payment of the price of the agreement could not only imply breach of the agreement by USAV but also an instance of undue enrichment expressly prohibited by article 831 of the Commercial

Code.⁷ This prohibition has been recognized by both the Constitutional Court⁸ and the Supreme Court of Justice.⁹

26. Specifically, the latter has stated as follows in respect of this prohibition:

*“(...) the settled jurisprudence regarding undue enrichment requires, in both civil and commercial matters, an individual to obtain a financial advantage; that as a consequence of that advantage there is impoverishment of another person, i.e. that a correlation and correspondence exists between the advantage and the impoverishment, in other words that a causal nexus can be seen that is due to or originates in the other; that the financial transfer is verified to have no legal ground or, put another way, that the financial relationship has no basis in law or in private autonomy (...).”*¹⁰

27. In this case, Colombian law provides that, upon breach of the RSPA by Avianca due to the rejection, USAV may choose either termination of the agreement or continued compliance with the agreement, but it may not continue receiving the credits and rights without paying the Additional Purchase Price. Furthermore, there is no provision whatsoever in the RSPA such as to allow USAV to retain the Additional Purchase Price in the event of breach due to the rejection of the RSPA. I therefore consider that any failure to make those additional payments may meet the requirements stipulated in Colombian law to constitute undue enrichment, which is prohibited, in addition to the possible breach of the RSPA.

V. Compensation for damages in the event of the breach of agreement

28. As stated above, in addition to being able to choose between termination or compliance, in the event of breach of an agreement the complying party may also demand

⁷ Commercial Code, article 831: “No party may enrich itself without just cause at the expense of another.”

⁸ Constitutional Court, Judgment T-219 of 1995, Reporting Judge Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹ Supreme Court of Justice, Civil Division, Judgment of December 19, 2012; Case File No. 1999-00280.

¹⁰ Supreme Court of Justice, Civil Division, Judgment of December 19, 2012; Case File No. 1999-00280.

the corresponding compensation for damages, if any. Only those damages that are certain and direct and that have a causal nexus with the breach may be claimed in respect of breach of contract in Colombia. The aim of compensation for damages under Colombian law is to place the complying party in the position it would have been in had the breach not occurred.

29. As has been recognized by the Supreme Court of Justice, *“with respect to compensation, the basic premise consists in redress for the damage caused, all the damage and nothing but the damage, so long as the underlying existence of that damage is certain.”*¹¹ Similarly, the Constitutional Court has stated that *“compensation for damages must correspond directly with the magnitude of the damage caused, but it cannot exceed that limit.”*¹²

30. This ability to claim for damages upon breach is not automatic. As the Supreme Court Justice has recognized:

*“in order for compensation for damages upon breach of contract to be applicable, according to the settled doctrine of the Court it is necessary for the loss to the creditor (or the complying party) to be demonstrated as well as the causal relationship between the latter and the negligence of the debtor (or non-complying party) to be demonstrated. It is therefore not sufficient to demonstrate the non-implementation of the contract for the obligation to compensate damages to arise automatically (...). Since the breach of contract only allows for the presumption of negligence and since the latter is independent of the damage, it is therefore necessary for the latter to be fully demonstrated as a consequence of the former in order for an award for damages to be handed down... And since the breach of an obligation does not always cause losses to the creditor and there are instances in which it may even benefit it, it is reasonable to conclude that damages are not a necessary effect of breach, nor a presumption of it. Therefore, as a general rule, the party that seeks the compensation for damages must demonstrate that they were caused.”*¹³

31. However, articles 1592 to 1601 of the Civil Code and article 867 of the Commercial Code allow the parties to stipulated penalty in the agreement in the event of a

¹¹ Supreme Court of Justice, Civil Division, Judgment of November 17, 2011, Reporting Judge William Namén Vargas.

¹² Constitutional Court, Judgment C-197 of 1993.

¹³ Supreme Court of Justice, Civil Division, Judgment of December 12, 1989, cited in Supreme Court of Justice, Civil Division, Judgment of November 30, 2010, Reporting Judge Arturo Solarte Rodríguez.

breach. This agreement, known as the penalty clause, may have the character of liquidated damages that release the complying party from the obligation of demonstrating the amount of the damages in the event of breach.

32. There is another type of penalty clause known as compulsion that allows the penalty to be enforced in addition to the damages, but I shall not dwell on this since it was not agreed to by the parties in the RSPA.
33. With respect to the penalty clause for liquidated damages under Colombian law, it is important to make the following clarifications:
- a. Article 1599 of the Civil Code provides that *“there will be grounds to enforce the penalty in all circumstances in which it has been stipulated (...)”*. Therefore, the parties may establish the specific circumstances in which it shall be possible for the complying party to demand payment of the penalty clause;
 - b. Article 1596 of the Civil Code requires that *“should the debtor (or party in breach) comply with only part of its obligations and the creditor (or complying party) accepts such part, the former is entitled to a proportionate reduction in the stipulated penalty (...)”*;
 - c. Article 867 of the Commercial Code provides as follows with respect to the possibility of judges equitably reducing the penalty when it is excessive:

“When the main obligation is not assessed or cannot be assessed in a specific amount of money, the judge may equitably reduce the penalty if it is deemed to be manifestly excessive, taking into account the creditor’s interest in the compliance with the obligation. He or she shall do likewise when the principal obligation has been complied with in part.”

34. Regarding the latter regulation, a recent arbitral award resolved to reduce the penalty clause agreed to in the contract based on the following reasoning:

“(the penalty clause) is susceptible to reduction should the circumstances stipulated in article 867 of the Commercial Code apply. The Court must therefore explain its reasoning, based on the aforementioned regulation, in order to accept the position set forth by the Respondent made in its closing arguments to

*the effect that the penalty clause should be reduced, in view of the fact that, on the one hand, not all the obligations that were found to have been breached have been assessed or are assessable in a certain amount of money and, on the other, as has been sufficiently explained above, we do not in the present case find ourselves with an instance of full breach. Therefore, to the extent that it has been demonstrated that the obligations arising from the promissory agreement were certainly partially complied with, the reduction permitted in law is applicable.”*¹⁴

35. In Section 6.02 of the RSPA the parties agreed to a penalty clause of *estimación anticipada de perjuicios* (using that exact term in Spanish and describing it in English as “Liquidated Damages”) as a consequence of the early termination of the agreement due to breach by Avianca that constitutes a *Trigger Event*. Therefore, pursuant to the provisions set forth in article 1599 of the Civil Code, Liquidated Damages are not automatically applicable but may be sought by USAV only when it deems the RSPA to be terminated in consequence of breach. This means that, in a circumstance of breach of the RSPA in which USAV decides to continue implementing the agreement, as in the instant case, there shall be no ground for the Liquidated Damages since the parties made no stipulation for such an event. Consequently, USAV shall in this case only have the right to demand compensation for the certain and direct damages having a causal link with the breach and successfully demonstrated by it.
36. In addition, it must be taken into account that this same Section 6.02 also provides, in the sole event of nonpayment by Avianca of the penalty clause where this is enforceable, for Avianca to authorize USAV to use all of its collections to pay that penalty clause. Consequently, the parties expressly agreed that this would only occur in the event of a failure by Avianca to pay the penalty clause, should it be enforceable. This necessarily means that, where applicable, USAV must first demand payment from Avianca before proceeding to compensate it against the Collections.
37. Without prejudice to the foregoing, even were the penalty clause also deemed to be applicable in the event of breach for rejection in which the RSPA was not terminated,

¹⁴ Arbitration Award of Gloria Lucía Echeverry et al. vs. Best Coal Company S.A.S, Arbitration Center of the Chamber of Commerce of Bogotá, October 16, 2019, pp. 99–100.

with which I am not in agreement, the judge shall be required to observe article 1596 of the Civil Code and article 867 of the Commercial Code and make the corresponding equitable reductions.

I hereby declare under the penalty of perjury that the foregoing is true and correct to the best of my knowledge and information.

Signed on October 15, 2020.

[signature]

Jaime Alberto Arrubla-Paucar

EXHIBIT B

SOURCES

Código de Comercio de Colombia – Decreto 410 de 1971

Artículo 870. En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.

Código Civil de Colombia – Ley 84 de 1873

Artículo 1546. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado ponente

SC1662-2019

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

(Aprobado en sesión de dos de mayo de dos mil dieciocho)

Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de dos mil diecinueve (2019).-

Derrotado el proyecto inicialmente presentado por la Magistrada Sustanciadora y designado el conjuez para su decisión, se sometió a estudio el proyecto mediante el cual la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia procede a resolver el recurso de casación interpuesto por la señora **MARÍA JANETH DÍAZ GÓMEZ**, quien es cesionaria de los derechos litigiosos de MCT MANAGEMENT S. EN C. S. persona jurídica que a su turno adquirió dichos derechos del primigenio demandante y demandado en reconvención, señor **GUSTAVO CHÁVEZ MATELLANA**, frente a la sentencia del 18 de octubre de 2012, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, dentro del proceso ordinario que este último promovió en contra de **FRANCISCO JOSÉ CAMACHO AMAYA**,

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

HEREDEROS INDETERMINADOS de **MARÍA CRISTINA HERNÁNDEZ DE CAMACHO** y demás **PERSONAS INDETERMINADAS** con interés en el inmueble materia del litigio.

ANTECEDENTES

1. En la demanda con la que se dio inicio al proceso arriba referenciado, que obra en los folios 77 a 90 del cuaderno No. 1, subsanada con el escrito visible en los folios 92 y 93 siguientes, se solicitó en síntesis, declarar que el actor ganó por el “[m]odo” de la “[p]rescripción [e]xtraordinaria [a]dquisitiva”, la propiedad del inmueble distinguido con los números 109-51 de la carrera 4ª Este de la nomenclatura urbana de esta ciudad, identificado además por los linderos y características precisados en el mismo libelo introductorio; y que, como consecuencia de lo anterior, se ordene la inscripción del correspondiente fallo en la matrícula inmobiliaria No. 050-0545092 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá.

2. En sustento de tales pretensiones, se adujeron los hechos que a continuación se compendian:

2.1. En el mes de diciembre de 1969, el actor recibió de manos de Francisco José Camacho Amaya y María Cristina Hernández de Camacho el inmueble materia de la acción, conforme documento firmado entre ellos.

2.2. Desde entonces, el accionante comenzó a poseer real y materialmente dicho bien, de manera ininterrumpida,

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

pública, quieta y pacífica, realizando actos de verdadero dueño como conservarlo, reformarlo, pagar gravámenes, impuestos y servicios públicos, declararlo fiscalmente y mejorarlo.

2.3. Ni los demandados, ni ninguna otra persona, han desconocido la condición de poseedor del actor y frente a la perturbación de que fue objeto, él *“proveyó de inmediato para la defensa de sus intereses y legítimos derechos como propietario, en actuación que cursa actualmente en el JUZGADO 18º CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ”*.

3. El Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de esta capital, al que por reparto le correspondió conocer el asunto, admitió la demanda con auto del 20 de mayo de 1991, en el que además ordenó el emplazamiento de los HEREDEROS INDETERMINADOS de la señora María Cristina Hernández de Camacho y de las PERSONAS INDETERMINADAS con interés en el inmueble objeto de la usucapión suplicada¹.

4. El demandado FRANCISCO JOSÉ CAMACHO AMAYA fue notificado del proveído atrás relacionado en forma personal, por intermedio del apoderado judicial que designó para que lo representara, en diligencia cumplida el 28 de mayo de 1992².

En tiempo, realizó los siguientes actos defensivos:

4.1. Contestó el libelo, en desarrollo de lo cual se opuso al acogimiento de sus pretensiones, manifestó no ser

¹ Fl. 94, c. 1.

² Fl. 134, c. 1.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

ciertos los hechos en él plateados y bajo la denominación de “EXCEPCIONES DE MÉRITO” alegó la “[c]arencia de derecho, no ser poseedor el demandante, incumplimiento del demandante, nulidad absoluta y relativa, compensación, prescripción y en general todas aquellas que resultaren probadas”³, sin ningún desarrollo o sustentación de las mismas.

4.2. Por aparte, formuló demanda de reconvención⁴, en la que solicitó, de forma principal, declarar que él y la sucesión de María Cristina Hernández de Camacho, son los propietarios del inmueble disputado; su restitución por parte de Gustavo Chávez Matallana; y condenar a éste a pagar los “*frutos naturales y civiles que ha debido producir (...) según se determinará en el curso del proceso*”.

Subsidiariamente, sobre la base de que entre las partes se celebró un contrato de promesa de compraventa, solicitó la resolución del mismo, por incumplimiento del reconvenido; y que, en tal virtud, se ordene a éste restituir el inmueble materia de la negociación, junto con los frutos y deterioros causados, y sin derecho al reconocimiento de mejoras.

En respaldo de tales reclamaciones, el reconviniente adujo la celebración entre las partes, del contrato de promesa de compraventa sobre el que versaron las mismas; que en razón de éste, se entregó al prometiente comprador, Gustavo Chávez Matallana, el inmueble disputado; que él incumplió ese acuerdo de voluntades, como quiera que no efectuó los pagos estipulados, ni compareció a la notaría en

³ Fls. 133 y 134, c. 3.

⁴ Fls. 115 a 132, cd. 3, subsanada con escrito de fl. 142 *ibidem*.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

la oportunidad fijada para el otorgamiento del instrumento con el que se perfeccionaría la enajenación; y que el nombrado no se hizo parte en el concurso de acreedores de Francisco José Camacho Amaya, tramitado en el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, a exigir la satisfacción de la obligación de hacer, consistente en el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de venta.

5. La curadora *ad litem* designada para representar a los HEREDEROS INDETERMINADOS de María Cristina Hernández de Camacho, así como a las PERSONAS INDETERMINADAS con interés en el inmueble materia de la controversia, se notificó personalmente del proveído admisorio, el 21 de febrero de 1994⁵. En la contestación que presentó, se pronunció solamente sobre los hechos aducidos⁶.

6. En condición de HEREDEROS DETERMINADOS de la citada causante, comparecieron al proceso los señores MARÍA CLARA CAMACHO DE NAVARRETE, ANA RITA CAMACHO DE TOBÓN, MAURICIO FRANCISCO CAMACHO HERNÁNDEZ, ROBERTO JOSÉ CAMACHO HERNÁNDEZ, JUAN RICARDO CAMACHO HERNÁNDEZ y FRANCISCO JAVIER CAMACHO HERNÁNDEZ⁷.

Emplazados los terceros interesados⁸, se les designó curadora *ad litem*⁹, a quien se le enteró personalmente del

⁵ Fl. 150, cd. 1.

⁶ Fls. 151 y 152, cd. 1.

⁷ Fls. 118 a 128, cd. 1.

⁸ Fls 191 a 200, cd. 1.

⁹ Fl. 200, cd. 1.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

auto admisorio en diligencia del 18 de julio de 1997¹⁰. La auxiliar de la justicia replicó el libelo introductorio, en desarrollo de lo cual se refirió a los hechos allí alegados¹¹.

7. La demanda de reconvención atrás relacionada, fue admitida mediante auto del 18 de mayo de 1999, que se notificó por estado del día 20 siguiente¹².

El reconvenido la contestó en tiempo y, en tal virtud, se opuso a sus pretensiones principales y subsidiarias, se pronunció de distinta manera sobre los hechos en ella invocados y formuló las excepciones meritorias que denominó “*PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO*”, “*EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*”, “*MUTUO DISENSO*”, “*INEXISTENCIA DE LA ACCIÓN*” y “*PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN*”¹³.

En escrito separado, planteó las excepciones previas de “*FALTA DE COMPETENCIA*”, “*COMPROMISO Y CLÁUSULA COMPROMISORIA*” y “*CADUCIDAD*”¹⁴, que fueron denegadas en primera instancia (auto del 12 de octubre de 1999¹⁵), determinación que el Tribunal Superior de Bogotá confirmó, en proveído del 19 de enero de 2001¹⁶.

8. Mediante auto del 17 de julio de 2007 se aceptó la cesión de derechos litigiosos que el primigenio actor

¹⁰ Fl. 218, cd. 1.

¹¹ Fls. 217 y 218, cd. 1.

¹² Fl. 159, cd. 1.

¹³ Fls. 160 a 167, cd. 3.

¹⁴ Fls. 197 y 198, cd. 3.

¹⁵ Fls. 203 y 204, cd. 3.

¹⁶ Fls. 49 a 56, cd. 9.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

efectuó a MCT MANAGEMENT S. EN C. S.¹⁷, decisión igualmente confirmada por el *ad quem* el 20 de septiembre de 2012¹⁸.

9. El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá dictó sentencia de primera instancia el 22 de septiembre de 2010, en la que desestimó las excepciones meritorias propuestas frente a la acción principal; accedió a la declaración de pertenencia invocada por el primigenio actor; ordenó el registro del fallo en la matrícula inmobiliaria No. 50N-545092; levantó la inscripción de la demanda; denegó la totalidad de las pretensiones formuladas en la reconvención; y condenó en costas al inicial accionado y reconviniente¹⁹.

10. FRANCISCO JOSÉ CAMACHO AMAYA²⁰ y los HEREDEROS DETERMINADOS de María Cristina Hernández de Camacho²¹, interpusieron recurso de apelación contra el comentado fallo.

11. En providencia del 2 de febrero de 2012, el Juzgado del conocimiento, entre otras decisiones, aceptó la cesión de derechos litigiosos que MGT MANAGEMENT S. EN C. S. realizó en favor de MARÍA JANETH DÍAZ GÓMEZ; y concedió las alzadas planteadas por el extremo demandado²².

¹⁷ Fl. 465, cd. 3.

¹⁸ Fls. 5 a 7, cuaderno de segunda instancia sin número visible.

¹⁹ Fls. 552 a 568, cd. 3.

²⁰ Fl. 584, cd. 3.

²¹ Fl. 585, cd. 3.

²² Fls. 599 a 602, cd. 3.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

12. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, desató la alzada con sentencia del 18 de octubre de 2012²³, en la que revocó la del inferior y, a cambio, resolvió:

a) Denegar las pretensiones tanto de la demanda principal, como de la reconvención.

b) Desestimar las excepciones formuladas frente a la contrademanda, salvo la de mutuo disenso, que acogió y que lo condujo a declarar resuelto el contrato de promesa de compraventa traído al proceso.

c) Condenar al primigenio accionante a restituir el inmueble de la litis y a pagar a los gestores de la reconvención los frutos civiles causados y que se causen desde la celebración de la promesa de compraventa y hasta la entrega del inmueble, que tasó en la cantidad de \$832.018.000.00, para el 31 de octubre de 2012.

d) Condenar a Francisco José Camacho Amaya y a los herederos de María Cristina Hernández de Camacho a pagar a Gustavo Chávez Matallana la suma de \$237.900.000.00, recibida como parte del precio de la compraventa prometida, y la cantidad de \$112.004.000.00, correspondiente a mejoras, ambos valores con intereses del 6% anual causados desde el 1º de noviembre de 2012.

e) Autorizar a las partes para efectuar las compensaciones pertinentes.

EL FALLO DEL AD QUEM

²³ Fls. 38 a 61, cd. 10.

Para arribar a las decisiones que profirió, la señalada autoridad, después de advertir sobre el cumplimiento de los presupuestos procesales, razonó de la manera que pasa a simplificarse:

1. Empezó por la usucapión reclamada en la demanda generatriz de la controversia, sobre la que acotó:

1.1. Es indispensable para su prosperidad la comprobación de que versa sobre una cosa u objeto susceptible de ganarse por prescripción, de que ella ha sido poseída por el demandante durante todo el tiempo exigido por la ley y de que dicha detentación ha sido ininterrumpida.

1.2. Luego de tener por cumplido el primero de esos presupuestos, coligió el fracaso del segundo, habida cuenta que:

1.2.1. No puede tenerse por iniciada la posesión esgrimida por el actor, a partir de la entrega del bien que le hicieron los señores Francisco José Camacho Amaya y María Cristina Hernández de Camacho en virtud del contrato de promesa de compraventa que celebraron, puesto que *“ese desplazamiento de hecho no convirtió a su beneficiario en poseedor del inmueble sino apenas en un mero tenedor, desde luego que con la promesa se reconoció dominio ajeno, aunque en esos negocios es viable estipular de manera expresa e inequívoca que el prometiente comprador fungirá como poseedor material, ya que el prometiente vendedor puede despojarse voluntariamente de su señorío de hecho para*

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

transferírsele a su par contractual, situación [é]sta que no aconteció en el caso, como se verá”, tesis que sustentó con la reproducción, que hizo, de un fallo de esta Corte.

1.2.2. En consonancia con lo anterior, estimó que en casos como ese *“puede haber prescripción (...), solo en la medida en que se acredite la verdadera interversión del título, esto es, una nítida y contundente mutación del título de tenencia u otro, hacia el título de posesión exclusiva, es decir, un claro alzamiento en rebeldía a partir del cual empieza a contarse el término de la prescripción extraordinaria”, cambio que sólo puede darse “desde cuando quien así procede lo hace de manera pública, abierta y franca para negar el derecho del que reconocía como dueño, además de que ‘...acompaña con la justicia y la equidad exigir a quien alega haber intervertido su título que pruebe, plenamente, desde cuándo se produjo esta transcendente mutación y cuáles son los actos que afirman el señorío que ahora invoca”.*

1.2.3. Así las cosas, indagó sobre si en el *sub lite* se demostró la interversión del título de mero tenedor del señor Gustavo Chávez Matallana por el de poseedor y concluyó que dicha transformación no pudo darse *“antes del 30 de abril de 1970, que era la fecha en que debía celebrarse el contrato prometido, ni con anterioridad al 30 de septiembre de 1970, pues ese día debía realizarse el pago del último contado del precio. Esto sin dejar de observar que el demandante hizo un abono a capital e intereses el 28 de enero de 1971 (folio 17 del cuaderno 1)”.*

Del mismo modo, descartó que la mutación de su calidad de tenedor a poseedor hubiera quedado demostrada

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

con las declaraciones de renta presentadas, toda vez que *“dicho acto no es un hecho público y ostensible de desconocimiento frente al dueño, que es quien puede oponerse a esa posesión, porque de lo contrario esta es clandestina, a términos del artículo 774, inciso final, del Código Civil”*.

Y pese a que consideró que la celebración del contrato de arrendamiento con el señor Volker Seger, tampoco era un proceder claramente indicativo de la modificación investigada, tomó la fecha del mismo, 7 de marzo de 1975, como el momento de inicio de la posesión del usucapiente, en atención a que éste realizó dicho negocio jurídico *“sin autorización del dueño y por tres años”*, a que luego el actor *“retornó a residir en el inmueble”* y a que *“[d]esde esa fecha el poseedor introdujo mejoras al inmueble”* y *“defendió la posesión en el marco del concurso de acreedores adelantado contra el codemandado Francisco José Camacho Amaya tramitado en el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá, en donde promovió incidente de levantamiento del secuestro del inmueble, obteniendo el reconocimiento judicial de su calidad de poseedor y la cancelación de esa medida cautelar”*.

1.2.4. No obstante lo anterior, coligió que, de todas maneras, *“la pretensión de pertenencia no puede salir gananciosa, pues entre la eventual interversión del título el 7 de marzo de 1975 y la presentación de la demanda (...) el 11 de abril de 1991, apenas habían transcurrido dieciséis (16) años, un (1) mes y cuatro (4) días, lapso de tiempo inferior a los veinte años exigidos para que operara la adquisición del dominio por vía de la prescripción extraordinaria”*, término que aplicó en consideración a que el inicio del litigio fue anterior a la vigencia de la Ley 791 de 2002, que lo redujo a la mitad.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

1.3. En definitiva, afirmó el fracaso de la acción intentada con la demanda primigeniamente presentada por el señor Gustavo Chávez Matallana.

2. Pasó al estudio de la reconvención, en desarrollo de lo cual analizó por separado las pretensiones principales y las subsidiarias.

2.1. Respecto de las primeras, identificó la promoción de una “*acción de dominio*”, en relación con la que estimó:

2.1.1. Son sus elementos estructurales, la propiedad en el actor, la posesión en el demandado, que recaiga sobre cosa singular reivindicable o una cuota de ella y que haya identidad del bien perseguido con el detentado por el accionado.

2.1.2. Tras reconocer la comprobación de esos requisitos, aseveró que “*el infortunio de la reivindicación emana porque el origen de la detentación material del inmueble por parte del demandado en reconvención se remonta a una promesa de compraventa que proporciona una justificación para la permanencia [en el] inmueble del prometiente comprador*”.

2.1.3. Explicó que esa situación no puede desconocerse con la acción de dominio, en tanto que ella sólo tiene cabida cuando la posesión “*se ha perdido por causas ajenas a la voluntad del propietario*”, por lo que “*no puede ser invocada con éxito[,] cuando el desprendimiento de la detentación material se produce por su consentimiento vertido en un contrato válidamente celebrado, pues en estos casos es necesaria la destrucción de dicho convenio para obtener la*

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

restitución del predio”, criterio que sustentó con la reproducción parcial de otro pronunciamiento de esta Corporación.

2.2. Y en relación con las pretensiones subsidiarias, avizó el ejercicio de una acción de resolución por incumplimiento, sobre la que acotó:

2.2.1. Su reconocimiento exige la satisfacción de “*los siguientes requisitos: a) invocación de un contrato bilateral legalmente celebrado, como fuente de obligaciones; b) cumplimiento de las obligaciones, o allanamiento a cumplirlas, por parte del demandante; y c) incumplimiento total o parcial de las obligaciones por el demandado*”.

2.2.2. En desarrollo de la segunda de tales premisas, se “*ha sostenido que, en línea de principio, sólo está legitimado para demandar la resolución o el cumplimiento del contrato, quien a su vez cumplió debidamente con lo pactado o se allanó a cumplirlo dentro del tiempo y modo acordados*”.

2.2.3. La pertenencia ejercida en la demanda principal, “*no enerva la posibilidad de plantear la resolución en reconvención, cual sostuvo el a quo, si además de que la ley no traza limitación en ese sentido, en todo el debate hay de por medio una promesa de compraventa*”.

2.2.4. La resolución impetrada no se abre paso, como quiera que está “*ausente (...) la evidencia que demuestre que el demandante en reconvención cumplió con sus obligaciones o se allanó a cumplirlas, con independencia del comprobado incumplimiento del demandante primigenio de su obligación de*

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

pagar el precio”, toda vez que aquél “no concurrió a la Notaría a celebrar el contrato prometido, y tampoco tenía posibilidades de hacerlo porque el bien se encontraba embargado para esa fecha”.

2.2.5. El incumplimiento recíproco de los contratantes, frustra la resolución planteada.

3. Enseguida, el Tribunal estimó que “[d]ada la necesidad de solucionar este dilatado litigio, debe pasarse al análisis de la resolución por mutuo disenso que como excepción propuso el reconvenido”, lo que hizo en los siguientes términos:

3.1. La formulación *“de dicho medio de distracto en la contestación a la demanda de mutua petición habilita al juzgador para su análisis, como así por cierto ha aceptado la jurisprudencia, en particular la sentencia de 7 de marzo de 2000, en la cual se dejó establecido que podía resolverse sobre el mutuo disenso si esta figura era invocada en los extremos del litigio, pues el juez debe proferir una sentencia armónica con el objeto del proceso ‘es decir, con las pretensiones formuladas en la demanda, las excepciones propuestas por el demandado y, si fuere el caso, con las súplicas de la reconvención y de los hechos exceptivos que se aduzcan para lograr su enervamiento’, ocasión en que reiteró la sentencia de 28 de noviembre de 1977 sobre ese mismo punto”.*

3.2. Para el Tribunal *“es claro que en el negocio de autos operó el mutuo disenso, esto es, una reiterada omisión de las partes en el cumplimiento de las prestaciones, que fueron expresivas tácitamente de la voluntad conjunta o separada tendiente a la recíproca intención de desistir de la promesa de*

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

compraventa celebrada”, planteamiento que ilustró con la transcripción de otra sentencia de esta Corporación.

3.3. No hay duda, entonces, de que en el presente caso *“la promesa de compraventa debe considerarse resuelta por el mutuo disenso tácito, pues la conducta de las partes revela que abdicaron por completo la atención de sus compromisos contractuales, ya que, de un lado, incumplieron el programa contractual que trazaba las prestaciones a su cargo, y de otro, después de esa primera etapa dejaron de concretar por más de veinte años nuevas fechas para otorgar la escritura pública de compraventa, pagar el saldo insoluto del precio o levantar las medidas cautelares que impiden su enajenación”*.

Se añade a lo anterior, el reconocimiento que de la promesa de compraventa hicieron las partes en las demandas respectivas, *“aunque ya sin la muestra de persistir en el cumplimiento, pues una cosa es pretender favorecerse de los efectos de un contrato recíprocamente incumplido, y otra tener la intención de honrar aún después de mucho tiempo la voluntad que otrora se empeñó, voluntad última que no aflora en modo alguno”*.

3.4. La *“excepción de contrato no cumplido no puede primar sobre el mutuo disenso, por cuanto las faltas contractuales del demandado en reconvención, consistentes en el incumplimiento en el pago de las cuotas exigibles el 30 de enero y 30 de abril de 1970, se produjeron antes que su demandante dejara de concurrir a la Notaría a celebrar el contrato prometido”*.

3.5. Tampoco se estructura la prescripción extintiva, habida cuenta que *“el demandado en reconvención se apoyó en*

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

[la promesa] *para fundamentar el inicio de la posesión que invocó en la pretensión de pertenencia de la demanda principal, por donde emana que reconoce la existencia del contrato para aspirar a la declaración de efectos que le favorecen y no puede ignorarlo en aquello que le perjudica, pues de hacerlo se desconocería el principio lógico de contradicción, que consiste en la imposibilidad de reconocer que una cosa sea y no sea al mismo tiempo*”.

3.6. La resolución por mutuo disenso de la promesa de compraventa comporta “*situación a las partes en el mismo contexto en que se encontraban antes de celebrar el contrato*”, por lo que deberá condenarse a los prometientes vendedores a reintegrarle al prometiente comprador la suma que éste pagó por concepto del precio, que ascendió a la cantidad de \$360.000, y a pagarle las mejoras plantadas en el predio. A su turno, se ordenará al segundo restituirle a aquéllos el inmueble objeto de la negociación, junto con los frutos.

3.7. Los valores por precio pagado y frutos, deberán corregirse monetariamente hasta cuando se efectúe su reintegro efectivo; y respecto de los segundos, como lo sufragado por el comprador equivalió al 37% del precio total acordado, se dispondrá su reembolso en esa misma proporción.

3.8. Efectuados los cálculos, se establece:

3.8.1. El “*bien debió generar frutos civiles por valor de \$2.248’695.000,00 entre el 1 de enero de 1970 hasta el 31 de octubre de 2012, por donde adviene que el demandado en reconvención debe restituir el 37% de los frutos civiles que debían devengarse, los cuales ascienden a la suma de \$832’018.000,00.*”

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Y además, deberá pagar el 37% de \$14'310.000,00 como canon de arrendamiento mensual de 2012, por cada mes en adelante y hasta la entrega de bien, canon que se incrementará en el mismo porcentaje del IPC del año anterior, a partir del 1 de enero del año siguiente”.

3.8.2. El “demandado en reconvención tiene derecho a percibir el valor de las mejoras efectuadas al inmueble que fue tasado por el perito en la suma de \$67'500.000,00, las cuales son útiles porque contribuyeron al incremento del valor venal de la cosa”.

3.8.3. Corregido el precio pagado (\$360.000.00) a septiembre de 2012, se obtiene como resultado la cantidad de \$237.900.000.00; a su turno, la indexación del valor de las mejoras para la misma fecha, arroja la suma de \$112.004.000.00.

3.8.4. Sobre los montos precedentes, se reconocerán “intereses civiles del 6% anual a partir del 1º de noviembre de 2012”.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene cuatro cargos, de los cuales la Corte sólo estudiará los dos primeros.

Empezará por el inicial, debido a que versó sobre la primigenia demanda; y continuará con el segundo, en el que se denunció la incongruencia del fallo acusado, al declarar la resolución por mutuo disenso del contrato de promesa de compraventa vinculante de los extremos

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

litigiosos, censura que al estar llamada a prosperar, impide el estudio de las dos restantes, que trataron sobre la misma materia.

CARGO PRIMERO

Con fundamento en el numeral 1º del canon 368 del Código de Procedimiento Civil, se denunció la sentencia del Tribunal por ser directa e indirectamente violatoria de los artículos 762, 764, 765, 2512, 2518, 2531, 2532 del Código Civil y 407 del primero de tales estatutos.

La censura se desarrolló por la siguiente senda argumentativa:

1. De entrada, el censor puso de presente que dos fueron, y de diferente naturaleza, los argumentos sustentantes de la inferencia del Tribunal, relativa a que el primigenio demandante ingresó al predio materia del litigio como mero tenedor, a saber:

1.1. La promesa de compraventa no es título originario, ni traslativo de dominio y, por lo mismo, justo, planteamiento de linaje *“eminentemente jurídico”*, pues con él, lo que dicha autoridad afirmó fue la *“inidoneidad de la promesa de contrato para generar por sí posesión, como una teoría general aplicable a toda suerte de promesas de contrato, y no solamente a la de acá”*.

1.2. La entrega que en desarrollo de dicho negocio jurídico se haga del bien prometido en venta, no convierte al

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

potencial comprador en poseedor, “a menos que se estipule de ‘manera expresa e inequívoca’ que el prometiente vendedor se despoja voluntariamente de su señorío de hecho, ‘situación (...) que no aconteció en el caso, como se verá (...)’”, argumento de “carácter fáctico”, toda vez que, en suma, refirió la ausencia en el contrato ajustado por los litigantes, de una cláusula en donde así se previera.

2. En consonancia con ese entendimiento de la sentencia combatida y de la naturaleza que asignó a cada uno de los anotados planteamientos, el impugnante se ocupó a continuación de combatir el primero de ellos, lo que hizo por la vía directa, con apoyo en los razonamientos que pasan a exponerse:

2.1. Para el sentenciador de segunda instancia “lo que impide a la promesa de contrato ser generativa de ‘posesión’ es que no es título originario ni traslativo de ‘dominio’”.

2.2. De ese planteamiento se infiere que dicha autoridad confundió dominio y posesión, como si fueran lo mismo, cuando es lo cierto que se trata de “dos cosas que por sí solas son autónomas, y que su existencia no depende la una de la otra: en efecto, se puede ser poseedor sin ser dueño y viceversa. Una cosa, pues, es el dominio y muy otra la posesión; y si bien puede en un momento dado estar las dos reunidas en un mismo titular, no da (...) pie para establecer entre ellas una fatalidad coexistente”, menos cuando, como se sabe, “la posesión es fundamentalmente un hecho, que en principio, por lo mismo, puede darse con independencia de todo aspecto jurídico”, tesis en cuyo respaldo aludió a los planteamientos que

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

sobre el particular efectuó un tratadista nacional, en la obra que de él citó.

2.3. La posesión, por consiguiente, puede ocurrir mediando o no un negocio jurídico, sin que puedan exceptuarse los casos en los que se celebra una promesa de contratar, menos *“por la razón que ofreció el tribunal, vale decir, por el simple motivo de que no es título originario ni traslativo de ‘dominio’”,* pues esta condición no impide que la situación que se derive de esa clase de convenios, desemboque en la *“posesión de la cosa”,* ya que resulta inadmisibles pensar que *“sólo pudiera ser en tales casos poseedor quien tenga la potencialidad de que el contrato lo convierta en dueño”.*

2.4. Erró igualmente el Tribunal, cuando afirmó que la promesa no es *“justo”* título, pues esa condición tiene relación *“con la posesión regular, esa posesión privilegiada que conduce a la usucapión breve y sucinta que es la ordinaria”,* aseveración que confirma *“la inexcusable confusión del juzgador”,* en tanto que con ella dio a entender *“que sólo es poseedor quien flamea un título que, por sus propias características, tiene capacidad de tornarlo en dueño, y, además ¡rápidamente!, es decir, que pueda invocar la posesión regular y la prescripción ordinaria”.*

2.5. La tesis de que *“la promesa no sirve de referencia para auscultar una eventual posesión, desde que por ella se reconoce dominio ajeno”,* luce igualmente equivocada, *“[p]orque siendo estrictos, todo promitente comprador, desde que espera que su contraparte deba hacerle algún día la escritura pública que formalice la compraventa, está reconociendo dominio ajeno, y en ese sentido, de seguir la errónea tesis del tribunal,*

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

jamás, ni aquí ni allá, ni acullá una promesa sería apta para generar posesión. Ni siquiera cuando hay expresividad de que la posesión se concede, pues que, de todos modos, gravitaría aquello del reconocimiento del dominio ajeno que representa el sólo esperar que le otorguen más tarde el acto escriturario. Y por supuesto, eliminar la posesión por ese escrúpulo draconiano sería aberrante. Es que lo de la posesión es ante todo un hecho; y en ese sentido lo trascendente son los actos que la traduzcan”, como lo señaló la Corte al comparar la posesión inscrita con la material, en el fallo que el recurrente reprodujo parcialmente.

3. Frente al otro sustento esgrimido por el Tribunal, de que en la promesa nada se pactó sobre el otorgamiento de la posesión al prometiente comprador, el impugnante adujo:

3.1. La violación indirecta de los preceptos que enlistó al inicio de la censura, dado que el sentenciador de segunda instancia *“pasó por alto que la promesa de compraventa ajustada entre las partes contendientes, aun cuando sin fórmulas sacramentales, sí contiene la suficiente expresividad de que en adelante el promitente comprador actuaría soberanamente sobre la cosa contratada, y que entonces aquella entrega material de que fue objeto no tuvo jamás la connotación de mera tenencia, sino de posesión, cual lo revela ampliamente el comportamiento y actitud que a partir de allí observó Gustavo Chávez Matallana”.*

3.2. Seguidamente le atribuyó al mencionado juzgador, los siguientes yerros fácticos:

3.2.1. Pretermitir la cláusula decimoprimera del contrato de promesa, toda vez que la previsión que allí se

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

adoptó sobre el pago de impuestos, particularmente, que los causados con posterioridad al 31 de diciembre de 1969 corriesen por cuenta del prometiente comprador, es claramente indicativa de que *“desde la celebración del contrato existió una voluntad explícita para el cambio de las disposiciones mentales en torno a la posesión”*.

3.2.2. Desconocer el punto sexto del mismo contrato, sobre el pago de servicios públicos y *“celaduría”*, que en asocio con la reglamentación sobre las cargas impositivas, revela *“la intención contractual de que fuera el promitente comprador el que vele desde entonces por la suerte del bien, no simplemente como corresponde a un tenedor, ya que los tenedores no tiene la cosa para asumir ese tipo de deudas”*.

3.2.3. Ignorar la misiva obrante a folio 12 del cuaderno No. 1, en la que Chávez Matallana advierte al Banco de Comercio, en su condición de acreedor hipotecario e intermediario en la compraventa, sobre los defectos del inmueble, de la que se infiere que si el citado comprador hubiese tenido a los esposos Camacho - Hernández como sus poseedores, se hubiere dirigido a ellos en procura de obtener la solución de los problemas que evidenciaba el mismo.

3.2.4. Olvidar que el nombrado prometiente comprador, efectivamente, asumió el pago de los impuestos a partir de 1970, como se acreditó con el documento de folio 18 del cuaderno No. 1.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

3.2.5. Omitir el escrito que milita en los folios 19 y 20 del cuaderno principal, con el que se comprobó que Gustavo Chávez Matallana fue quien afrontó las vicisitudes concernientes con la *“valorización”*.

3.2.6. Preterir la carta de folio 65 del cuaderno 1, en la que uno de los vecinos del inmueble requirió al precitado demandante, en su condición de propietario, para que regularice el muro medianero entre sus predios, misiva con la que se constata el reconocimiento de éste como dueño del bien raíz, por uno de los habitantes del sector.

3.2.7. Desatender la declaración de *“renta y patrimonio”* correspondiente al año 1970, presentada por el mencionado actor, en la que incluyó como bien suyo el inmueble de que aquí se trata.

3.2.8. Minimizar el significado que tuvo el arrendamiento de la casa a un tercero, por parte de Chávez Matallana, como se acreditó con el contrato que obra en los folios 48 y siguientes del cuaderno principal.

3.2.9. Tergiversar el dictamen pericial, en lo concerniente con el tiempo de vetustez de las reformas y construcciones que el primigenio demandante y demandado en reconvención realizó en el inmueble litigado, pues el *ad quem* entendió que el concepto del experto fue que esos arreglos databan de 15 años atrás a la fecha del dictamen (26 de abril de 2001), por lo que ubicó su realización a partir del año 1986, cuando lo expresado por el perito fue que *“la antigüedad de las mejoras supera los quince años”*,

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

manifestación indicativa *“de una época más amplia, que en todo caso rebasa la anualidad escogida caprichosamente por el juzgador”*.

3.2.10. Inadvertir que el gestor de la controversia, desde el inicio de la misma, admitió su condición de poseedor del bien materia de la litis y, como tal, resistió la reivindicación solicitada en la reconvención, postura que asumió con apego y a la luz del contrato de promesa de compraventa que celebró con sus accionados y contrademandantes.

3.2.11. Soslayar que el primigenio demandado, por una parte, aseveró, al contestar el libelo introductorio, hechos contrarios a la realidad, como que el actor no era poseedor; y, por otra, dilató el proceso. Si el *ad quem* hubiese apreciado esas conductas, habría aplicado los indicios de que tratan los artículos 95 y 249 del Código de Procedimiento Civil.

3.2.12. Saltarse el indicio que se deriva de la conducta post-contratual de los prometientes vendedores, quienes luego de celebrado el referido contrato preparatorio, se olvidaron de él y del inmueble objeto del mismo, por más de veinte años, actitud que encuentra explicación en el hecho de que *“Chávez era el poseedor y así lo entendían los demás, incluidos”* aquéllos.

3.2.13. Dejar de lado la respuesta a la pregunta quince del interrogatorio de parte formulado a Francisco José Camacho Amaya, en la que admitió que fue su criterio

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

que *“el inmueble no hacía parte del concurso de acreedores”* que se adelantó respecto de él, dato que ratifica la convicción que tenía de que Gustavo Chávez Matallana era el poseedor del mismo.

3.2.14. No ver la confesión del precitado accionado y demandante en reconvención, de que siempre ha vivido en cercanías del inmueble en cuestión, (respuesta a la pregunta décima del interrogatorio), pues de ese hecho se desgaja que estuvo al tanto de todo lo que el prometiente comprador hizo con la casa del pleito.

3.2.15. Pasar por alto las decisiones judiciales en las que se reconoció a Gustavo Chávez Matallana como poseedor de la casa y que obran en este proceso, que el recurrente reprodujo y comentó en lo que estimó pertinente.

3.2.16. Mutilar las declaraciones de Julio Enrique Sánchez González, Carlos de Greiff Moreno y Jorge Orlando Gómez Caicedo, en tanto que el Tribunal sólo las tuvo en cuenta para reconocer que el detentador del inmueble retornó a residir en él luego de que lo arrendó, sin percatarse de los demás datos que sobre la posesión de éste, los testigos suministraron.

4. En definitiva, el censor concluyó que de no ser por los errores en que incurrió el Tribunal, dicha autoridad *“habría establecido (...) que el clausulado general de la promesa misma y la actitud que de inmediato desplegaron las partes, señala a voces que tal precontrato sí encarnó un pacto bastante expresivo de que Chávez recibía la posesión de la cosa”,*

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

inferencia que lo llevó a insistir en el quebrantamiento de las normas sustanciales que explicitó.

CONSIDERACIONES

1. Hay que dejar en claro, que el cargo cuyo estudio emprende ahora la Corte, tiene por fin exclusivo combatir la negativa de la usucapión reclamada en la demanda con la que se dio inicio al proceso, que decidió el Tribunal.

Siendo ello así, propio es notar, entonces, que la hipotética prosperidad de la acusación, ocasionaría el completo arrasamiento del fallo impugnado y que, por lo mismo, no habría lugar a analizar las otras tres censuras plateadas en la demanda de casación, como quiera que todas conciernen con la resolución por mutuo disenso que se decretó de la promesa de compraventa celebrada por los litigantes en relación con el inmueble aquí disputado.

Es que de abrirse camino la pertenencia, ningún sentido tendría aplicar la mencionada sanción contractual.

Ello explica por qué, independientemente del resultado al que se llegue, es imperativo hacer primero el estudio del presente cargo.

2. El Tribunal desestimó la usucapión impetrada en la demanda generatriz de la controversia, debido a que, para la fecha de presentación de la misma, la posesión ejercitada por el señor Gustavo Chávez Matallana sobre el inmueble materia de la acción, no alcanzaba los veinte años exigidos

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

por el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, que modificó en lo pertinente la regla final del artículo 2531 del Código Civil, precepto que aplicó por cuanto para el momento en el que empezó este asunto litigioso (11 de abril de 1991), no había sido expedida la Ley 791 de 2002.

Y a dicha inferencia llegó, fincado en las siguientes razones:

2.1. La promesa de compraventa no es un título traslativo ni de vocación traslativa y, menos, de la posesión, en tanto que la obligación que de ella se desprende para las partes, es la de celebrar el contrato prometido y puesto que presupone el reconocimiento, por parte del adquirente, de dominio ajeno, esto es, la condición de dueño del prometiente vendedor.

2.2. En consecuencia, la entrega anticipada que del bien se haga en desarrollo del referido negocio preparatorio, instituye a quien lo recibe como mero tenedor.

2.3. Para que mediante el contrato de que se trata se constituya poseedor al promitente comprador, es necesario que en él se estipule expresa e inequívocamente la voluntad del prometiente vendedor de desprenderse de la posesión y del prometiente comprador de adquirirla.

2.4. Como la promesa celebrada por las partes no contiene tal mención expresa e inequívoca, la entrega que en virtud de ella se hizo a Chávez Matallana, fue sólo de la tenencia del inmueble.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

2.5. Así las cosas, la posesión aducida por el nombrado accionante sólo pudo iniciarse cuando modificó su situación frente al bien para cambiar su título de tenedor a poseedor, mutación que, en el mejor de los casos, sólo acaeció cuando aquél arrendó el inmueble a un tercero, hecho que tuvo ocurrencia el 7 de marzo de 1975, aunque este hecho también podía ser equívoco porque también puede arrendarse un bien ajeno.

2.6. Por consiguiente, a la fecha de presentación de la demanda de pertenencia (11 de abril de 1991), la posesión ejercida y efectivamente acreditada por su promotor, no había alcanzado el término de veinte años, exigido para la configuración de la prescripción adquisitiva extraordinaria, sin que sea aquí aplicable la Ley 791 de 2002, pues la misma no había sido expedida entonces.

3. Para combatir la comentada decisión, el recurrente formuló dos específicas acusaciones:

3.1. En primer lugar, el quebranto directo de las normas sustanciales indicadas en el cargo, como consecuencia de que el Tribunal afirmó que la promesa de contratar no es un título originario, traslativo y justo de dominio y, con tal fundamento, coligió que de dicho negocio, por ende, no puede surgir la posesión, pues con esa forma de razonar, el *ad quem* confundió esta figura jurídica con el derecho de propiedad.

3.2. Y, en segundo término, la infracción indirecta de los mismos preceptos, puesto que la promesa de compraventa celebrada por las partes contiene menciones

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

de las que puede desprenderse que la intención de sus celebrantes fue la de transferirle al prometiente comprador la posesión del bien que los prometientes vendedores le entregaron, las cuales el Tribunal no apreció, a lo que se añade el comportamiento post-contratual de los intervinientes, claramente indicativo de que el primero se hizo cargo del bien a título de poseedor, conductas que dicha autoridad igualmente soslayó.

4. Sobre la primera de esas acusaciones, se impone el siguiente análisis:

4.1. No es exacto, que uno de los fundamentos cardinales de la negativa a conceder la pertenencia, fue que el Tribunal confundiera propiedad y posesión y que, en virtud de ello, dedujera que de la promesa de contratar no puede derivarse la segunda, toda vez que no es un título, por una parte, originario y traslativo de dominio y, por otra, “*justo*”.

4.2. Mirado en todo su contexto el fallo confutado, se colige que el verdadero sentido de sus consideraciones está referido a que la promesa de contratar no es, *per se*, un título traslativo ni de vocación traslativa de la posesión del inmueble materia de la negociación. Para que ello acaezca, se impone a los contratantes explicitarlo así en el contrato mismo.

Véase cómo, lo que sobre el particular expresó la mencionada Corporación, fue:

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Cumple precisar que la relación material del demandante primigenio se originó en la promesa de compraventa de 17 de diciembre de 1969 (folios 3 a 8 del cuaderno 1), que celebró en calidad de promitente comprador con el demandado Francisco José Camacho Amaya y María Cristina Hernández de Camacho (q.e.p.d.), quienes fungieron como promitentes vendedores.

Empero, la promesa de compraventa no puede tomarse como referente para iniciar la posesión, pues aunque en el contrato se anticipara la entrega al promitente comprador, ese desplazamiento de hecho no convirtió a su beneficiario en poseedor del inmueble sino apenas en un tenedor, desde luego que con la promesa se reconoció dominio ajeno, aunque en esos negocios es viable estipular de manera expresa e inequívoca que el prometiente comprador fungirá como poseedor material, ya que el prometiente vendedor puede despojarse voluntariamente de su señorío de hecho sobre el bien para transferírselo a su par contractual, situación ésta que no aconteció en el caso, como se verá (se subraya).

A continuación, el *ad quem* trajo a colación la providencia de esta Corte a que se refirió el recurrente y seguidamente concluyó:

Así las cosas, es diáfano que la posesión del demandante no surgió a partir de la promesa aludida, pues si bien se anticipó la entrega del inmueble, al determinar en la cláusula quinta que ‘los promitentes vendedores entregan desde la fecha al promitente comprador y este lo da por recibido a su completa satisfacción el inmueble prometido’ (folio 5 del cuaderno 1), lo cierto es que no se acordó de manera expresa la transmisión de la posesión al promitente comprador, por donde adviene que ese momento no puede entenderse como el inicio de la posesión que alega el demandante (se subraya).

Si bien es verdad que la cita jurisprudencial efectuada por el Tribunal no fue del todo afortunada, en tanto que advierte que la promesa de compraventa no es un título

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

originario de dominio, ni idóneo para transferir el mismo y, mucho menos, justo, *“asumiendo por tal, aquel que da lugar al surgimiento de la obligación de transmitir el derecho en mención”*, intuye la Sala que con la invocación de esa providencia, lo que quiso el juzgador de segunda instancia, fue respaldar su tesis de que la promesa de contratar, por su propia naturaleza, no es un negocio traslaticio, toda vez que únicamente engendra la obligación de celebrar el contrato prometido.

4.3. Fue, por lo tanto, incorrecto el entendimiento que de la sentencia combatida realizó el censor, como quiera que sólo tuvo en cuenta el contenido literal del fallo allí memorado y no lo que en verdad, el Tribunal arguyó para negar la pertenencia solicitada en la demanda principal.

4.4. Esa indebida comprensión del proveído de segunda instancia, trajo como consecuencia, en primer lugar, que la acusación no guarde armonía con los fundamentos del fallo cuestionado, toda vez que, como viene de explicarse, una cosa fue lo que dijo el *ad quem*, que la promesa de compraventa no transfiere la posesión, y otra la que combatió el impugnante, que no es título idóneo para transferir el dominio.

Y, en segundo término, que las genuinas razones jurídicas soportantes de la decisión desestimatoria de la pertenencia, no resultaron combatidas, de modo que continúan en pie, esto es, que la promesa de contratar no es un contrato traslaticio ni de vocación traslaticia; que ella, por consiguiente, no transfiere la posesión, salvo que así se

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

establezca expresa e inequívocamente; y que la entrega que en virtud de su celebración se realice, otorga solamente la tenencia del respectivo bien.

4.5. Corolario de lo hasta aquí expuesto, es que el reproche consistente en la violación directa de las normas detalladas por el recurrente en el cargo, no se dio.

5. Centrada la atención de la Sala en la segunda censura, se encuentra:

5.1. La advertida firmeza de los genuinos fundamentos jurídicos invocados por el Tribunal, particularmente, el relativo a que la promesa de contratar únicamente transmite la posesión si en su interior así se pacta “*expresa e inequívocamente*”, torna inane este cuestionamiento, en tanto que él parte de admitir, precisamente, que en la promesa ajustada por los litigantes, no se contempló explícitamente dicha mutación.

Es que manteniéndose erguida, como lo está, la señalada apreciación jurídica del *ad quem* y siendo esa la postura del censor, ningún espacio queda para averiguar si del contenido de la promesa o del comportamiento asumido por los contratantes luego de su celebración, se desprende que fue el propósito de ellos transferir la posesión del inmueble al señor Chávez Matallana, pues tal laborío riñe con la advertida exigencia contemplada por el sentenciador, la cual, al no haber sido destruida en casación, sigue irradiando con toda fuerza el fallo del *ad quem*.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

5.2. De suyo, entonces, que en ningún error incurrió el Tribunal cuando, respecto de la promesa de contrato obrante en autos, observó:

Así las cosas, es diáfano que la posesión del demandante no surgió a partir de la promesa aludida, pues si bien se anticipó la entrega del inmueble, al determinar en la cláusula quinta que ‘los promitentes vendedores entregan desde la fecha al promitente comprador y este lo da por recibido a su completa satisfacción el inmueble prometido’ (folio 5 del cuaderno 1), lo cierto es que no se acordó de manera expresa la transmisión de la posesión al promitente comprador, por donde adviene que ese momento no puede entenderse como el inicio de la posesión que alega el demandante (se subraya).

5.3. No obstante lo anterior, que por sí marca el fracaso del ataque, de pasarse a su estudio de fondo, habría que llegar a similar conclusión, como a continuación se explica:

5.3.1. El primer reproche de la acusación consistió en que las previsiones contenidas en las cláusulas sexta y décimo primera de la promesa de compraventa, sobre el pago de servicios públicos, gastos de celaduría e impuestos, ostentan “la suficiente expresividad de que en adelante el promitente comprador actuaría soberanamente sobre la cosa contratada, y que entonces aquella entrega material de que fue objeto no tuvo jamás la connotación de mera tenencia, sino de posesión”.

Con otras palabras, para el censor esas estipulaciones dejan ver “la intención contractual de que fuera el promitente comprador el que vele desde entonces por la suerte del bien, no

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

simplemente como corresponde a un tenedor, ya que los tenedores no tienen la cosa para asumir ese tipo de deudas”.

Al respecto, cabe acotar:

5.3.1.1. Las previsiones convencionales invocadas por el recurrente, rezan lo siguiente:

SEXTO.- LOS PROMETIENTES VENDEDORES reconocen que de los CIENTO TREINTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$130.000.00) que en la fecha entregará EL PROMETIENTE COMPRADOR al Banco del Comercio, para los efectos previstos en la cláusula cuarta, el Banco del Comercio deberá entregar a la firma Financiera de Finca Raíz Limitada, representada por su Gerente, señor Manuel de J. Rojas, las sumas que correspondan a servicios pendientes de pago o que haya pagado la sociedad citada en relación con el inmueble descrito en la cláusula primera de este documento, así como también los gastos de celaduría o vigilancia que hasta la fecha de entrega real del inmueble al señor Ch[á]vez Matallana se causen en favor de la Financiera de Finca Raíz Limitada. Igualmente el Banco del Comercio deducirá del primer contado de[l] precio, la cantidad de DIECISIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$17.250.00), que entregará a la Financiera de Finca Raíz Limitada, por concepto de comisión de venta.

(...)

DÉCIMO PRIMERO. LOS PROMETIENTES VENDEDORES se obligan para con EL PROMETIENTE COMPRADOR a entregar el inmueble libre de toda clase de impuestos hasta el día treinta y uno (31) de [d]iciembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969).- En caso de que se causaren gravámenes o impuestos con anterioridad al treinta y uno (31) de [d]iciembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), aun cuando ellos sean notificados posteriormente, ellos correrán por cuenta de LOS PROMETIENTES VENDEDORES.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

5.3.1.2. La simple lectura de la primera de las cláusulas atrás transcritas, permite colegir que mediante ella, únicamente se reguló la forma cómo los prometientes vendedores atenderían las obligaciones que tenían para con la sociedad que intermedió el negocio, previendo que de la primera cuota del precio debían sufragarse los gastos que por servicios públicos y celaduría hubiese pagado aquélla, así como el valor de la *“comisión por venta”* del inmueble.

Es nítido, entonces, que allí, a diferencia de lo que estimó el censor, no se impuso ninguna carga económica al prometiente comprador, de la que pudiera desprenderse que a partir de la fecha de recibo del inmueble objeto de la negociación prometida, aquél detentaba el inmueble con ánimo de señor y dueño.

Más aún: así se entendiera que desde la entrega del bien, corrían a cargo del señor Chávez Matallana los costos de los servicios públicos y de la vigilancia del inmueble, tal deber, ni de lejos, permite suponer que él era el poseedor de la casa, pues esas obligaciones también son propias de los meros tenedores de un bien raíz, en tanto que conciernen con el uso del mismo.

5.3.1.3. Algo parecido ocurre con la cláusula décimo primera del contrato.

Como se aprecia, su única finalidad fue la de definir el alcance de la obligación a cargo de los prometientes vendedores, de atender el pago de los impuestos relacionados con el inmueble cuya enajenación se prometió.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

En suma, lo que allí se dijo, fue que ellos asumían todos los causados hasta el 31 de diciembre de 1969, independientemente de que su noticiamiento se produjera con posterioridad.

Destácase que en ese punto del acuerdo, nada se señaló sobre quién o quiénes debían verificar el pago de los impuestos causados después de la fecha indicada. Por consiguiente, afirmar, como lo hizo el recurrente, que tales gravámenes “*serían asumidos por el otro*” contratante, esto es, por el prometiente comprador, es hacerle decir a la promesa algo que ella, en verdad, no contempla.

Y es que ni siquiera como deducción, es factible tal planteamiento, pues de la expresa previsión de que los impuestos causados hasta el 31 de diciembre de 1969 corrían por cuenta de los prometientes vendedores, no se desprende, como única opción, que los gravámenes subsiguientes tenían que ser sufragados por el señor Chávez Matallana.

Al respecto, propio es pensar que los contratantes tenían la posibilidad de regular luego y libremente, la manera cómo debían atenderse las cargas impositivas surgidas después de la referida fecha, pudiendo imponer las mismas, en todo o en parte, o hasta un determinado momento, por ejemplo, hasta la fecha en que se hubiese perfeccionado o se perfeccionase la compraventa, a los potenciales enajenantes.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Pero así se admitiera que desde la tantas veces mencionada calenda, los impuestos del inmueble estaban a cargo del prometiente comprador, es de verse que esa sola circunstancia, no sería suficientemente indicativa de que el propósito de los contratantes fue el de transmitir a Chávez Matallana la posesión con la entrega que hicieron del bien, o de que éste, como lo dio a entender el recurrente, se hiciera cargo del inmueble en tal calidad desde entonces. Sería una circunstancia aislada, carente de esa fuerza demostrativa.

Por ello, en ningún error, o por lo menos, en uno manifiesto, incurrió el Tribunal cuando refiriéndose a la inclusión del bien en la declaración de renta de Chávez Matallana y al pago de impuestos por parte de éste, acotó:

Y tampoco podía estructurarse la interversión con las declaraciones de renta presentadas por el demandante a partir del 31 de marzo de 1971 (folios 22 a 27 del cuaderno 1), pues dicho acto no es un hecho público y ostensible de desconocimiento frente al dueño, que es quien puede oponerse a [la] posesión, porque de lo contrario esta es clandestina, a términos del artículo 774, inciso final, del Código Civil (se subraya).

Si la cuestión era demostrar que la entrega del inmueble transmitió a quien lo recibió su posesión, es verdad que las referidas conductas de éste -declaración fiscal del bien y pago de impuestos- mal podrían tenerse como prueba de ello, cuando fueron actos privados de Chávez Matallana, desprovistos, por ende, de la publicidad y trascendencia social necesaria, para que pudieran

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

apreciarse como reveladoras de su desconocimiento de dominio ajeno y del inicio de la posesión investigada.

5.3.1.4. Se concluye, entonces, que las previsiones contractuales en que el censor apoyó el cuestionamiento ahora analizado, no son siquiera demostrativas y, por ende, mucho menos, expresivas, de que con la entrega que se hizo al promitente comprador del inmueble objeto de la enajenación prometida, se confirió a éste la posesión del bien.

5.3.2. Queda por ver el otro componente de la segunda acusación ahora auscultada, esto es, si de *“la actitud que ambas partes adoptaron en el desarrollo contractual”*, es factible inferir que la posesión del inmueble quedó en cabeza del prometente comprador desde la referida entrega.

5.3.2.1. Para dilucidar con acierto esa problemática, es necesario señalar que el Tribunal sí reconoció al señor Chávez Matallana como poseedor del inmueble, pero ante la imposibilidad de tener como fecha de inicio de su detentación con ánimo de señor y dueño, aquella en la que recibió la casa de manos de los prometientes vendedores, se ocupó de investigar cuándo tuvo ocurrencia la mutación de su título de mero tenedor a poseedor, cambio que estimó cumplido el 7 de marzo de 1975, toda vez que en esa fecha fue que lo arrendó *“sin autorización del dueño y por tres años, luego de lo cual el demandante retornó a residir en [él], según se desprende de los testimonios de Julio Enrique Sánchez González, Carlos de Greiff Moreno y Jorge Orlando Gómez Caicedo, (...)”*.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Al respecto, deben destacarse las consideraciones adicionales que pasan a reproducirse:

Sin perjuicio de lo anterior, puede haber prescripción en esos casos, solo en la medida en que se acredite verdadera interversión del título, esto es, una nítida y contundente mutación del título de tenencia u otro, hacia el título de posesión exclusiva, es decir, un claro alzamiento en rebeldía a partir del cual empiece a contarse el término de la prescripción extraordinaria, ya que como de manera diáfana manda el artículo 777 del Código Civil, ‘el simple paso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión’. Todo sin olvidar que la interversión del título como ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede darse sino desde cuando quien así procede lo hace de manera pública, abierta y franca para negar el derecho del que reconocía como dueño, además de que ‘...acompaña con la justicia y la equidad exigir a quien alega haber intervertido su título que pruebe, plenamente, desde cuándo se produjo esta trascendente mutación y cuáles son los actos que afirman el señorío que ahora invoca’ (casación civil, sentencia 018 del 15 de septiembre de 1983).

En el caso sub lite se advierte que la interversión del título no podía darse antes del 30 de abril de 1970, que era la fecha en que debía celebrarse el contrato prometido, ni con anterioridad al 30 de septiembre de 1970, pues ese día debía realizarse el pago del último contado del precio. Esto sin dejar de observar que el demandante hizo un abono a capital e intereses el 28 de enero de 1971 (folio 17 de cuaderno 1).

Y tampoco podía estructurarse la interversión con las declaraciones de renta presentadas por el demandante a partir del 31 de marzo de 1971, (folios 22 a 27 del cuaderno 1), pues dicho acto no es un hecho público y ostensible de desconocimiento frente al dueño, que es quien puede oponerse a esa posesión, porque de lo contrario esta es clandestina, a términos del artículo 774, inciso final, del Código Civil.

Seguidamente el Tribunal admitió que el cambio de la posición de tenedor a poseedor se dio con el arrendamiento

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

del inmueble a un tercero, el 7 de marzo de 1975, fecha de inicio, por lo tanto, de la posesión ejercitada por Chávez Matallana, temática en relación con la cual agregó:

Desde esa fecha el poseedor introdujo mejoras al inmueble, que de acuerdo a lo expuesto en el dictamen pericial consistieron en edificaciones y modificaciones realizadas en la forma que se explica: (...).

Y también defendió la posesión en el marco del concurso de acreedores adelantado contra el codemandado Francisco José Camacho Amaya tramitado en el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá, en donde promovió incidente de levantamiento del secuestro del inmueble, obteniendo reconocimiento de su calidad de poseedor y la cancelación de esa medida cautelar mediante providencia del 14 de noviembre de 1991, (...), confirmada por otra Sala de esta corporación con auto de 9 de noviembre de 1992 (folios 235 a 237 y 272 a 276 de la continuación del cuaderno [4]).

5.3.2.2. Significa lo anterior, que el Tribunal diferenció la prueba, por un lado, de la fecha de inicio de la posesión y, por otro, de los actos posesorios propiamente dichos que durante su duración sirvieron para estructurarla.

Y también que esa Corporación sí apreció y tuvo en cuenta los actos de señorío que, en general, desarrolló el señor Chávez Matallana sobre el inmueble del proceso a partir de ese momento, esto es, del 7 de marzo de 1975.

5.3.2.3. El recurrente, en el segmento del cargo que ahora ocupa la atención de la Sala, en lo fundamental, esgrimió tanto las actuaciones del promotor de la controversia que el Tribunal señaló expresamente como demostrativos de su posesión a partir de la indicada fecha -arrendamiento del inmueble, ocupación del mismo en forma personal por el poseedor, reforma y mejoramiento

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

del bien raíz y defensa judicial-, así como otros actos ocurridos luego de esa calenda -libramiento de las comunicaciones de folios 19 a 20 (17 de octubre de 1984) y 73 del cuaderno principal (27 de septiembre de 1989), así como las actuaciones de Chávez Matallana y de Camacho Amaya en el proceso- para, con base en unos y otros hechos, sostener que de ellos se infiere que la posesión aquí investigada tuvo inicio desde la fecha de la entrega del inmueble por parte de los prometientes vendedores al prometiente comprador.

5.3.2.4. Contrastado el criterio del Tribunal con el del recurrente, se colige el desenfoque de la acusación, pues en su desarrollo, no se tuvo en cuenta la estructura que esa autoridad le dio a su fallo, particularmente, en cuanto hace a la diferenciación que planteó sobre la prueba del inicio de la posesión y de los actos que la configuraron.

El censor, sin tener en cuenta esa disquisición, entremezcló la prueba de tales elementos de la posesión -la circunstancia que determinó su comienzo y los hechos indicativos de señorío, durante toda su existencia-, de modo que sólo se ocupó de los segundos, los cuales, hay que destacarlo, únicamente tienen la virtud de demostrar la posesión, para el momento de su ocurrencia.

5.3.2.5. En tal orden de ideas, hay que subrayar, entonces, que el Tribunal no ignoró los actos posesorios aducidos por el censor ocurridos a partir del 7 de marzo de 1975, atrás relacionados, ni el comportamiento de las partes luego de esa fecha, al margen de que los hubiere o

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

no mencionado expresamente y de que todos ellos, en verdad, sean o no expresivos de posesión, puesto que, como ya se resaltó, esa Corporación sí reconoció que Chávez Matallana poseyó el inmueble en cuestión desde entonces, inferencia fáctica que envuelve todas las manifestaciones indicativas de tal hecho, ya provengan del poseedor, ora de terceros, incluidos los propietarios de la casa y prometientes vendedores.

Por consiguiente, no es admisible, como con cierta ligereza lo aseveró el impugnante, que el sentenciador de segunda instancia pretirió la prueba de tales conductas, cuando, como viene de acotarse, él, por el contrario, reconoció la posesión del primigenio demandante soportado, precisamente, en el arrendamiento que hizo de la casa, en que luego residió en ella personalmente, en que la reformó y plantó mejoras, en que la defendió judicialmente tanto en el concurso de acreedores seguido en contra de Francisco José Camacho Amaya en el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, como en este proceso, actos todos verificados con posterioridad, se reitera, al 7 de marzo de 1975, de lo que se sigue que, en cuanto hace a esas circunstancias, el Tribunal no cometió los errores de hecho que le imputó el censor.

5.3.2.6. En lo tocante al punto de la defensa judicial, tampoco es admisible el cercenamiento que el recurrente le imputó al Tribunal, de los autos con los que se decidió favorablemente el incidente de levantamiento de secuestro del inmueble aquí disputado, dictados el 14 de noviembre de 1991 (primera instancia) y 5 de octubre de 1992

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

(segunda instancia), pues respecto de ellos son aplicables las mismas premisas fijadas por la Corte sobre el mérito demostrativo de las sentencias que se pretende hacer valer como prueba en un proceso distinto a aquel en el que fueron proferidas, esto es, que “(...) ‘*tan solo acredita[n] su existencia, lo que se resolvió en ella[s], cuál fue el despacho judicial que la[s] profirió y cuando...*’ (Sentencia del 16 de febrero de 1995, Exp. 4460), motivo por el cual, la mención que en ella[s] se haga de los medios de prueba que soportan la decisión judicial, no apareja, de ningún modo, que tales medios de convicción sirvan, a su vez, como prueba en el proceso al cual se trajo la sentencia proferida en otro, ni, mucho menos, que la ponderación que de ellos hubiere hecho el primer juzgador supedita la del segundo” (CSJ, SC del 28 de septiembre de 2004, Rad. n.º 8865; se subraya).

Entonces, así fuera cierto que en esos proveídos, que se reitera, fueron autos, y no sentencias, de donde su poder vinculante es relativo, se hubiere reconocido que la posesión de Chávez Matallana allí establecida, se inició con la entrega que del inmueble objeto de la misma le hicieron los esposos Camacho – Hernández, esa inferencia no resultaba forzosa para el Tribunal en este asunto, por ser, precisamente, una deducción fáctica que los autores de las memoradas providencias obtuvieron de las pruebas que valoraron.

5.3.2.7. Ahora bien, de las otras conductas que el impugnante le atribuyó a las partes como indicadoras de que su posesión arrancó el día de la entrega del inmueble, se establece:

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

a) El libramiento de la comunicación que obra en el folio 12 del cuaderno principal, que data del 1º de junio de 1970, nada aporta sobre el particular, pues ni siquiera entraña la realización de un acto posesorio, ya que su finalidad fue la de pedir al Banco del Comercio la ampliación del plazo para el pago del precio de la casa, ocasión que aprovechó Chávez Matallana para poner de presente que ella tenía desperfectos, sin que eso signifique que éste se daba por poseedor o que le negara tal condición a los prometientes vendedores, como con desacierto lo quiere hacer ver el recurrente.

b) En lo tocante con las declaraciones de renta presentadas por el prometiente comprador desde 1970 y el pago de impuestos, se reitera el análisis atrás consignado.

c) Ya en lo que hace al comportamiento post-contractual de los prometientes vendedores, cabe ampliar que es indudable que ellos, desde la entrega al prometiente comprador del inmueble, se desligaron del bien, lo que es entendible, precisamente, por la realización de ese acto y porque, con el paso del tiempo, entendieron que el señor Chávez Matallana se había hecho a la posesión del mismo, sin que, de su actitud, pueda inferirse que la condición de poseedor del nombrado, él la adquirió con la entrega que de la casa le hicieron.

d) Los indicios derivados del comportamiento procesal del primigenio demandado Francisco José Camacho Amaya, de ser verdad que se configuraron,

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

tampoco serían suficientes para arribar a la inferencia propuesta por el censor.

5. Descartadas, como quedan, las violaciones directa e indirecta denunciadas en el cargo, se colige, en definitiva, que él no está llamado a abrirse paso.

CARGO SEGUNDO

Con estribo en la causal segunda de casación, se denunció el fallo combatido por incongruente.

Al respecto, su proponente señaló:

1. El Tribunal incurrió en un *“vicio de construcción procesal, objetivo y formal”*, puesto que pese a saber *“que lo del mutuo disenso se esgrimió como excepción”*, decidió, sin embargo, *“declararlo como si de pretensión se hubiera tratado”*, con lo que *“rebasó su actividad jurisdiccional arbitrariamente”*.

2. Ese desatino no fue fruto de que dicha autoridad *“interpretara el escrito de excepciones propuestas contra la demanda de reconvención”* y de que, como consecuencia de ello, hubiese procedido de la manera indicada. No *“Vio bien que se trataba evidentemente de una excepción; sólo que dijo estar autorizado, sin ser cierto, para fallar más allá de la simple excepción. De ahí que la causal de casación que se estructura es la segunda, y no la primera”*, inferencia que sustentó con la reproducción parcial de un fallo de la Corte.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

3. Previa invocación de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia, de lo pedido en la demanda principal y en la de reconvención y de lo expresado en desarrollo de la excepción de mutuo disenso planteada en el escrito de repuesta a la última, el impugnante, por una parte, reiteró que el “tribunal declaró el mutuo disenso y las anejas restituciones mutuas como si de una pretensión se tratara”; por otra, afirmó que “[n]i en el petitum de la demanda principal ni en el de la reconvención, ni en ningún otro escrito apto para ello, se pidió como pretensión que se declarara el mutuo disenso”; y, finalmente, observó que el “mutuo disenso se propuso no más que como excepción, que es bien distinto”.

4. Tras memorar las consideraciones del *ad quem* que lo condujeron a declarar la resolución del contrato de promesa de compraventa ajustada entre las partes por mutuo disenso, el casacionista insistió en que dicho juzgador sabía que dicha figura *“obró en el proceso solamente como mera defensa”* y *“[n]unca como pretensión”*. Con tal base, coligió que el comportamiento del Tribunal *“[d]e lejos es un abuso del poder decisorio”*, que provocó la expedición de una *“[s]entencia excesiva, irrespetuosa de los límites del tema decidendum”*.

5. Añadió que ninguna norma legal faculta semejante despropósito, pues el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil restringe a las excepciones de *“nulidad”* y *“simulación”* de un acto o contrato, el deber que impone al juez de pronunciarse expresamente sobre tales figuras, como algo extraordinario, *“pues lo moliente y corriente es que*

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

*propuesta una **excepción**, el juez se circunscriba a estudiarla y, en su caso, a reconocerla como tal”.*

6. De lo anterior se desprende que *“la de mutuo disenso es una excepción que sigue haciendo parte de la regla general, y que cuando ha sido propuesta no más que como excepción, velado le es al juzgador darse aire y hablar de más. Se limitará en ese supuesto a declarar si la ‘excepción’ prospera, y no podrá pasar la frontera y fallarla como pretensión. Con la salvedad anotada -siempre y cuando concurra la condición allí impuesta-, en los demás casos, cual lo señala terminantemente la parte postrera de la disposición en cita, el juez se ‘limitará’ a declarar si es no fundada la excepción”.*

7. Concluyó el impugnante, que *“el fallo del tribunal en ese aspecto fue desacoplado. Profanó las lindes de la controversia, puesto que el mutuo disenso, como pretensión, no fue tema a decidir propuesto por las partes, ni existe ley que autorice la metamorfosis de excepción a pretensión. Quebrantó el tribunal uno de los principios dispositivos más sobresalientes del proceso civil, según el cual la jurisdicción en ese campo es rogada, de tal manera que el sentenciador, a lo menos en línea de principio, no actuará donde no ha sido llamado, y lo hará apenas y sólo para lo que ha sido llamado”,* tras lo cual reiteró los planteamientos sustentantes del cargo.

CONSIDERACIONES

1. Son incongruentes los fallos judiciales cuando, por defecto, por exceso o por ajenidad, no respetan los

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

linderos que al proceso le fijaron las partes en la demanda y en la contestación, o que establece la ley, en cuanto hace al reconocimiento oficioso de excepciones (art. 305, C. de P.C.).

De suyo, será *mínima petita* la sentencia que deja sin decidir alguno de los extremos del litigio; *ultra petita*, la que los excede; y *extra petita*, la que resuelve por fuera de los mismos.

Insistente y constantemente, la Sala ha puntualizado que “*el principio de la congruencia que debe informar a la sentencia, se infringe ‘cuando hay falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, en cualquiera de estas formas: 1) ultra petita: si provee sobre más de lo pedido; 2) extra petita: si provee sobre pretensiones o excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas y, 3) mínima petita: cuando omite decidir sobre todo lo pedido (sent. 107 de julio 21 de 1993, exp. 4383, reiterada en mayo 16 de 2000, exp. 6295)’* (se subraya)²⁴.

Con otras palabras, “*al juzgador no le resulta dado pronunciarse en la sentencia sino sobre lo que se le ha pedido por las partes, sin que pueda fallar en asuntos que no le han sido demandados (extra petita), ni más allá de lo solicitado (ultra petita), como tampoco puede abstenerse de pronunciamiento alrededor de alguno de los extremos del litigio (citra petita), pues, en los dos primeros casos habrá incurrido en exceso de poder al ejercer la jurisdicción y, en el último, en defecto, que es lo que en la doctrina ancestralmente se conoce como el fallo omiso o diminuto*” (se subraya)²⁵.

²⁴ CSJ, SC del 21 de octubre de 2003, Rad. n.º 7486.

²⁵ CSJ, SC del 4 de septiembre de 2000, Rad. n.º 5602.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

2. Como ya se registró, en la demanda con la que se dio inicio al proceso, se solicitó declarar que su promotor, señor Gustavo Chávez Matallana, ganó por prescripción adquisitiva extraordinaria, el dominio del inmueble ubicado en la carrera 4ª Este No. 109-51 de esta ciudad.

A su turno, en la reconvención que presentó el primigenio demandado señor Francisco José Camacho Amaya, se solicitó, de manera principal, la reivindicación del identificado bien raíz, con los pronunciamientos que son consecuentes a esa súplica; y de forma subsidiaria, la resolución por incumplimiento del reconvenido e inicial actor, del contrato de promesa de compraventa que en relación con ese mismo predio celebraron aquél y la señora María Cristina Hernández de Camacho (q.e.p.d.), como prometientes vendedores, con Chávez Matallana, como prometiente comprador, con las determinaciones inmanentes a esa reclamación.

3. El Tribunal en el fallo recurrido en casación, luego de negar tanto las pretensiones del libelo introductorio como las de la contrademanda, así como las excepciones formuladas en frente de la reconvención, *“salvo la de mutuo disenso que se declara probada”*, dispuso la resolución *“por mutuo disenso”* del mencionado acuerdo de voluntades y proveyó sobre las prestaciones mutuas derivadas de esa determinación, imponiéndole al primigenio demandante el deber de restituir a su contraparte el inmueble del pleito, junto con los frutos civiles causados *“desde la celebración de la promesa de compraventa”* y hasta la efectiva entrega del bien; y a Francisco José Camacho Amaya, como a los

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

herederos de María Cristina Hernández de Camacho, la devolución de la parte del precio que recibieron y el pago de las mejoras.

4. Efectuado el cotejo objetivo de las pretensiones elevadas en las comentadas demandas del proceso y las ordenaciones adoptadas por el sentenciador de segunda instancia en su fallo, se colige con absoluta claridad la inconsonancia de dicho proveído, puesto que sin haberse formulado solicitud alguna dirigida a que se declarara la resolución por mutuo disenso del contrato de promesa de compraventa vinculante de los litigantes, el *ad quem* adoptó tal determinación.

5. Esa desarmonía del fallo no encuentra justificación, ni quedó conjurada, por el hecho de que el demandado en reconvención, propuso, entre otras, la excepción que denominó “*MUTUO DISENSO*”, pues si el Tribunal denegó la resolución contractual solicitada subsidiariamente en ese libelo, debido a que su proponente carecía de interés para intentarla, pues igualmente incumplió el convenio allí censurado, es patente que dicha acción no se configuró en favor del reconviniente y que, por ende, no había lugar al estudio de ninguna de las excepciones alegadas.

Con otras palabras: el fracaso de la acción de resolución por insatisfacción de los elementos que la estructuraban, impedía al Tribunal pasar al estudio de la anotada excepción, como lo hizo, por lo que tampoco en desarrollo de dicho mecanismo defensivo, había lugar a que el Tribunal abordara el estudio del distracto contractual.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Al respecto, bueno es memorar que “la labor de juzgamiento no puede ejercerse de cualquier modo. El rigor que exige la tarea decisoria requiere abordar inauguralmente el reclamo del demandante para que, definida la vocación de prosperidad de la pretensión con fundamento en las pruebas, se continúe con la valoración de las excepciones planteadas, de manera que sólo cuando la acción tiene posibilidad de victoria, se impone al juez entrar a auscultar los mecanismos aducidos en pro de la defensa del demandado a fin de establecer si ellos tienen la virtud de enervarla. (...) En este sentido, el juez de manera previa al estudio de la excepción, debe decidir el mérito de la demanda, concretamente, si concurren los presupuestos materiales para una sentencia favorable, porque si ello no es así, conocidos como el interés para obrar, la legitimación en la causa, la tutela jurídica y la prueba de los hechos, en palabras de Calamandrei ‘(...) el derecho de acción (entendido como derecho a la providencia favorable) no nace (...)’” (se subraya)²⁶.

6. Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que fue pertinente el estudio de la indicada excepción, es del caso señalar que su reconocimiento solamente podía producir el derrumbamiento de la acción resolutoria incoada en la reconvención, pero no que, adicionalmente, se dispusiera el rompimiento por mutuo disenso del contrato en esos términos controvertido, decisión que, por ende, se visualiza como resultado de la exclusiva iniciativa del sentenciador.

Sólo con el propósito de reafirmar que en tratándose de la figura del distracto contractual, su alegación como

²⁶ CSJ, SC del 9 de diciembre de 2011, Rad. n.º 1992-05900-01.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

excepción no daba para fulminar el correspondiente acuerdo de voluntades, pertinente es destacar que si ese hubiese sido el querer del legislador, habría dado a dicho mecanismo defensivo el mismo tratamiento que otorgó en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil a las excepciones de nulidad y de simulación del contrato fuente de la relación jurídica debatida, en relación con las cuales dispuso que de haber sido propuestas, “*el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción*”, precepto en torno del cual la Sala tiene explicado que:

El cabal entendimiento que a la aludida norma corresponde, permite distinguir con claridad los diversos supuestos de hecho que el legislador concibe y las consecuencias que a cada uno de ellos le atribuye. En primer lugar, cuando el demandado propone las excepciones de nulidad y simulación y al proceso han comparecido todas las partes que intervinieron en el acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez debe pronunciarse ‘expresamente’ sobre ellas, alocución que le impone de manera perentoria el deber de declarar la nulidad o la simulación del acto o contrato de que se trate, con las consecuencias propias de las declaraciones judiciales de esa especie, es decir, la aniquilación del mismo con las subsecuentes restituciones mutuas, si de la nulidad se trata, o la revelación de los verdaderos alcances de la voluntad contractual, atribuyéndole los efectos que le son inherentes.

Un segundo supuesto se presenta cuando el demandado propone las susodichas excepciones, pero al proceso no comparecen todas las partes que intervinieron en la formación del acto jurídico. En tal hipótesis, no le es dado al juzgador, obviamente, aniquilar el contrato nulo, ni asignarle los efectos que conciernen a la verdadera voluntad de las partes la cual, por lo demás, no puede declarar, sino que

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

solamente podrá acoger como fundada la excepción, declaratoria que al enervar las pretensiones del actor, impide que los contratos nulos o simulados puedan producir los efectos que los litigantes persiguen o que lleguen a causar ulteriores perjuicios, es decir, que el excepcionante solo consigue atajar la acción negando el título del demandante, evitándose de esa forma que éste pueda sacar algún beneficio o provecho del acto simulado o nulo (se subraya)²⁷.

Circunscrito ese régimen a las excepciones explicitadas en la norma -nulidad y simulación-, se sigue de ello que a las demás, no les es aplicable el mismo y que, por ende, en el supuesto de su demostración, el acogimiento que de ellas se haga sólo puede traducir en su declaratoria de fundadas.

7. El cargo examinado, por consiguiente, se abre paso, determinación que, como es lógico entenderlo, provoca el quiebre de la sentencia cuestionada, en todo aquello relacionado con el mutuo disenso que el *ad quem* allí declaró, sin perjuicio, claro está, de lo que habrá de analizarse a continuación, en desarrollo del fallo de remplazo que pasa a proferirse.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

I. Generalidades.

1. Sea lo primero recordar que en la sentencia de primera instancia, el Juzgado Tercero Civil de Circuito de Descongestión de esta ciudad declaró, de un lado, no probadas las excepciones propuestas por el demandado

²⁷ CSJ, SC del 10 de septiembre de 2001, Rad. n.º 5961.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Francisco José Camacho Amaya y, de otro, que el primigenio actor, señor Gustavo Chávez Matallana, quien cedió sus derechos litigiosos a MGT MANAGEMENT S. EN C. S., ganó por prescripción adquisitiva extraordinaria, el dominio del bien inmueble objeto del proceso, razón por la cual, adicionalmente, ordenó el registro del fallo en la respectiva matrícula inmobiliaria, el levantamiento de la inscripción de la demanda, negó las pretensiones de la reconvención y condenó en costas a los accionados²⁸.

2. El prenombrado convocado y los herederos determinados de la señora María Cristina Hernández de Camacho apelaron dicho fallo, fincados en los reproches que expresaron al alegar de conclusión en el trámite de la alzada²⁹ y que pasan a sintetizarse:

2.1. El inmueble pretendido estaba embargado y, por lo tanto, no era susceptible de prescripción adquisitiva.

2.2. El gestor del litigio confesó, de un lado, que su alegada posesión derivó del contrato de promesa de compraventa acreditado en el proceso y, de otro, el incumplimiento del mismo por su parte, toda vez que no pagó el precio en la forma allí convenida, omisión confirmada con otras pruebas del proceso.

2.3. Así las cosas, dicha posesión no podía estructurar válidamente la usucapión reclamada, menos cuándo el demandado Camacho Amaya demandó, por vía

²⁸ Fls. 552 a 568, cd. 3.

²⁹ Fls. 21 a 26, cd. 10.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

de reconvención, la resolución de ese acuerdo de voluntades.

2.4. La postura del accionante es, por consiguiente, contradictoria, en tanto que pese a haber admitido la insatisfacción de sus deberes contractuales, al tiempo, se apoyó en el referido pacto preparatorio, para configurar la prescripción que invocó a su favor.

2.5. Se equivocó el *a quo* al negar las pretensiones subsidiarias de la contrademanda, relativas a la resolución de la promesa de compraventa, pues el incumplimiento atribuido al prometiente comprador corresponde a una negación indefinida, en relación con la cual éste no presentó prueba en contrario, amén que no se consolidó la “*prescripción de la acción*”, toda vez que con anterioridad Francisco José Camacho Amaya ya había demandado a Gustavo Chávez Matallana.

2.6. En tal orden de ideas, el recurrente solicitó “[r]evocar la sentencia apelada” y “[a]cceder a las pretensiones de la demanda de reconvención”.

II. Alcance del presente fallo sustitutivo.

1. Como se aprecia, dos fueron, en concreto, las inconformidades de los apelantes: el acogimiento que el sentenciador de primera instancia hizo de la pertenencia reclamada en la primigenia demanda; y la desestimación de las pretensiones subsidiarias de la reconvención,

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

relacionadas con la resolución por incumplimiento de la promesa de compraventa vinculante de los litigantes.

2. Cabe aclarar que no se tiene como tema de disputa la negación de las súplicas principales de la contrademanda, no obstante que, como ya se registró, al final de sus alegatos, los apelantes pidieron acceder, en general, a las reclamaciones de ese escrito, pues como igualmente se infiere del compendio de la alzada, ninguna inconformidad específica plantearon en torno del despacho desfavorable de la reivindicación impetrada en ese segmento del libelo de que se trata.

3. Se concluye, entonces, que la Corte, actuando en sede de segunda instancia, habrá de resolver los dos advertidos reproches de los recurrentes, a lo que prosigue.

III. La prescripción adquisitiva extraordinaria impetrada.

1. Según lo coligió el *ad quem*, la posesión efectivamente acreditada por el señor Gustavo Chávez Matallana solamente abarcó el período comprendido entre el 7 de marzo de 1975, fecha en la que operó el cambio de su calidad de mero tenedor a poseedor, y la presentación de la demanda (11 de abril de 1991), esto es, un lapso de tiempo equivalente a “dieciséis (16) años, un (1) mes y cuatro (4) días, (...) inferior a los veinte años exigidos para (...) la adquisición del dominio por vía de la prescripción extraordinaria”.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

2. El fracaso del cargo primero propuesto en casación, en el que se combatió ese razonamiento del Tribunal, provoca la firmeza del mismo.

3. En tal orden de ideas, forzoso es señalar, entonces, que fue equivocado que el *a quo* tomara como fecha de inicio de la posesión aducida por Chávez Matallana, aquella en la que los esposos Camacho – Hernández le hicieron entrega del inmueble que le prometieron en venta, puesto que en concepto del Tribunal, dicha entrega otorgó al nombrado adquirente, la mera tenencia del inmueble aquí disputado.

4. Imponiéndose la conclusión fáctica que al respecto obtuvo el *ad quem*, deviene como corolario la insatisfacción de uno de los presupuestos estructurales de toda acción de pertenencia, como es el de la posesión del bien en cabeza del demandante por todo el tiempo exigido por la ley, pues, ciertamente, como lo analizó esa autoridad, contabilizado el lapso que transcurrió entre la verdadera fecha de inicio de la posesión investigada, esto es, aquella en la que operó la interversión del título de tenedor a poseedor del aprehensor material del bien raíz, 7 de marzo de 1975, y la de presentación de la demanda, 11 de abril de 1991, se establece que no alcanza los veinte años exigidos para la prescripción adquisitiva extraordinaria en la legislación aplicable al *sub lite*, es decir, en el régimen que precedió a la Ley 791 de 2002.

5. En tal virtud, habrá de mantenerse la revocatoria que del fallo de primera instancia hizo el Tribunal y la

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

desestimación que, en defecto del mismo, adoptó esa autoridad, frente a las pretensiones del escrito introductorio de la controversia.

IV. La resolución contractual invocada en las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconvención.

1. Viabilidad de su examen.

1.1. Es del caso clarificar la pertinencia de proceder al estudio de fondo de la referida acción, pese a que, en principio, pareciera que no hay lugar a ello, habida cuenta que el Tribunal la denegó y que esta específica decisión, no fue recurrida en casación, por lo que da la impresión de que se tornó inmodificable para la Corte.

1.2. En el presente asunto, no puede arribarse a esa conclusión, puesto que el único legitimado para cuestionar esa concreta negativa, era el primigenio accionado y demandante en reconvención, señor Francisco José Camacho Amaya, quien careció de interés para cuestionarla a través del recurso extraordinario de casación, toda vez que, de un lado, la apelación que propuso contra el fallo de primera instancia fue exitosa y, de otro, la resolución contractual por mutuo disenso decretada por el *ad quem*, comportó para él la obtención de un beneficio práctico similar al que persiguió con las súplicas subsidiarias de la contrademanda: la pérdida de efectos jurídicos del contrato de promesa de compraventa, la recuperación material del

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

inmueble objeto del mismo y el pago de los frutos producidos por él.

1.3. Sobre el particular, debe enfatizarse que solamente se tornan inmodificables las decisiones del juzgador de segunda instancia que habiendo podido ser controvertidas en casación, no lo fueron por el respectivo interesado, o que cuestionadas, el reparo no prosperó.

2. El incumplimiento de los contratos bilaterales o sinalagmáticos³⁰. Hipótesis. Regulación.

2.1. En tratándose de las obligaciones surgidas de los advertidos contratos, puede ocurrir, en líneas generales, que sean cumplidas por las dos partes; que se satisfagan solamente por una de ellas y la otra incumpla las suyas; y que los dos extremos se abstengan de atenderlas, en la forma y tiempo debidos.

2.2. Cuando acontece lo primero, propio es predicar que el vínculo jurídico surgido del respectivo acuerdo de voluntades se extinguió por pago de las obligaciones con causa en él (art. 1625, num. 1º, C.C.), esto es, por “*la prestación de lo que se deb[ía]*” (art. 1627 *ib.*).

2.3. En cambio, frente a las otras dos hipótesis - incumplimiento unilateral y recíproco-, ha de reconocerse, por igual, que el contrato subsiste jurídicamente y que, por

³⁰ Dispone el artículo 1496 del Código Civil que “[e]l contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con la otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

lo tanto, continúa generando efectos para quienes lo celebraron, de modo que su extinción ha de obtenerse por un medio diferente, claro está, con sujeción a la regla del artículo 1602 del Código Civil, esto es, “*por causales legales*”.

2.4. Cuando sólo una de las partes incumple sus deberes contractuales, mientras que la otra los atiende o se allana a ello, la situación aparece disciplinada en el artículo 1546 del Código Civil, que preceptúa:

En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante, pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios (se subraya).

Como se aprecia y se dejó destacado, la hipótesis factual de que se ocupa el precepto es una sola: **que no se cumpla lo pactado “por uno de los contratantes”, caso en el cual el otro está facultado para solicitar “la resolución” del respectivo acuerdo de voluntades, o su “cumplimiento”, junto con la “indemnización de perjuicios”.**

La Corte, desde antaño, tiene sentado que “el artículo 1546 estatuye como principio la condición resolutoria tácita a que están sometidos todos los contratos bilaterales, en virtud de la cual si uno de los contratantes no cumple lo pactado, el otro, o sea, el cumplidor, puede pedir la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. (...). De las normas citadas se infiere que, demandada la resolución de un contrato bilateral, debe demostrar el actor que ha cumplido las obligaciones a su cargo, que el demandado no ha cumplido las

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

*suyas, y que, por consiguiente, se hallaba en mora de cumplirlas*³¹.

Como en el supuesto de que ahora se trata, el incumplimiento unilateral no provoca, por sí solo, la extinción del respectivo contrato, *al punto que hay lugar a la pervivencia del mismo y a buscar su cumplimiento forzado, es necesario para la desaparición del vínculo negocial, que el contratante cumplidor o que se allanó a satisfacer sus deberes, opte por solicitar a la justicia la resolución del contrato y que, mediante sentencia judicial, se acoja su pedimento.*

Traduce lo anterior que el referido mecanismo -la resolución-, es el instrumento que el legislador estatuyó con miras a dejar sin efectos el negocio jurídico vinculante de las partes y a restablecer las condiciones en que ellas se encontraban, antes de su celebración³².

2.5. Manteniendo la vista en la precedente precisión, es del caso señalar que el incumplimiento del contrato por parte de los dos extremos que lo integran, es cuestión no regulada por el comentado artículo 1546 del Código Civil.

En verdad que, tratándose de hipótesis factuales diversas, la desatención de las obligaciones surgidas del

³¹ CSJ, SC del 14 de marzo de 1963, proceso de Himelda Gámez viuda de Calderón contra Marco Tulio Hernández. G.J., t. CI, pág. 221.

³² En el punto, tiene dicho la Sala que *“es menester destacar también que, en líneas generales, la jurisprudencia y la doctrina han considerado que la resolución se predica de aquellos contratos cuyos efectos son susceptibles de destruirse retroactivamente, hasta el punto de dejar a las partes en el estado anterior a la celebración del acuerdo disuelto -efectos ex tunc-”* (CSJ, SC del 26 de agosto de 2011, Rad. n. 2002-00007-01).

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

acuerdo bilateral por uno sólo de los contratantes, un evento, y por ambos, otro, mal puede pensarse que la precitada norma se ocupó de regular los dos, cuando, como ya se reseñó, el artículo únicamente alude al incumplimiento de una de las partes, comportamiento que fija como percutor de la opción que le otorga al otro interviniente, de escoger entre la resolución del acuerdo o el cumplimiento forzado de la convención, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

2.6. Este entendimiento del precepto que se comenta, en cuanto hace a su alcance, no es en verdad novedoso. Nuestra jurisprudencia desde hace bastante tiempo lo predicó, pese a lo cual dicho criterio, por las razones que adelante se expondrán, se desvió impropriamente para servir de apoyo a la tesis de que en frente del incumplimiento recíproco, no hay lugar a la resolución del contrato, pues ninguno de los contratantes ostenta legitimación para elevar tal reclamación, habida cuenta que la norma en cuestión, concede dicha acción solamente a la parte que cumplió o que se allanó hacerlo.

Dijo la Corte en sentencia del 9 de junio de 1971:

Conforme el artículo 1546 del Código, ‘En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios’.

Dos son los requisitos para la prosperidad de tal acción: a) Que el contratante contra el cual se dirige la demanda haya incumplido lo pactado a su cargo, y b) Que el contratante

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

que la proponga haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo.

a) El primer requisito consiste en ‘no haberse cumplido la obligación’, o ‘haberse cumplido imperfectamente’, o ‘haberse retardado el cumplimiento’ (artículos 1613 y 1614 del Código). Incumplir una obligación es no pagarla culpablemente en la forma y tiempo debidos. La culpa del deudor se presume siempre de su falta de pago (inciso tercero del artículo 1604 ibídem). Para pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios es indispensable que el deudor demandado esté en mora (artículo 1615 ibídem).

b) El segundo requisito estriba en que el contratante que pide la resolución del contrato no esté en mora de cumplir sus propias obligaciones (Véase Cas., junio 12 de 1970, ordinario de Emilia Yaar Nasser c. Concepción Salas de Lombardi, aún no publicada).

*Sin necesidad de exponer los antecedentes históricos de la acción resolutoria, los cuales confirman la tesis anteriormente expresada, basta para sostener ésta con tomar en consideración la forma como el señor Bello redactó el artículo 1546. Se puede pedir que se declare resuelto el contrato bilateral ‘en caso de **no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado**’ (subraya la Sala), no en caso de no cumplirse por AMBOS; y entonces ‘podrá el otro contratante’ (subraya de nuevo), es decir, el que no ha incumplido, ejercer alternativamente y a elección suya las acciones que por el artículo se le otorgan o reconocen. ‘Tal caso’, al cual hace referencia el texto, es uno solo: el de que no se haya cumplido por UNO de los contratantes lo pactado y el OTRO sí haya cumplido o allanado(...) a cumplir sus obligaciones oportunamente y en la forma como fueron pactadas.*

No puede, pues, el contratante que esté en mora, pedir la resolución de contrato bilateral, aunque el otro contratante haya incurrido en incumplimiento (se subraya)³³.

Posteriormente, la Sala sostuvo:

³³ CSJ, SC del 9 de junio de 1971, G.J. t. CXXXVIII pág. 379 y 380.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

El mutuo disenso tácito no tiene una regulación orgánica en el Código Civil, que permita determinar sus efectos o la forma de llegar al aniquilamiento del negocio jurídico. Tan solo queda abierta la regla general de la disolución del nexo jurídico creado. Empero, ante ese vacío normativo, no se pueden dejar sin solución aquellas situaciones que dan a comprender un abandono recíproco de las prestaciones. El esfuerzo que se haga por darle una aplicación tiene que consultar la realidad jurídica del país y, en particular, la conveniencia del tráfico, porque si se celebra un contrato es para cumplirlo; pero si, en el evento del comportamiento posterior de los contratantes, se da a entender lo contrario, no puede quedar estancado sino que requiere la intervención del Juez, a falta de una fórmula especial.

(...) ¿Y cómo se ha de alcanzar, entonces, la intervención judicial? Hay que pensar que no es el artículo 1546 el que confía su preceptiva para encontrar la solución, porque este texto legal gobierna de manera concreta la forma sustancial de liberarse del negocio como corolario de que el que no cumple le permite al otro demandar la destrucción del vínculo, con la exigencia de los perjuicios. El incumplimiento de un contratante legitima la pretensión de resolución, por eso, el instituto de la resolución, consagrado en el artículo 1546, no puede aplicarse a los casos de incumplimiento recíproco, que supone un desinterés por mantener las consecuencias del contrato.

Es que el artículo 1546 está montado sobre la base de que si un contratante contraviene lo pactado da derecho para instar la resolución o el cumplimiento: ¿y a quién le concede esa facultad? Sencillamente al otro contratante que ha aportado una conducta jurídica, esto es, de parte cumpliente. No cabe duda alguna, que la acción alternativa que enuncia la norma en comento sólo se ofrece para el contratante que ha observado, dentro de marco negocial o legal, las obligaciones a su cargo. Por esa misma razón se permite, como consecuencia inevitable, que se reclamen los perjuicios, a manera de compensación por los menoscabos patrimoniales que se derivan de la inobtención de los resultados. Es la función equilibradora de la resolución que

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

*se entiende en beneficio del que ha cumplido (se subraya)*³⁴.

2.7. Revisado el texto del artículo 1546 del Código Civil y sopesados esos pronunciamientos, es del caso reiterar, entonces, que dicho precepto únicamente se ocupó de regular el supuesto del incumplimiento unilateral de los contratos sinalagmáticos y que, por lo mismo, su aplicación debe reducirse a dicha hipótesis.

2.8. En esa misma línea de pensamiento se inscribió, en tiempo relativamente reciente, la jurisprudencia chilena, país sometido a un régimen en el que su artículo 1489 del Código Civil es similar al 1546 de nuestro ordenamiento sustancial.

La Corte Suprema de esa nación, en sentencia del 4 de diciembre de 2003, respecto de un caso en el que se comprobó el incumplimiento recíproco de las obligaciones derivadas de un contrato de promesa, señaló:

1º. (...).

2º. *Que, en la especie, ambos litigantes incumplieron obligaciones que le imponía el contrato de promesa, dentro del plazo establecido, que vencía el 28 de febrero de 1999.*

3º. *Que el artículo 1489 del Código Civil envuelve una regla que rige exclusivamente la situación que se produce en los contratos bilaterales cuando una de las partes ha cumplido o está llana a cumplir el contrato y la otra se niega a hacerlo, ya que así lo expresa de un modo inequívoco el inciso primero al disponer que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de*

³⁴ CSJ, SC del 16 de junio de 1985, G.J. t. CLXXX, págs. 130 y 131.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

los contratantes lo pactado y el inciso segundo corrobora este sentido otorgando al otro contratante el derecho alternativo de pedir la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, sanción esta que sería absolutamente antijurídica y, por lo mismo, fuera de la razón si se estimare que la ley la acuerda a favor del otro contratante que tampoco hubiera cumplido con sus obligaciones;

4º. Que confirman esta interpretación los fundamentos racionales y de equidad y justicia que inspiran esa disposición que no son otros que presumir que en los contratos bilaterales cada una de las partes consiente en obligarse a condición que la otra se obligue a su vez para con ella, o sea, la reciprocidad de las obligaciones acarrea necesariamente la de las prestaciones;

5º. Que aunque no hay precepto alguno que resuelva la cuestión de si uno de los contratantes que no ha cumplido las obligaciones contraídas puede o no solicitar la resolución de la promesa de venta en contra de la otra parte que tampoco ha dado cumplimiento a las suyas, los jueces están en el deber de juzgarla del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural de acuerdo con lo preceptuado en el N° 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que de hecho aparece así ineficaz por voluntad de las mismas. Luego no pugna, por lo tanto, con la índole y naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria que ella se acoja en este caso, porque la resolución, precisamente el medio que la ley otorga para romper un contrato que nació a la vida del derecho, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo y todavía, porque acogiéndola se llega a la realidad propia de toda resolución, cual es que las cosas puedan restituirse al estado anterior, como si el contrato no hubiese existido, sin embargo no procede la indemnización de perjuicios pedida pues ella requiere de mora y en este caso no podría existir para ninguna de las partes de

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

*conformidad con lo dispuesto en el artículo 1552 del citado Código Civil (se subraya)*³⁵.

Igualmente, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 18 de enero de 2016, sostuvo en un tema relacionado con lo que aquí se debate:

"aunque no hay precepto alguno que resuelva la cuestión de si uno de los contratantes que no ha cumplido las obligaciones contraídas puede o no solicitar la resolución del contrato en contra de la otra parte que tampoco ha dado cumplimiento a las suyas, los jueces están en el deber de juzgarla del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural, de acuerdo con lo preceptuado en el N°5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que de hecho aparece así ineficaz por voluntad de las mismas. Luego no pugna, por lo tanto, con la índole y naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria que ella se acoja en este caso, porque la resolución es precisamente el medio que la ley otorga para romper un contrato que nació a la vida del derecho, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo y, todavía, porque acogéndola se llega a la realidad propia de toda resolución, cual es que las cosas puedan restituirse al estado anterior, como si el contrato no hubiese existido. Sin embargo, en el caso en cuestión no procede la indemnización de perjuicios pedida, pues ella requiere de mora y en este caso no podría existir para ninguna de las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1552 del citado Código Civil, que dispone que en los contratos bilaterales ninguna de las partes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte o no se allana a cumplirlo, motivo que decidirá a estos sentenciadores a hacer lugar a la acción de resolución del contrato, en los términos que se declarará en la parte resolutive del fallo."

³⁵ Corte Suprema de Chile, sentencia del 4 de diciembre de 2003, proceso de Centro Médico Dental Santa Marta contra Manuel Jesús Verdugo Barios, rol. 512-2003.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

2.9. Esclarecido, como queda, que el artículo 1546 del Código Civil se ocupa exclusivamente de regular el incumplimiento unilateral de los contratos bilaterales, es del caso precisar que con ese alcance del precepto, es que debe entenderse la abundante jurisprudencia elaborada en torno de las acciones alternativas consagradas en él, particularmente, que su ejercicio únicamente le corresponde al contratante cumplido o que se allanó a satisfacer sus obligaciones, quien podrá optar por demandar la resolución del convenio o su cumplimiento forzado, en ambos supuestos con indemnización de perjuicios; que una y otra acción debe dirigirse en contra del extremo que se sustrajo a satisfacer sus compromisos negociales; que es este comportamiento omisivo -el incumplimiento de las obligaciones-, el factor que determina la operatividad de las señaladas vías; y que a dichas dos soluciones sustanciales -resolución y cumplimiento- puede enfrentárseles, para enervarlas, la excepción de contrato no cumplido.

Como de forma muy próxima lo acotó la Sala:

El artículo 1546 del Código Civil señala que en los pactos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, evento en el cual el otro podrá optar, a su elección, por la resolución o por el cumplimiento, en uno y otro caso, con indemnización de perjuicios.

El comportamiento indebido de uno de los convencionistas, reclama del otro contratante para legitimarlo en su acción en la esfera del 1546 una conducta leal con la que negocialmente se comprometió; de tal manera que si quien demanda igualmente abandona el programa contractual, por esa sola razón carece de la acción resolutoria, prevista en ese precepto.

El postulado acompasa, con la idea que comunica el artículo 1609 ejusdem, el cual de modo lapidario prevé que en los acuerdos de aquella índole ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos; por supuesto, no se puede hablar de mora

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

*en la ejecución de los actos comprometidos, si de otro lado quien aspire a deducir efectos de ello no hizo lo propio con los deberes jurídicos que estaban en la esfera de su responsabilidad (se subraya)*³⁶

3. El incumplimiento recíproco de los contratos bilaterales. Vacío legal. Aplicación analógica de la resolución. Corrección doctrinal.

3.1. Se sigue de lo expuesto, que el supuesto del incumplimiento de las obligaciones que se desprende de un contrato sinalagmático por parte de los dos extremos que lo conforman, no es cuestión regulada por el artículo 1546 del Código Civil y que, como ninguna otra norma de ese ordenamiento se ocupa de dicha específica situación, ella configura un vacío legal.

3.2. En tal orden de ideas, colígese la plena aplicación del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que a la letra reza:

Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

3.3. En procura de establecer el régimen legal que por analogía es aplicable al caso del incumplimiento recíproco de las obligaciones surgidas con ocasión de la celebración de un contrato sinalagmático, son pertinentes las siguientes apreciaciones:

3.3.1. A voces del artículo 1602 de Código Civil, “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”, mandato del que se desprende el poder vinculante que ellos

³⁶ CSJ, SC 8045 del 24 de junio de 2014, Rad. n.º 2006-00235-01.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

tienen y, por consiguiente, el deber que recae en los intervinientes, de cumplirlos.

Con razón ha dicho la Corte, que “[e]l principio jurídico supremo del cual emana todo el derecho de las obligaciones convencionales señala que la finalidad económico-social del contrato lleva implícita el cumplimiento de las estipulaciones en él pactadas. Los contratos se celebran para cumplirse y, por ello, son ley para las partes. (...). Este postulado se encuentra establecido en el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor ‘todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’. En un sentido similar, el Código de Comercio define el contrato como un ‘acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial... (Art. 864)’³⁷.

3.3.2. Ostensible es, por lo tanto, que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato por parte de quienes lo celebraron, constituye la más significativa afrenta al mismo y, por ende, corresponde a un comportamiento que, como en todos los casos de infracción de la ley, debe sancionarse, previsión que a más de propender por impedir la generalización de ese tipo de conductas, busca forzar la satisfacción del interés del extremo inocente o que se restablezcan, en lo posible, las condiciones que existían antes del pacto.

3.3.3. Visto está, que cuando el incumplimiento contractual proviene de una sola de las partes, el legislador le brinda al contratante diligente la posibilidad de optar por

³⁷ CSJ, SC 11287 del 17 de agosto de 2016, Rad. n.º 2007-00606-01.

el cumplimiento o por la resolución del nexo jurídico (art. 1546, C.C.).

3.3.4. La segunda de tales sanciones, aparece presente en los casos de incumplimiento que el código desarrolla.

A título de mero ejemplo, cabe citar que en la compraventa, el incumplimiento de la entrega (art. 1882, C.C.), la desatención de la cabida del predio (art. 1888 *ib.*) y el no pago del precio (art. 1930 *ib.*), otorgan al contratante inocente la posibilidad de resolver el contrato con indemnización de perjuicios.

En tratándose del contrato de arrendamiento, la imposibilidad de entregar la cosa arrendada (art. 1983, C.C.) o el retardo en hacerlo (art. 1984, *ib.*), habilita al arrendatario a desistir del contrato y al resarcimiento del daño ocasionado. A su turno, el no pago de la renta (arts. 2000 y 2003, *ib.*), el indebido uso del bien objeto del negocio (art. 1996, *ib.*), o el incumplimiento de la obligación de conservarlo (art. 1997, *ib.*), permite al arrendador optar por la terminación³⁸ del acuerdo y/o por la reparación de los perjuicios.

El incumplimiento grave de las prestaciones derivadas del contrato de suministro, da derecho a la parte afectada de solicitar su terminación con la correspondiente indemnización de perjuicios (art. 973, C. de Co.).

³⁸ En los contratos de tracto sucesivo o de duración prologada, la resolución toma la forma de “*terminación*”, como quiera que sus efectos solamente se producen hacia el futuro.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

El no pago del valor del hospedaje, permite la terminación del respectivo contrato (art. 1202, num. 3º, *ib.*).

Significa lo expuesto, que como reacción a los casos de incumplimiento contractual, el legislador previó la resolución o la terminación del contrato, mecanismos que al tiempo de constituir la sanción³⁹ para reprimir tal infracción, se erigen en el instrumento a través del cual se provee sobre la extinción del nexo convencional y se conjura la injusticia que, como consecuencia de dicha omisión, sobreviene al contrato y a quienes lo celebraron, en tanto que los despoja del deber de cumplirlo y, cuando ello es pertinente, les brinda la posibilidad de retraer los actos que en desarrollo del acuerdo hubieren verificado, v.gr. el pago de dinero o la entrega de bienes⁴⁰.

³⁹ A voces del artículo 6º del Código Civil, “[l]a sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. (...). En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos”.

⁴⁰ No hay lugar a equívocos porque la sanción legal por incumplimiento, en tratándose de contratos de ejecución instantánea, sea la “resolución”; y cuando el convenio es de tracto sucesivo o de prestación prologada, corresponda a la “terminación”, ni en que una y otra sanción tengan efectos jurídicos diferentes: la primera, desde la celebración del contrato; y la segunda, desde cuando se decreta la misma.

Sobre la base de que como consecuencia del incumplimiento, hay lugar a una u otra sanción, según el tipo de contrato de que se trate, la Corte tiene precisado que “(...) [p]or la terminación (o cesación) judicial pierde el contrato su fuerza para el futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la terminación, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, ejecutorios, por oposición a ejecutados, cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. No así la resolución judicial. Por esta el contrato cesa para lo futuro; se extingue retroactivamente desde su nacimiento; (...) se borra; ‘se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada (...). La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro, quitándole su fuerza; para

3.3.5. Factible es sostener, por consiguiente, que la resolución ostenta diversa naturaleza.

Por una parte, se trata de una *“sanción dispuesta por el ordenamiento como una medida aflictiva para los intereses de la parte incumplidora, por la violación culpable en que ella habría incurrido, del deber primario que pone a su cargo la norma contractual violada. Esta medida se caracterizaría por la imposición al deudor incumpliente del deber secundario de sufrir la pérdida de la contraprestación que le debía su cocontratante, y debe distinguirse netamente de la otra sanción que se concreta en la ejecución forzosa por equivalente (daños y perjuicios)”*⁴¹.

Por otra, es una medida de recomposición del equilibrio perdido, puesto *“que es contrario a la equidad que el contrato bilateral sea ejecutado por una de las partes cuando la reciprocidad de las obligaciones ha sido rota y desequilibrada por el incumplimiento de la otra parte. (...) Cuando se ha establecido firmemente el principio de interdependencia de dos obligaciones recíprocas -dice RIPERT-BOULANGER- no hay más que sacar una consecuencia lógica: que el contrato debe desaparecer si su ejecución incompleta ha creado una injusticia. (...) El art. 1184 del CC francés -dice RIPERT- es pues la consagración legal de la idea de justicia contractual. Y, más adelante, añade: la idea profunda (que se aprecia en las diversas teorías que explican la resolución por incumplimiento) es siempre la misma: el contrato es respetable cuando ha sido concluido, porque responde a fines legítimos; posteriormente a su conclusión ha sido desequilibrado,*

lo pasado, deshaciendo sus efectos. La cesación únicamente produce el primer resultado’ (...)’ (Cas. Civ., sentencias del 26 de noviembre de 1935, G.J., T. XLIII, pág. 391 y del 26 de abril de 1955, G.J., T. LXXX, pág. 55)” (CSJ, SC del 26 de agosto de 2011, Rad. n.º 2002-00007-01).

⁴¹ Mélich – Orsini, José. *“Resolución del contrato por incumplimiento”*. Editorial Temis, Bogotá – Caracas, 1979, pág. 103.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

ya por falta de una de las partes, ya por un evento puramente fortuito. Ejecutar este contrato cojo, sería simplemente inmoral”⁴².

3.3.6. Así las cosas, son premisas para la aplicación analógica que se busca, en primer lugar, que el artículo 1546 del Código Civil, regulativo del caso más próximo al incumplimiento recíproco de las obligaciones de un contrato bilateral, esto es, la insatisfacción proveniente de una sola de las partes, prevé como solución, al lado del cumplimiento forzado, la resolución del respectivo contrato; y, en segundo lugar, que en el precitado ordenamiento jurídico, subyace la idea de que frente a toda sustracción de atender los deberes que surgen de un acuerdo de voluntades, se impone la extinción del correspondiente vínculo jurídico.

3.3.7. De esos presupuestos se concluye que en la hipótesis que ocupa la atención de la Corte, se reitera, la insatisfacción de las obligaciones establecidas en un contrato bilateral por parte de los dos extremos de la convención, también es aplicable la resolución del contrato, sin perjuicio, claro está, de su cumplimiento forzado, según lo reclame una cualquiera de las partes.

3.4. Esa visión, tanto del reducido marco de aplicación del artículo 1546 del Código Civil, como del régimen disciplinante del incumplimiento recíproco de las obligaciones sinalagmáticas, exige modificar el criterio actual de la Sala, conforme al cual, en la referida hipótesis fáctica, no hay lugar a la acción resolutoria del contrato.

⁴² Álvarez Vigaray, Rafael. *“La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento”*. Editorial Comares, 4ª Ed., Granada, 2009, pág. 85.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Tal aserto, no puede mantenerse en pie, en tanto que está soportado, precisamente, en la referida norma y en que ella únicamente otorga el camino de la resolución, al contratante cumplido o que se allanó a atender sus deberes, mandato que al no comprender el supuesto del incumplimiento bilateral, no es utilizable para solucionarlo.

Dicho planteamiento, como igualmente ya se puntualizó, sólo es predicable en cuanto hace a la acción resolutoria propuesta en virtud del incumplimiento unilateral, caso en el cual la legitimidad del accionante está dada únicamente al contratante diligente que honró sus compromisos negociales o que se allanó a ello, toda vez que ese es el alcance que ostenta el ya tantas veces citado artículo 1546 del Código Civil.

Empero, si del incumplimiento bilateral se trata, no cabe tal reparo, habida cuenta que la acción resolutoria que en esa situación procede, según viene de averiguarse, no es la prevista en la anotada norma, sino la que se deriva de un supuesto completamente diferente, como es la desatención de ambos contratantes, hipótesis en la que mal podría exigirse que el actor, que ha de ser, como ya se dijo, uno cualquiera de ellos, es decir, uno de los incumplidores, no se encuentre en estado de inejecución contractual.

No está demás, pese a la diversa interpretación normativa que allí se hace, recordar las razones que, por mayoría, adujo la Sala en la sentencia del 7 de diciembre de 1982, para reprochar la tesis que entonces, como ahora, venía sosteniendo la Corporación, de que tratándose del incumplimiento recíproco de las obligaciones surgidas de

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

un contrato bilateral, no había lugar a la resolución del mismo, ocasión en la que observó:

a) Si el acreedor que a su turno ha incumplido no tiene derecho a pedir la resolución ni la ejecución, quiere ello decir que su derecho subjetivo carece de acción. Crédito sin acción no es crédito. Es ínsito de la calidad de acreedor poder perseguir al deudor a través de las acciones.

b) Como se supone, según la interpretación cuestionada que el acreedor que sí ha cumplido tiene todas las acciones a su alcance, en particular las alternativas del artículo 1546 del Código Civil, fuerza es concluir que el incumplimiento fue elevado a la categoría de modo de extinción de las obligaciones, o modo de extinción de las acciones, o causal de conversión de la obligación inicialmente civil en obligación natural, que por definición es aquella que carece de acción. Y es lo cierto que el artículo 1625 no consagra el mutuo incumplimiento como modo de extinción de las obligaciones, ni norma alguna le da a ese fenómeno la calidad de extintor de acciones, ni mucho menos de causa para convertir una obligación civil en natural.

Tras precisar que el verdadero significado del artículo 1609 del Código Civil es que “en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente”, la Corte, adicionalmente, señaló:

En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, como ha ocurrido con el demandado en este proceso.

Y más adelante, concluyó:

Corolario de lo anterior es que hay lugar a dos formas de resolución o ejecución de los contratos bilaterales, a saber: a) Cuando uno solo incumple y el otro sí cumple. En tal evento hay lugar a la resolución o ejecución con indemnización de perjuicios, y b) cuando ambos contratantes incumplen, caso en el cual también hay lugar a la resolución o ejecución, pero sin indemnización de perjuicios y sin que haya lugar a condena en perjuicios o cláusula penal⁴³.

4. Incumplimiento unilateral, bilateral y mutuo disenso. Conclusiones.

4.1. En orden de lo expuesto, es necesario puntualizar que cuando el incumplimiento del contrato sinalagmático provenga de una sola de las partes, la norma aplicable es el artículo 1546 del Código Civil, caso en el cual el contratante que satisfizo sus obligaciones o que procuró la realización de las mismas, puede ejercer, en contra del otro, las acciones alternativas de resolución o cumplimiento forzado que la norma prevé, en ambos supuestos con indemnización de perjuicios, acciones en frente de las que cabe plantearse, para contrarrestarlas, la excepción de contrato no cumplido.

⁴³ CSJ, SC del 7 de diciembre de 1982, proceso ordinario de Luis Guillermo Aconcha contra Antonio Escobar. G.J. t. CLXV, págs. 345 a 347.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

4.2. En la hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa una situación no regulada expresamente por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir, que está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y. mucho menos, a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 *ibídem*.

La especial naturaleza de las advertidas acciones, en tanto que ellas se fundan en el recíproco incumplimiento de la convención, descarta toda posibilidad de éxito para la excepción de contrato no cumplido, pues, se reitera, en tal supuesto, el actor siempre se habrá sustraído de atender sus deberes negociales.

4.3. Ahora bien, cuando a más del incumplimiento recíproco del contrato, sus celebrantes han asumido una conducta claramente indicativa de querer abandonar o desistir del contrato, cualquiera de ellos, sin perjuicio de las acciones alternativas atrás examinadas, podrá, si lo desea, demandar la disolución del pacto por mutuo disenso tácito, temática en relación con la cual basta aquí con refrendar

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

toda la elaboración jurisprudencial desarrollada por la Corte a través de los años.

5. El caso concreto.

5.1. La acción.

5.1.1. La resolución contractual deprecada subsidiariamente en la reconvención, estuvo soportada en el incumplimiento del contrademandado y primigenio actor (prometiente comprador) de sus obligaciones de pagar el precio establecido en la promesa de venta, toda vez que no sufragó los instalamentos allí previstos en las fechas acordadas, y en que no concurrió a la notaría, en la oportunidad fijada, a suscribir la escritura pública mediante la cual se perfeccionaría la enajenación prometida⁴⁴.

5.1.2. No obstante que la propia naturaleza de tales asertos, en tanto que ellos entrañan negaciones indefinidas, exoneran a quien los hizo de demostrarlos, como lo establece el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, es lo cierto que al proceso se trajo como prueba trasladada, el trámite incidental que el primigenio promotor de este asunto, señor Gustavo Chávez Matallana, adelantó ante el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, en el concurso de acreedores seguido en contra de Francisco José Camacho Amaya, con miras a obtener el levantamiento del secuestro del inmueble aquí disputado, que en ese asunto se practicó.

⁴⁴ Hechos 3º a 10º del respectivo libelo, conforme fue integrado en virtud de la subsanación que de él se hizo.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Dentro de ese diligenciamiento, el señor Chávez Matallana absolvió interrogatorio de parte en el que, preguntado sobre si “canceló la totalidad del precio” fijado en la promesa de compraventa de que se trata, respondió: “No. Quedó faltando una cuota que sería cancelada en el momento de entregarme los títulos”. Con posterioridad, dejó en claro que la escritura de venta nunca se otorgó.

Adicionalmente, en ese mismo diligenciamiento, se practicó inspección judicial en las dependencias del entonces Banco del Comercio, que fue quien recibió los pagos efectuados por el citado prometiende comprador⁴⁵, verificándose que los únicos realizados, fueron los siguientes: \$130.000.00, el 17 de diciembre de 1969; \$79.249.72, el 7 de febrero de 1970; y \$179.964.90, el 1º de septiembre de 1971, para un total de \$389.214.62, suma que imputada al crédito, significó un abono a capital de \$360.000.00 y el saldo, o sea, la suma de \$29.214.62, se aplicó a intereses.

5.1.3. Al tenor de la cláusula CUARTA del contrato de promesa que en copia auténtica milita en los folios 3 a 7 del cuaderno principal, “[e]l precio de la compraventa prometida es el de QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$575.000.00) que EL PROMETIENTE COMPRADOR

⁴⁵ Sobre el particular, cabe observar que en el contrato de promesa de compraventa ajustado entre los litigantes, se previó: “LOS PROMETIENTES VENDEDORES autorizan al PROMETIENTE COMPRADOR y éste lo acepta expresamente que el precio antes mencionado, en las cuotas relacionadas, juntamente con sus intereses, sea entregado por el citado PROMETIENTE COMPRADOR íntegramente al Banco del Comercio-Sucursal Central de Bogotá, en las fechas establecidas, con el objeto de que este Banco pague las obligaciones pendientes, en la fecha de esta promesa, contra los señores FRANCISCO JOSÉ CAMACHO AMAYA y/o CRISTINA HERNÁNDEZ DE CAMACHO, en los Bancos Central Hipotecario y del Estado de Bogotá (...)” (parágrafo de la cláusula cuarta).

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

pagar[á] en la siguiente forma: en la fecha de esta promesa, la suma de CIENTO TREINTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$130.000.00); a más tardar el treinta (30) de [e]nero de mil novecientos setenta (1970), la suma de SETENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$70.000.00); a más tardar el 30 de [a]bril de mil novecientos setenta (1970) la suma de CIENTO SESENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$160.000.00); y a más tardar el día treinta (30) de [s]eptiembre de mil novecientos setenta, la suma de DOSCIENTOS QUINCE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$215.000.00). EL PROMETIENTE COMPRADOR reconocerá a LOS PROMETIENTES VENDEDORES intereses sobre saldos pendientes a la tasa del catorce por ciento (14%) anual y en la mora al veintiuno por ciento (21%)”.

5.1.4. Cotejados los pagos efectivamente realizados por el señor Chávez Matallana con la previsión contractual sobre el punto, propio es concluir que dicho contratante no se sujetó a ella.

No obstante lo anterior, la aceptación por parte de los prometientes vendedores, a través de su diputado para recibir el pago, el Banco del Comercio, del abono final efectuado el 1º de septiembre de 1970, fecha en la que se completó la cantidad de \$360.000.00, cuando para ese momento ya debía estar cancelado el precio total (\$575.000.00), da a entender que el retardo del prometiente comprador, no significó para aquéllos el desquiciamiento del contrato, de lo que se sigue que dicho incumplimiento careció de la gravedad necesaria para derivar de él la resolución impetrada.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

5.1.5. En lo que sí estuvieron de acuerdo las partes del proceso, fue en que la escritura pública mediante la cual se perfeccionaría la enajenación prometida no se confirió, como quiera que en la hora y fecha acordadas, ninguno de los contratantes compareció a la notaría donde debía suscribirse la misma.

Como se ve, se trató del incumplimiento recíproco y coetáneo de la obligación que cada uno de los extremos del negocio preparatorio tenía de otorgar, en favor del otro, el instrumento público contentivo de la venta que del inmueble sobre el que versó este asunto, harían los esposos Camacho – Hernández al señor Gustavo Chávez Matallana.

5.1.6. Según ya se analizó, siendo imputable tal omisión a las dos partes, cualquiera de ellas estaba habilitada para demandar a la otra, con el propósito de que se declarara la resolución del contrato que las vincula, de lo que se sigue, sin más, la vocación de éxito de que está asistida la pretensión que en tal sentido elevó el señor Francisco José Camacho Amaya, en su condición de prometiende vendedor.

5.2. Las excepciones.

5.2.1. Las mismas razones que determinaron el fracaso de la pretensión de pertenencia que el señor Chávez Matallana elevó en la demanda con la que dio inicio al presente asunto, sirven para despachar desfavorablemente la excepción que él denominó “*PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DEL DOMINIO*”.

5.2.2. En acápite precedente de este fallo, quedó explicada la improcedencia de la excepción de contrato no cumplido, en el caso de las acciones de resolución contractual, cuando las dos partes del contrato bilateral han incumplido recíprocamente sus deberes convencionales.

De suyo que si dicha acción, parte del supuesto fáctico del doble incumplimiento, mal podría exigirse a su promotor que no se encontrara en esa situación, imposición que, por consiguiente, riñe con la naturaleza misma de esta especial acción.

5.2.3. Solamente el mutuo disenso expreso surte efectos inmediatos a su convención, en tanto que se trata de un acuerdo en el que quienes lo celebran, dejan sin efectos jurídicos un contrato previamente ajustado por ellos (art. 1602, C.C.).

Pero tratándose del mutuo disenso tácito, la efectiva extinción del acuerdo que con él se desata, solamente se produce una vez adquiere firmeza la sentencia judicial que lo declara.

Así las cosas, la excepción de “*MUTUO DISENSO*” planteada por el señor Chávez Matallana, toda vez que está soportada en el recíproco incumplimiento de la promesa de compraventa en cuestión por parte de quienes la celebraron, carece de asidero, pues, de un lado, ese comportamiento no denota, por sí solo, que fue el querer de

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

ellos, desistir o abjurar del contrato y, de otro, porque así fuera cierto que su conducta post-contratual estuvo dirigida a ese fin, tal actuación, como acaba de anotarse, está desprovista del poder de invalidar automáticamente la referida convención.

5.2.4. La aducida *“INEXISTENCIA DE LA ACCIÓN”*, en lo que resulta comprensible, habida cuenta la notoria falta de claridad de los argumentos que la sustentan, tampoco se avizora admisible, como quiera que, según se deduce, está dirigida a confutar que la resolución de un contrato pueda generar prestaciones mutuas, postura contraria a la naturaleza misma de este tipo de sanción, con la cual, como ya se explicó, se busca, entre otros objetivos, que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban, al momento de la celebración del respectivo contrato.

Por lo demás, ninguna mención cabe aquí al tema de la indemnización de perjuicios, en tanto que habiendo mediado el recíproco incumplimiento del contrato por parte de ambas partes, ya se dijo, y ahora se reitera, que ninguna de ellas se encuentra en mora (art. 1609, C.C.) y que, por lo mismo, ninguna tiene derecho a exigir de la otra el resarcimiento de los daños que hubiere podido haber padecido como consecuencia de la frustración del convenio (art. 1615, *ib.*).

5.2.5. En cuanto hace a la *“PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN”* se encuentra que, ciertamente, la resolución contractual se impetró después del vencimiento del término de veinte (20) años que el artículo 2536 del Código Civil,

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

antes de la modificación que a él le introdujo la Ley 791 de 2002, previó para la prescripción de las acciones ordinarias.

Si como ya quedó afirmado, el detonante de la resolución fue el recíproco incumplimiento de la obligación de suscribir la escritura pública por medio de la cual se perfeccionaría la compraventa prometida, lo que tenía que hacerse el 30 de abril de 1970, es patente que el indicado término venció en esa misma fecha de 1990.

Confrontada esa fecha con la de presentación de la reconvención, que lo fue el 27 de agosto de 1992 (fl. 132 vuelto, cd. 3), se colige que la resolución deprecada en las súplicas subsidiarias de dicha demanda, se solicitó con posterioridad a aquella calenda, esto es, cuando la acción ya se había extinguido por el paso de tiempo.

Pese a lo anterior, no hay lugar al acogimiento de la excepción, puesto que el señor Chávez Matallana, con su actuar, renunció tácitamente a la prescripción, como quiera que, luego de configurada, en la demanda inaugural de este proceso, buscó que la promesa de compraventa cuestionada surtiera efectos legales, en tanto que adujo que fue en virtud de ella, que entró a poseer el inmueble de la contienda.

Al respecto, debe destacarse que dicho actor trajo, en copia autenticada, como prueba de la acción de pertenencia que intentó, el referido acuerdo de voluntades; y que en el hecho primero de su libelo, el apoderado que lo representó se refirió a él, al señalar que “[e]n el mes de diciembre de 1969, el señor GUSTAVO CHAVEZ MATALLANA recibió en forma real y

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

material, como consta en documento firmado por los señores FRANCISCO JOSÉ CAMACHO AMAYA y MARÍA CRISTINA HERNÁNDEZ DE CAMACHO, un inmueble, lote y construcción, situado en jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá, Zona de Usaquén, marcado con el número 109-51 de la carrera 4ª Este (...).”

Más dicente es la postura que asumió el citado accionante en el cargo primero de la demanda de casación que atrás se analizó, toda vez que con él propendió porque se interpretara que el señalado contrato le transmitió la posesión del inmueble que los esposos Camacho – Hernández le entregaron, en desarrollo precisamente de él.

Reconocer de ese modo la promesa, es admitir que el contrato conserva vigencia, postura que, por ende, convalida tácitamente la solicitud de resolución del mismo elevada por el señor Camacho Amaya, en su condición de prometiende vendedor, pues siendo ello así, aflora patente que tanto este último, como cualquiera de los intervinientes en ese negocio jurídico, tiene derecho a reclamar de la justicia su extinción, en procura de desatar el nexo jurídico que ese acuerdo de voluntades comporta para quienes lo celebraron y de retrotraer los actos que en desarrollo del mismo ejecutaron.

Enseña el artículo 2514 del Código Civil:

La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida.

Renúnciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazos.

Como se aprecia, la renuncia tácita acaece cuando quien tiene la posibilidad de alegar la prescripción, luego de haberse estructurado completamente, desarrolla conductas indicativas de que “*reconoce el derecho de su acreedor*”, o que reflejan su propósito “*de seguir comprometido en el vínculo jurídico que lo ata*” a él⁴⁶, que fue, como en precedencia se explicó, lo que aquí ocurrió.

Por lo expuesto, la referida excepción igualmente habrá de denegarse.

5.3. Las prestaciones mutuas.

5.3.1. El Tribunal, en procura de volver las cosas al estado en que se encontraban al momento de la celebración del respectivo contrato de promesa de compraventa, estableció las siguientes obligaciones para las partes:

5.3.1.1. A cargo del primigenio demandante, señor Gustavo Chávez Matallana:

a) Restituir el bien raíz objeto de la promesa de compraventa y sobre el que versó el litigio.

b) Pagar “*los frutos percibidos (sic) por el inmueble en proporción a la parte del precio que fue pagada*” (37%), que

⁴⁶ CSJ, SC del 1º de junio de 2005, Rad. n.º 7921.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

tasó, al 31 de octubre de 2012, en la suma de \$832.018.000.00.

Para el cálculo de los posteriores a esa fecha, partió del valor de la renta mensual establecida para el citado año 2012, es decir, la suma de \$14.310.000.00 y dispuso que el inicial actor deberá pagar el 37% de ese monto *“por cada mes en adelante y hasta la entrega del bien, canon que se incrementará en el mismo porcentaje del IPC del año anterior, a partir del 1 de enero del año siguiente”*.

5.3.1.2. A cargo de los primigenios demandados, Francisco José Camacho Amaya y herederos determinados e indeterminados de María Cristina Hernández de Camacho:

a) Devolver la parte del precio efectivamente cancelada por el prometiende comprador, esto es, la cantidad de \$360.000.00, que corregida monetariamente a septiembre de 2012 fijó en \$237.900.000.00, valor sobre el cual ordenó el pago de intereses civiles del 6% mensual, a partir de 1º de noviembre de 2012.

b) Pagar las mejoras plantadas en el predio, en virtud a que estimó, de un lado, inaplicable el artículo 1932 del Código Civil y, de otro, que Chávez Matallana fue poseedor de buena fe. Con apoyo en el dictamen pericial estimó que su valor ascendía a la cantidad de \$65.700.000.00, que corrigió monetariamente a la fecha de la experticia en desarrollo de lo cual obtuvo el total de \$112.004.000.00, sobre el que también ordenó el pago de

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

intereses civiles a la tasa del 6% anual desde el 1º de noviembre de 2012.

5.3.2. Como se aprecia, las específicas condenas impuestas a las dos partes, por sus montos, eran susceptibles de cuestionarse por ambas a través del recurso de casación, sin que el inicial accionante incluyera en los cargos que formuló, reparo alguno al respecto; y sin que el extremo originalmente demandado, interpusiera dicha impugnación, con el advertido propósito.

5.3.3. Así las cosas y siguiendo las premisas que se dejaron sentadas al inicio del presente fallo sustitutivo, es forzoso colegir que las determinaciones adoptadas en segunda instancia en punto de las prestaciones mutuas, son firmes y, por lo mismo, inalterables para la Corte, por lo que habrán de reiterarse.

5.4. Conclusiones.

5.4.1. Como lo resolvió el Tribunal, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia, para, en su lugar, negar las pretensiones del libelo con el que se dio apertura al proceso. Se tendrá en cuenta la corrección que del fallo del *ad quem* se efectuó mediante proveído del 17 de enero de 2013⁴⁷.

5.4.2. Por no haber sido objeto de la apelación que interpusieron los demandados contra el referido proveído

⁴⁷ Fls. 67 68, cd. 10.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

del *a quo*, se mantendrá la negativa de conceder las súplicas principales de la reconvención (reivindicación).

5.4.3. Fruto del estudio efectuado por la Corte, respecto de la resolución contractual impetrada en los pedimentos subsidiarios de la contrademanda, se acogerá dicha acción; y, ante ello, se despacharán desfavorablemente las excepciones que en relación con esas reclamaciones esgrimió el reconvenido, por las razones igualmente atrás consignadas.

5.4.4. En punto de las prestaciones mutuas, se reiterarán las decisiones adoptadas en segunda instancia, por haberse tornado firmes e inmodificables.

5.4.5. Por razones meramente metodológicas, las decisiones de segunda instancia que habrán de mantenerse, según viene de explicarse, se reproducirán en lo pertinente bajo comillas, en la parte resolutive de este fallo.

5.4.6. Con sujeción a las normas respectivas, se dispondrá el levantamiento de la inscripción de la demanda.

5.4.7. La prosperidad de las solicitudes subsidiarias de la reconvención, provoca que las costas, en ambas instancias, se impongan al primigenio accionante.

5.4.8. El éxito del recurso de casación, conlleva a que no haya lugar a costas, como consecuencia de dicho recurso extraordinario.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia del 18 de octubre de 2012, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, dentro del proceso ordinario que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído y, en sede de segunda instancia, **REVOCA** el fallo que en ese mismo asunto profirió el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, fechado el 22 de septiembre de 2010, en defecto del cual **RESUELVE**:

Primero: “*Denegar las pretensiones de la demanda principal de Gustavo Chávez Matallana contra Francisco José Camacho Amaya, herederos de María Cristina Hernández de Camacho y personas indeterminadas*”.

Segundo: Negar las pretensiones principales de la demanda de reconvención, formulada dentro de dicho litigio por uno de los primigenios convocados.

Tercero: Decretar la resolución del contrato de promesa compraventa celebrado por Francisco José Camacho Amaya y María Cristina Hernández de Camacho (q.e.p.d.), como prometientes vendedores, y Gustavo Chávez Matallana, como prometiente comprador, respecto del inmueble materia del litigio, que data del 17 de noviembre

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

de 1969, conforme fue solicitado en las súplicas subsidiarias de la contrademanda.

Cuarto: Negar las excepciones meritorias que el señor Chávez Matallana propuso en frente de acción resolutoria planteada en las súplicas subsidiarias de la reconvención, atrás acogida.

Quinto: *“En consecuencia, condenar al demandado en reconvención a restituir a la parte demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, el inmueble objeto del resuelto contrato de promesa de compraventa, identificado en la demanda y demás documentos anexos”.*

Sexto: *“Condenar a los demandados Francisco José Camacho Amaya y herederos (...) de María Cristina Hernández de Camacho a pagar al demandante primigenio, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de doscientos treinta y siete millones novecientos mil pesos (\$237’900.000,00), recibidos como parte del precio de la compraventa que se resuelve, y la suma de ciento doce millones cuatro mil pesos (\$112’004.000,00) correspondientes a las mejoras sobre el predio. Sobre las anterior sumas se pagarán intereses civiles del 6% anual, a partir de 1º de noviembre de 2012”.*

Séptimo: *“Condenar al demandado en reconvención a pagar a Francisco José Camacho Amaya y los herederos (...) de María Cristina Hernández de Camacho, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de ochocientos treinta y dos millones dieciocho mil*

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

pesos (\$832'018.000,00), correspondiente a los frutos civiles dejados de percibir desde la celebración de la promesa de compraventa hasta el 31 de octubre de 2012, más (...)” la proporción del 37% del “canon respectivo por cada mes en adelante y hasta la entrega del bien, canon que se incrementará en el mismo porcentaje del IPC a partir del 1 de enero de cada año subsiguiente, conforme a lo anotado en la parte motiva”.

Octavo: “Autorizar a las partes para hacer las compensaciones pertinentes sobre las anteriores sumas de dinero”.

Noveno: Ordenar el levantamiento de la medida cautelar de inscripción de la demanda, teniendo en cuenta las previsiones del inciso 5º del literal a) de la regla primera del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil. Oficiese como corresponda.

Décimo: Imponer las costas en ambas instancias, al primigenio demandante. En la liquidación de las de segunda, inclúyase por concepto de agencias en derecho la suma de \$9.642.280.00. La secretaría del *ad quem* proceda de conformidad.

Undécimo: Sin costas en casación, por la prosperidad de dicho recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Presidente de Sala

Con salvamento parcial de voto

MARGARITA CABELLO BLANCO

Con salvamento de voto

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

JORGE ERNESTO OVIEDO ALBÁN

Conjuez

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Con salvamento de voto

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Aunque en lo sustancial comparto la decisión adoptada, con el debido respeto disiento de algunas consideraciones efectuadas en el fallo aprobado mayoritariamente, así como de las condenas dinerarias que fueron impuestas en la sentencia sustitutiva, con fundamento en las consideraciones que se hacen en lo venidero.

1. INDEBIDA RESOLUCIÓN DE LOS CARGOS EN CASACIÓN

1.1. En el proyecto aprobado se incurrió en un error de técnica al desatar prematuramente una pifia *in judicando*, sin advertir que lo correcto era despachar la crítica por incongruencia, sin más consideraciones.

Así lo impone el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por la fecha en que se promovió el remedio extraordinario, al señalar que «[l]a Sala examinará **en orden lógico** las causales alegadas por el recurrente» (negrilla fuera de texto), esto es, *de modo sensato y con sentido común*⁴⁸.

La Corte, sobre el alcance de este mandato, doctrinó al unísono que primero deben resolverse los reparos

⁴⁸ Diccionario de la Lengua Española, octava acepción, consultado en <https://dle.rae.es/>.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

procesales, en tanto suponen un cuestionamiento sobre la validez o eficacia de la actuación judicial, a cuya improcedencia sí resulta dable descender a los aspectos probatorios y de puro derecho⁴⁹. De forma textual ha dicho:

Se abordará el estudio de las censuras en orden lógico: comenzando con el ataque al procedimiento y terminando con el embate al juzgamiento, como lo ha expuesto la Corporación al indicar que '(e)n atención a lo dispuesto en el artículo 375 del C.P.C. y a pesar de la advertencia del recurrente en el sentido de que los dos cargos que eleva contra la sentencia se estudien conjuntamente y en el orden por él asignado, la Corte los estudiará en el orden lógico, el inverso, dado que el segundo denuncia vicios in procedendo y el primero vicios in iudicando.' (CSJ, SC-061 de 2002, rad. n.º 6765)... (SC1853, 29 may. 2018, rad. n.º 2008-00148-01).

En suma, delantadamente deben analizarse los aspectos tocantes a las nulidades procesales, congruencia del fallo y reforma peyorativa, por corresponder en aspectos formales de la actuación o decisión, y sólo ante su inviabilidad se abre paso una revisión de los reproches por vulneración de normas de derecho sustancial *-error facti in iudicandi e iure in iudicando-* (cfr. SC, 30 oct. 2000, rad. n.º 5696; SC, 8 ag. 2001, exp. n.º 5888; y SC, 24 jul. 2001, exp. n.º 5808).

1.2. Empero de lo comentado, en el proyecto sometido a consideración de la Sala, de forma prematura se resolvió el tópico relativo a la hermenéutica probatoria sobre la posesión del demandante, sin tener en cuenta que previamente debió desatarse el ataque por ausencia de congruencia.

⁴⁹ SC2758, 16 jul. 2018, rad. n.º 1999-00227-01; SC1230, 25 ab. 2018, rad. n.º 2006-00251-01; entre muchas otras.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Máxime ante la prosperidad de este último, fundamento para la casación del fallo de segundo grado, a partir de lo cual este órgano de cierre tenía que actuar en sede de instancia para proferir una resolución sustitutiva, momento en que debía adentrarse en la resolución del litigio sin las talanqueras propias del recurso extraordinario, pero con las limitaciones connaturales del remedio vertical.

Decidir primero el aspecto sustancial, en postergación del relativo a la congruencia, carece de apoyadura lógica, pues ante la ausencia de claridad sobre la adecuación del trámite a las normas que lo gobiernan, es inane la discusión sobre las cuestiones fácticas o de puro derecho, como precisamente sucedió en el *sub lite*.

2. PRESTACIONES ANTICIPADAS EN EL CONTRATO DE PROMESA

2.1. Conforme a los artículos 1611 del Código Civil -subrogado por el 89 de la ley 153 de 1887-, y 861 del Código de Comercio, la promesa de contrato, por su naturaleza, únicamente genera prestaciones de hacer, en concreto, celebrar el contrato prometido a la extinción del plazo o el acaecimiento de la condición.

Sin embargo, en desarrollo de la autonomía de la voluntad es posible que los promitentes anticipen obligaciones del contrato futuro, de suerte que su ejecución principie desde el negocio preparatorio, aunque gobernadas por las normas de aquél (SC, 23 oct. 1997, exp. n.º 4918).

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Así lo ha admitido esta Corporación:

No obstante que la eficacia final del contrato se encuentra encaminada a obtener la celebración del acto jurídico prometido, suele acontecer que las partes, además de acordar la prestación de hacer que la naturaleza del contrato les impone, ajusten otras obligaciones propias del negocio jurídico prometido (prestaciones adelantadas), mediante las cuales persiguen la consecución de algunos de los efectos concernientes a éste. Son, pues, prestaciones que se avienen más con la naturaleza del contrato prometido, en el cual encuentran veneno y no tanto con la de la promesa que, como ya se dijese, agota su eficacia final en el cumplimiento de una mera obligación de hacer... (SC, 12 mar. 2004, exp. n.º 6759).

Y posteriormente aseguró:

El contrato preparatorio, preliminar, promesa de contrato, precontrato (pactum de contrahendo o pactum de ineiundo contratu), en efecto, genera esencialmente (essentialia negotia), una prestación de hacer, su función es preparatoria e instrumental, proyecta y entraña la obligación de estipular en un futuro determinado otro contrato diferente en sus elementos, naturaleza, función y efectos.

No obstante, la figura legis, admite pactos expresos (accidentalia negotia) y en desarrollo de la autonomía privada dispositiva, libertad contractual o de contratación reconocida por el ordenamiento jurídico a las partes, nada se opone a la ejecución anticipada de algunas prestaciones propias del contrato definitivo, verbi gratia, tratándose de promesa de compraventa, en el tráfico jurídico negocial, es frecuente el pago anticipado de todo o una parte del precio y, también, es usual la entrega anticipada del bien, incluso a título de posesión (SC, 30 jul. 2010, rad. n.º 2005-00154-01; reiterada SC16993, 12 dic. 2014, rad. n.º 2010-00166-01).

2.2. Dentro de las prestaciones susceptibles de anticipación, tratándose de promesas sobre negocios traslaticios, está la entrega física de la cosa, la cual podrá

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

revestir la forma de mera tenencia o posesión, según el epígrafe que le atribuyan los sujetos negociales.

Cuando la entrega no está mediada de un rótulo específico, dada la naturaleza preparatoria de la convención que le sirve de sustrato, debe entenderse que se hace a título de mera tenencia, en tanto los contratantes son conscientes de que el perfeccionamiento de la convención futura y, por tanto, de la tradición consecucional, están sujetos a la voluntad del promitente enajenante, de forma que se reconoce indirectamente su dominio.

Al respecto, esta Sala tiene dicho:

[C]uando los promitentes contratantes anticipando el cumplimiento del contrato prometido, en forma clara, explícita e inequívoca no estipulan expressis verbis en cláusula agregada a propósito la entrega antelada de la posesión de la cosa prometida en compraventa, se entiende entregada y recibida a título de mera tenencia, porque al prometerse con la celebración del definitivo, transferir y adquirir la propiedad de su dueño, se reconoce dominio ajeno, y tal reconocimiento, excluye la posesión.

Por fuera de la precedente hipótesis, entregada la cosa a título de mera tenencia, y así siempre se entiende a falta de estipulación expresa anticipatoria de las prestaciones del contrato definitivo posterior sobre la posesión, podrá presentarse la interversión del título y el mero tenedor convertirse en poseedor desconociendo el dominio ajeno con la prueba de actos de señor y dueño (artículo 777, C.C.), en cuyo caso, tal circunstancia, de suyo comporta la inobservancia del vínculo obligatorio preliminar, porque, en virtud del contrato de promesa de compraventa, el promitente comprador contrae la prestación de hacer consistente en celebrar a futuro un contrato definitivo para adquirir la propiedad del dueño, y esto, involucra reconocer como tal al promitente vendedor (SC, 30 jul. 2010, rad. n.º 2005-00154-01).

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

La Sala ha sido enfática en la necesidad de que medie un pacto expreso para que la entrega física tenga el alcance de posesión, «*pues dada la naturaleza y finalidad del mencionado convenio, este no comporta per se, la transferencia por el promitente vendedor del aludido poder de facto*» (SC7004, 5 jun. 2014, rad. n.º 2004-00209-01).

2.3. Lo expuesto no es óbice para que el promitente adquirente, después de recibir el bien, mute su tenencia a posesión, caso en el cual debe probar la *interversión* de su título a través de actos concluyentes, más allá del simple arrendamiento del bien detentado.

Y es que la explotación civil de la cosa es una facultad de la cual se encuentra investido tanto el poseedor como algunos tenedores, de allí que su ejercicio carezca de la significación necesaria para probar el *animus domini*. Basta citar el artículo 523 del Código de Comercio, que faculta al arrendatario para subarrendar parcialmente el local comercial del cual es tenedor; lo mismo sucede con los cánones 2004 del Código Civil y 17 de la ley 820 de 2003, que autorizan al arrendatario para celebrar nuevos arriendos, siempre que haya previa autorización del arrendador.

2.4. Por tanto, en el *sub examine*, no era dable que la Corte contara el término prescriptivo a partir de la fecha en que el promitente comprador arrendó a un tercero el inmueble objeto de la promesa, sino que debieron considerarse como datas las de realización de las mejoras u oposición en el proceso liquidatorio.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Con todo, estas últimas fechas arrojarían un tiempo posesorio inferior al señalado en la ley para usucapir, amén de que antes de la reforma de la ley 791 de 2002 era menester acreditar veinte (20) años de detentación con ánimo de señorío, prueba que reluce por su ausencia.

3. LA ACCIÓN RESOLUTORIA FRENTE A INCUMPLIMIENTOS RECÍPROCOS

3.1. Inicialmente el derecho romano sólo conoció la acción de cumplimiento, como forma de satisfacer el interés negocial del acreedor, quien podía acudir incluso a la persona del deudor para lograr el cumplimiento de la prestación debida. Así, por medio de la *legis actio per manus iniunctionem*, era dable acudir al juez para que el *accipiens* aprehendiera físicamente al sujeto pasivo y obtuviera el pago de su crédito.

Con la consagración de la *lex comisoria* se dio cabida a la acción resolutoria, en los casos en que se incumpliera el deber de pagar el precio en la compraventa, para permitir deshacer el negocio celebrado e impedir la entrega de la cosa; así se extrae de la siguientes redacción: «*Cuando el vendedor de un fundo se hubiere expresado de este modo en un pacto: ‘si no se hubiera pagado el precio hasta tal día, quede como no comprado el fundo’, en este caso, si el vendedor quisiera que quedase como no comprado, porque*

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

esto se habría expresado por causa del vendedor» (Digesto, libro XVIII, título III)⁵⁰.

Dicho de otra manera, *«por medio de aquella institución, se obtenía que el vendedor se liberara de permanecer indefinidamente vinculado al contrato y recobrara, debido a la falta oportuna del pago del precio, su libertad de acción» (SC, 19 jun. 1936). «En principio, la jurisprudencia entendía que se trataba de una condición suspensiva aplicada a la compraventa, respecto de la obligación de entregar la cosa. Con el tiempo, se estimó que se estaba ante un pacto de resolución, adjunto a la compraventa, pacto que, a su vez, estaba suspensivamente condicionado al incumplimiento en el precio»⁵¹.*

En el derecho medieval *«[l]a legislación de las Partidas en la Ley 38, tít. 5.º de la Part. 5.a aceptó esta teoría y allí se estableció que pagar debe el comprador al vendedor el precio que prometió, por lo cual se podía resistir la entrega de la cosa hasta que el precio se pagara. La Ley 28 del mismo título y Partida, envolvía la idea el pacto comisorio, tal cual había sido creado en Roma»⁵².*

El derecho francés cooptó esta figura bajo la exigencia de que fuera una estipulación contractual, lo cual permitía la rescisión del contrato en caso de que un negociante no cumpliera las obligaciones adquiridas para con el otro; en otras palabras, *«[e]n los... contratos sinalagmáticos que*

⁵⁰ D. Iustiniani, *Los Cincuenta Libro del Digesto*, Tomo I, Ed. Taureliana, Barcelona, p. 911.

⁵¹ Andrea Botteselle M., *El Pacto Comisorio como Manifestación de la Facultad Resolutoria*. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 17, diciembre 2011, consultada en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?lng=es>.

⁵² Fernando Vélez, *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, Tomo Sexto, Ed. Paris América, Paris, p. 111.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

contienen recíprocos compromisos entre cada uno de los contratantes, se pone con frecuencia la condición resolutoria de la obligación que contrate uno de los contratantes, la inejecución de alguno de los compromisos de otro»⁵³.

En el Código Civil napoleónico este pacto resolutorio se *sobreentendió* en todos los contratos sinalagmáticos, en el evento *«en que una de las dos partes no cumpla su obligación... En ese caso, el contrato no se resolverá de pleno derecho. La parte con respecto a la cual no se hubiera cumplido la obligación, podrá elegir entre exigir a la otra al cumplimiento de la obligación si ello fuera posible, o pedir la resolución con indemnización por daños y perjuicios»* (artículo 1184).

El Código Civil chileno de 1855 mantuvo la misma regla: *«En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado... Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios»* (artículo 1489).

Máxima recogida en los cánones 1555 del Código cundinamarqués y 1544 del antioqueño, que consagraron que *«[e]n los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria, o de extinción del contrato, al no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado»*.

El Código Civil patrio siguió esta tendencia y, en su artículo 1546, reiteró la preceptiva chilena, con unos pequeños cambios de puntuación que no afectan su

⁵³ Robert Joseph Pothier, *Tratado de las Obligaciones*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, p. 424.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

contenido: *«En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios».*

3.2. Esta Corporación, en sentencia de 7 de diciembre de 1897, fijó como derrotero que el canon en mención debe interpretarse en armonía con el 1609, el cual prescribe que *«[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplir en la forma y tiempo debidos».*

En consecuencia, *«la resolución de los contratos bilaterales, por la falta de cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sólo puede pedirla el contratante que pruebe esa falta de cumplimiento, y que él ha cumplido ó se ha allanado a cumplir sus obligaciones»* (G.J. años XIII, n.º 625, p. 200).

Tesis reiterada en multitud de pronunciamientos⁵⁴, incluso de reciente data, que insisten en la necesidad de que el demandante sea un contratante cumplido o haya desplegado todas las acciones para hacerlo, como condición *sine qua non* para la prosperidad de la acción resolutoria (SC2307, 25 jun. 2018, rad. n.º 2003-00690-01).

3.3. Voces de disidencia se han alzado en el trasegar jurisprudencial, porque la estricta aplicación de esta interpretación condujo a situaciones de indefinición

⁵⁴ Por citar unos pocos SC6906, 3 jun. 2014, rad. n.º 2001-00307-01; SC, 28 feb. 2012, rad. n.º 2007-00131-01; SC, 7 mar. 2000, exp. n.º 5319, etc.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

jurídica, en los casos en que ambos contratantes son incumplidos, pues ninguno de ellos tendría acción para lograr la extinción del vínculo jurídico.

La primera postura que se planteó fue la del mutuo disenso tácito, en el sentido de que el recíproco incumplimiento es equivalente a la decisión de extinguir el vínculo jurídico negocial por su abandono: *«la voluntad de las partes no sólo es susceptible de manifestarse a través de declaración expresa, sino también puede serlo mediante actos que implícitamente la dan a conocer... preciso [es] darle a la recíproca inejecución de las obligaciones contractuales la significación exacta de la desistencia tácita, a la manera como podría producirse mediante el mutuo disenso expreso»* (SC, 23 sep. 1974, G.J. CXLVIII, n.º 2378 a 2389, p. 246).

Aunque con el pasar de los años se precisó que, además de la mutua desatención convencional, debe quedar fuera de duda la intención de destratarse (SC, 20 sep. 1978, G.J. CLVIII n.º 2399).

La segunda posición se expuso en el proveído de 29 de noviembre de 1978, en el que se aseguró que *«en los contratos bilaterales en que las mutuas obligaciones deben ejecutarse simultáneamente, o sea a un mismo tiempo, si una parte se allanó a cumplir en la forma y tiempo debidos y la otra no, aquélla tiene tanto la acción de cumplimiento como la resolutoria, más si ninguna de las partes cumplió ni se allana a hacerlo, una y otra meramente pueden demandar la resolución del contrato»*.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Como sustento, se diferenció el incumplimiento de la indemnización de perjuicios, a fin de acotar la aplicación del artículo 1609 a este último, sin afectar la procedencia de la acción resolutoria.

3.4. En la providencia aprobada mayoritariamente se abandonó la tesis de la improcedencia de la acción resolutoria frente a incumplimientos mutuos y se propugnó por el acogimiento de los planteamientos centrales del fallo de 1978.

Esta comprensión, valga la pena mencionarlo, que comparto en su integridad, es la que mejor se aviene con los criterios de interpretación literal, histórico y sistemático del artículo 1546 del Código Civil, de que tratan los artículos 27 y 30 del Código Civil, como se explicará en lo subsiguiente:

(i) La condición resolutoria tácita, a que se refiere el canon 1546, únicamente exige para su procedencia que se trate de un *contrato bilateral* y que *uno de los contratantes no cumpla con lo pactado*, sin imponer al demandante cargas diferentes a la de ser contraparte negocial.

Y es que el inciso segundo establece que «**el otro contratante** [podrá] pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato» (negrilla fuera de texto), sin más requerimientos, de allí que no sea dable ponerle sobre sus hombros el deber de acreditar el cumplimiento el allanamiento a hacerlo, como inexactamente lo ha asegurado la jurisprudencia.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

(ii) El artículo 1609, en puridad, impide la mora en los negocios bilaterales con prestaciones sucesivas, hasta tanto el otro contratante no cumpla lo pactado o realice las gestiones para el efecto, temática que concierne a la reparación de perjuicios, sin implicaciones directas sobre la prosperidad de la acción resolutoria.

La norma es clara en acotar su objeto a la **mora**, figura jurídica que sirve para definir el hito inicial del cobro de deméritos patrimoniales -canon 1615-, que no puede confundirse con el incumplimiento que constituye la base de la resolución a que se refiere el artículo 1546 del estatuto civil.

Recuérdese que

...el factor determinante para que haya lugar al resarcimiento de los perjuicios provocados por no atenderse las obligaciones derivadas de uno de tales contratos es la “mora” en que haya incurrido el incumplido, la que, como ya lo tiene dicho esta Corporación, es “un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias jurídicas” (negrillas fuera del texto), no pudiéndosele confundir con cualquier clase de incumplimiento, ya que “No todo incumplimiento produce mora; pero sí toda mora supone un incumplimiento” (Sent. de 7 de diciembre de 1982). A voces del artículo 1608 del Código Civil, el deudor está en “mora”, en tratándose de obligaciones positivas, cuando “no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora”, o “Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla”, o “En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor” (SC, 9 mar. 2001, exp. n.º 5659).

(iii) La ubicación del artículo 1609 en el código privado, a renglón seguido de los casos en que el deudor

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

está en **mora** y antes de la **mora** en las prestaciones de hacer, ratifica que su campo de aplicación está acotado a esta materia jurídica.

(iv) Los antecedentes históricos del pacto comisorio, antes rememorados, muestran que su consagración gravitó bajo la idea de que el enajenante pudiera deshacer el contrato con ocasión del impago del precio del adquirente, sin imponérsele condiciones especiales para accionar.

(v) El acceso efectivo a la administración de justicia no se satisface por el hecho de que los administrados puedan acudir al aparato judicial, sino que reclama una decisión definitiva de las controversias sometidas a su componenda, lo que no sucedía en los casos de mutuo incumplimiento, pues los contratantes perdían la legitimación para proponer las acciones de ejecución, resolución e indemnización de perjuicios, quedando en manos del restringido campo del mutuo disenso tácito.

Luego, la interpretación que ahora se defiende restituye a las partes contractuales la posibilidad de hacer uso de la resolución, como forma de desvincularse del negocio jurídico incumplido, claro está, sin el pago de perjuicios por mandato del plurinominado artículo 1609 del Código Civil.

3.5. Así las cosas, más que una aplicación analógica del canon 1546 al mutuo incumplimiento, como se propuso en la providencia aprobada, lo cierto es que esta regla fue diseñada para gobernar todos los casos de desatención

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

negocial, sin que pueda reducirse su aplicación por el reconocimiento normativo que se hizo de la *excepción de inexistencia mora por no cumplimiento*.

3.6. Por otra parte, la decisión mayoritaria olvidó responder algunos cuestionamientos relevantes sobre el vigor del canon 1546 al incumplimiento recíproco, a saber: ¿Cómo impedir que un contratante haga uso de la acción resolución y el otro de la ejecutiva? ¿La gravedad del incumplimiento es relevante para definir la acción que resulta procedente?

(i) Si bien el artículo bajo análisis prevé indistintamente la resolución o el cumplimiento forzado, lo cierto es que esta última acción se encuentra vedada en los casos en que el demandante haya desatendido sus deberes o no estuviere presto a observarlos, pues desatiende la lógica que pretenda coaccionarse a su contraparte para el cumplimiento cuando no se está dispuesto a desplegar un comportamiento equivalente.

La ejecución coercitiva, en este contexto, sólo tiene cabida cuando el demandante ha mostrado su vocación de solución, pues de lo contrario avocaría a su contraparte a un nuevo litigio para que lograra el efecto pretendido contra ella, en un sinsentido jurídico atentatorio contra la economía y lealtad procesal.

Tal fue la opinión abrigada en la sentencia de 1978:

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

[E]l que pide el cumplimiento con indemnización de perjuicios sí tiene necesariamente que allanarse a cumplir él mismo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en aquel primer caso [resolución], en que el contrato va a desaparecer por virtud de la resolución impetrada, y con él las obligaciones que generó, en el segundo va a sobrevivir con la plenitud de sus efectos, entre ellos la exigibilidad de las obligaciones del demandante, las que continuarán vivas y tendrán que ser cumplidas a cabalidad por éste (SC, 20 sep. 1978, G.J. CLVIII n.º 2399).

Por tanto, en los casos de mutuo incumplimiento, la única puerta sustancial que se abre paso, de las consagradas en el artículo 1546, es la resolutoria, amén de que su finalidad es deshacer retroactivamente el vínculo jurídico, caso en el cual es irrelevante el interés de las partes por cumplir las prestaciones insatisfechas.

(ii) De otro lado, es preciso recordar que no cualquier desatención viabiliza la resolución del contrato, aunque provenga de ambos contratantes, sino únicamente las que son sustanciales.

La Corte ha remarcado que se requiere un «*incumplimiento resolutorio, por cuanto no toda separación del programa obligacional por parte del deudor habilita a su contraparte para ejercer la mencionada facultad enderezada a que se decrete la extinción del contrato... toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el*

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

principio de conservación del contrato» (SC, 18 dic. 2009, rad. n.º 1996-09616-01).

Ergo, cuando se suplique la resolución contractual el interesado deberá acreditar que uno o ambos incumplimientos son sustanciales, so pena de que sólo pueda acudir a la indemnización de perjuicios como paliativo al desconocimiento negocial, siempre que se satisfagan las condiciones para el efecto.

3.7. Con las anteriores precisiones, celebro el cambio de posición jurisprudencial en torno a la resolución de contratos mutuamente incumplidos, con la convicción de que en venideras oportunidades se consolidará esta tendencia.

4. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTOS RECÍPROCOS

No obstante lo anterior, con la mayor consideración discrepo de la forma en que se establecieron las restituciones mutuas en la sentencia aprobada, por incurrirse en una inadecuada aplicación del artículo 1932 del Código Civil, cuando debió acudirse a los mandatos 1544 y 1545 de igual estatuto.

4.1. Recuérdesse que la primera de las normas mencionadas sólo tiene cabida cuando el incumplimiento reclamado corresponde al impago del precio, como se extrae de su literalidad: «*La resolución de la venta **por no haberse pagado el precio** dará derecho al vendedor para retener las*

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

arras, o exigirlas dobladas, y además para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad si ninguna parte del precio se le hubiere pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada».

A tal entendimiento arribó este órgano de cierre, incluso frente a la resolución del contrato de promesa:

Como lo ha destacado la jurisprudencia, uno de los casos en los que el ordenamiento ha establecido una solución particular en materia de frutos luego de producida la resolución contractual, es en el contrato de compraventa, toda vez que el artículo 1932 establece el criterio específico que debe atenderse para la restitución los frutos a que haya lugar como consecuencia de la resolución de un contrato de compraventa, cuando la misma se haya originado en la falta de pago del precio convenido.

Por otra parte, a partir de la sentencia de 6 de julio de 2000 (Expediente 5020), la Corte fijó como “doctrina oficial” suya, la aplicabilidad del artículo 1932 del Código Civil a la resolución del contrato de promesa de compraventa cuando ella obedezca al incumplimiento del prometiente comprador en el pago del precio del bien, realizado anteladamente en virtud de dicho negocio jurídico.

Al respecto, la Corporación concluyó que es “válido...aplicar por vía de interpretación extensiva la disposición del art. 1932 del C. Civil,... cuando la resolución versa sobre un contrato de promesa de compraventa donde las partes convinieron anticipadamente el pago del precio de la cosa vendida y ésta es precisamente la obligación incumplida que realiza la condición resolutoria tácita” (sentencia citada)... (SC, 30 nov. 2010, rad. n.º 1985-00134-01).

De allí que, en los eventos en el negocio preliminar se extinga por el mutuo incumplimiento, no sea posible acudir a la norma especial diseñada exclusivamente para la desatención del pago del precio, resulta imperativo aplicar el marco normativo general de las condiciones resolutorias.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

4.2. Como en el caso se comprobó que ambos promitentes desatendieron obligaciones nucleares de la convención preparatoria, en concreto, concurrir a la notaría para suscribir la escritura pública de venta, se clausuró cualquier posibilidad de que se aplicara el canon 1932 para tasar las restituciones mutuas.

4.3. La providencia de la cual me separo parcialmente, excusó esta situación en el hecho de que la casacionista no elevó un ataque concreto sobre la forma de cuantificación de las restituciones bilaterales, por lo que este punto devino pacífico en casación.

Sin embargo, pasó por alto que, en el cargo que salió airoso al desatar el remedio extraordinario, se criticó que se hubiera decretado *«el mutuo disenso y las anejas restituciones mutuas como si de una pretensión se tratara»*, con lo cual se puso en tela de juicio los mencionados efectos restitutorios.

Prohijar la interpretación propuesta en el fallo mayoritario implicaría diseccionar la declaratoria de extinción del negocio jurídico con sus consecuencias, imponiendo a los casacionistas el deber de enarbolar cargos diferentes para cada uno de ellos, sin tener en cuenta la conexión inescindible entre las mismas.

Por este motivo se impone salvar parcialmente el voto, bajo el entendido de que la Corte debió analizar la procedencia de las restituciones mutuas a la luz de los

artículos 1544 y 1545 del Código Civil, lo que habría conducido a un guarismo diferente al decretado.

5. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA

Para finalizar, procede señalar que el demandante ciertamente renunció a la prescripción de la acción resolutoria incoada por el demandado, no por el simple hecho de invocar el contrato de promesa en el escrito inaugural y soportar en ella el inicio de su posesión, como se afirma en la sentencia aprobada, sino porque al excepcionar *contrato no cumplido y mutuo disenso*, le reconoció efectos civiles a este negocio jurídico, con lo cual abandonó la prescripción que corría en su favor.

Recuérdese que la prescripción se renuncia cuando el deudor «*reconoce el derecho... del acreedor*» (artículo 2514 del Código Civil), lo que sucedió en el caso bajo estudio al asentirse en que las obligaciones a cargo del promitente vendedor seguían en vigor, tanto así que incoó las defensas de incumplimiento previo y mutuo abandono del negocio.

Más aún porque el demandante, para cuestionar la pretensión resolutoria del escrito de reconvención, tenía a haber la posesión deprecada como fundamento de la demanda inaugural, para lo cual bastaba con acreditar la interversión de la tenencia a posesión, al margen del negocio preparatorio con el que principió la ocupación del predio; de allí que, al acudir nuevamente a este último, le asignó renovados efectos y abandonó la prescripción que pudiera afectar su eficacia.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

En los términos precedentes salvo de manera parcial el voto frente a la decisión mayoritaria.

Fecha *ut supra*.

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

SALVAMENTO DE VOTO
MAGISTRADA MARGARITA CABELLO BLANCO

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

En su momento la suscrita presentó a consideración de la Sala un proyecto enteramente distinto del que fue finalmente adoptado, luego de la derrota del primero. Parece por tanto pertinente reiterar lo que en su momento sostuve y aún sostengo. Lo anterior, por supuesto, con la debida consideración y respeto a la mayoría.

Solo a manera de introducción, pongo de presente que en ese proyecto derrotado, se casaba la sentencia del Tribunal como consecuencia de la prosperidad del cargo primero y, en sede de instancia, se confirmaba la de primera instancia, favorable a la parte actora principal.

1. Gustavo Chávez Matallana recibió de Francisco José Camacho y María Cristina Hernández de Camacho un bien inmueble cuando, en diciembre de 1969, firmaron la promesa de su compraventa donde expresamente pactaron la entrega. Mientras el demandante principal alega que desde allí recibió de ellos su posesión, y por eso la pretensión de usucapión con la que inició este proceso, los segundos (en particular el señor Camacho y los sucesores de la señora María Cristina) entendieron que había una promesa de compraventa a la sazón incumplida por ambos, y que el bien se había entregado pero que aún pertenecía a

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Camacho y por ende debía engrosar la masa del concurso, a resultas de lo cual lo pidieron en reivindicación, alegando, es menester decirlo desde ya, que a partir de esa entrega tenían como poseedor a Chávez, y en subsidio reclamaron la declaración de resolución contractual con las consiguientes restituciones mutuas.

2. El desconocimiento de la calidad de poseedor de Chávez Matallana fue, dentro de lo que el expediente muestra, una posición clara que vino a ser adoptada por la pasiva a partir de cuando aquel se opuso al secuestro –en 1989- que el juzgado 18 civil del circuito de Bogotá dispuso practicar en desarrollo del proceso concursal de Francisco Camacho, en donde aquel intervino como tercero y logró tanto en primera como en segunda instancia que se le respetara esa posesión.

También es de destacar que en la sentencia impugnada en casación, el Tribunal llegó al convencimiento de que, en efecto, Gustavo Chávez a la fecha de presentación del libelo incoatorio de este proceso, era poseedor por cuanto había intervertido su condición de tenedor, derivada de la promesa, pero con un tiempo inferior al necesario para alcanzar la prescripción extraordinaria, situando esa conversión para el 7 de marzo de 1975 (f. 49). De suerte que la demanda de casación buscaba que, por causa de los errores de hecho enrostrados al *ad quem*, se case la sentencia combatida por estar acreditado que ese señorío de hecho, en realidad comenzó desde la fecha misma en que Chávez Matallana se hizo a la heredad, lo que alega que aconteció el día de la promesa, esto es, el 17 de diciembre de 1969 cuando se la

entregaron. Y como la demanda que dio comienzo a la litis se presentó el 19 de abril de 1991, la veintena necesaria para la usucapión queda así completada.

3. Este distinto entendimiento de la calidad en que se encuentra el actor principal en el inmueble y en últimas, del alcance de la “entrega material” que del mismo se le hizo, obligaba, en sentir de la suscrita, a recordar algunos tópicos referentes a la interpretación de los contratos, cuando quiera que, como en este caso ocurre, debe esclarecerse una diferencia hermenéutica, relativa a la predicha entrega.

4. Si bien la Corte, en sede de casación, debe dejar incólume la interpretación *razonable o sensata* que un juzgador imprime a un convenio o alguna de sus cláusulas, también lo es que cuando a esa solución llega aquél posando su mirada únicamente en el tenor literal de una estipulación, es procedente el reexamen de esa inteligencia, por supuesto en el marco del cargo que así lo proponga, si apreciada la misma de manera sistemática o contextual, estimando además la aplicación práctica que los contratantes le dieron, surge diáfana una hermenéutica diferente, muy a pesar del texto de la cláusula a que se limitó el juzgador. Sobre todo cuando, a la hora del conflicto, se presenta una disparidad radical de criterios entre los convencionistas, pues se impone al juez el deber de dilucidar la *común intención* de las partes, para lo cual no puede quedarse en la letra del contrato.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Aplicados esos postulados sostuve que, si bien luce a primera vista acertado entender, como lo hizo el *ad quem*, que la entrega material del inmueble no confería por sí posesión -para ello se apoyó en doctrina jurisprudencial de la Corte-, también lo es que, si hubiera apreciado los elementos probatorios que adelante se examinan, habría tenido que inferir un insoslayable y común designio, que precisó y calificó qué tipo de entrega se hacía, la que dejaron enunciada en los siguientes términos: “*los prometientes vendedores entregan desde la fecha al prometiente comprador y este lo da por recibido a su completa satisfacción el inmueble prometido*” (f. 9, c. 1).

5. Son en verdad numerosas las providencias de la corte que hacen énfasis en el hecho de que el criterio basilar en materia de interpretación contractual es el previsto en el artículo 1618 del Código Civil, al tenor del cual “*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”, precepto que no sólo tiene aplicación cuando las frases usadas por los contratantes generan cierto margen de incertidumbre y duda, o cuando se enfrenta el intérprete a textos oscuros, que naturalmente le exigen emplearse en investigar la común y genuina voluntad de los contratantes. Pues, “*muy a pesar de la claridad del texto contractual, si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal. No es por consiguiente de recibo pleno el brocardo “in claris non fit interpretatio”, que sugiere que si el sentido de las palabras usadas en el contrato es claro, no hay para qué mirar más allá, pues se substituiría la intención cierta de los contratantes por la*

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

incierta del intérprete” (SC139-2002 del 1º de agosto de 2002, rad. 6907).

Esta unívoca directriz jurisprudencial en materia de interpretación de cláusulas contractuales debe ser aplicada también en todo su vigor a la promesa, ya que no hay razón alguna para dejar este convenio por fuera de tales reglas hermenéuticas. De suerte que no puede entenderse que sólo el tenor literal de ese convenio es lo que importa a efectos de establecer si hubo transferencia del señorío de hecho que el promitente vendedor tenía sobre la cosa que entregó al promitente comprador.

Por lo que es dable armonizar tal doctrina con lo que esta Corporación, a partir del 24 de junio de 1980 ha venido proclamando en punto de la entrega antelada del bien objeto de la venta prometida. Dijo entonces: ***“Para que la entrega de un bien prometido en venta pueda originar posesión material, sería indispensable entonces que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el prometiente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa, pues sólo así se manifestaría el desprendimiento del ánimo de señor o dueño en el prometiente vendedor, y la voluntad de adquirirlo por parte del futuro comprador.”***... (Gaceta CLXVI-45, págs. 51 y 52, SC del 24 de junio de 1980. Se subraya ahora).

Años más tarde precisó -en el sentido que ahora realzo- esa doctrina, que ha repetido en numerosas ocasiones:

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

*“(..) cumple recordar que (...) ‘la promesa de compraventa no es indicativa, por sí sola, de tenencia ni de posesión’ (CCXLIII, pág. 530), motivo por el cual, aunque es cierto que la existencia de ese contrato comporta –en línea de principio- reconocimiento de derecho ajeno sobre el bien que se promete adquirir, no lo es menos que si en la promesa se manifiesta la voluntad de entregar el bien prometido para que el promitente comprador asuma su gobierno autónomo, ‘ese propósito volitivo puede generar o derivar una posesión inmediata, **si es inequívoca la intención de las partes en ese sentido**’ (cas. civ. de 26 de junio de 1986), hecho que no se desvirtúa por la participación del poseedor en el mencionado negocio jurídico preparatorio”.*

6. Aplicados los anteriores entendimientos a la promesa origen de la causa litigiosa dirimida en el fallo del que discrepo, puede destacarse que, a primera vista, la lectura insular de la cláusula quinta de ese convenio preliminar, reflejaría una simple transferencia sin connotación alguna posesoria o de tenencia, pues ninguna de las dos está allí explicitada. Por eso, en aplicación de la mentada doctrina de la Corte, el Tribunal, sin más, descartó que se hubiese trasladado la posesión de los esposos Camacho Hernández a Chávez.

Pero lo anterior no significa que deba quedar limitado el juzgador a detenerse en la cláusula en la que las partes pactan la entrega material de la cosa prometida en venta, a efectos de verificar si de allí y sólo de allí aflora con nitidez la transferencia del señorío de hecho. Conforme a la aludida

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

jurisprudencia reiterada de esta Corporación, en el examen de un negocio jurídico, como éste de promesa, el juzgador debe avanzar más, echando mano de las reglas o pautas de exégesis para buscar lo que los contratantes en realidad quisieron, sobre todo si, a despecho de la claridad de la estipulación, los autos arrojan una evidencia contraria que impone una *communis intentio* diferente de la plasmada en el texto contractual.

Pues bien, la segunda acusación propuesta en el cargo primero partió de la base de que ni de la cláusula ni de la aplicación práctica que los participantes del convenio le dieron con su conducta, -activa la del promitente comprador y tolerante y pasiva la de los promitentes vendedores- se desprende que tan sólo se haya entregado la mera tenencia cuando se acordó el negocio preliminar.

a. En la promesa no sólo se pactó que en la fecha de su suscripción los promitentes vendedores entregaban al promitente vendedor, y éste recibía a satisfacción, el bien raíz disputado. También se estipuló (cláusula 11ª) que aquéllos quedaban obligados a pagar de allí en adelante gastos de celaduría y a entregarlo libre de toda clase de impuestos hasta diciembre de 1969. Y que “*en caso de que se causaren gravámenes o impuestos con anterioridad al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), aun cuando ellos sean notificados posteriormente, ellos correrán por cuenta de los prometientes vendedores*”. Pero de allí en adelante, los gravámenes tributarios corrían a cargo de Chávez Matallana.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Lo anterior significa, de un lado, que cuando los promitentes vendedores se desprendieron del inmueble y lo entregaron a Chávez, pusieron coto a contraer obligaciones, cargas o tributos que tuvieran venereo en ese inmueble, pues todos ellos entraban, desde diciembre de 1969, por razón de su entrega a Chávez, a ser asumidos por él, quien recibía el bien raíz. Por supuesto que el sentido común indica que un poseedor, es decir, un tenedor que se siente y muestra como dueño, naturalmente se entiende deudor de impuestos de la heredad que detenta para sí. En el mismo sentido, la praxis enseña que el mero tenedor de una cosa no cubre como si fueran suyos, tributos que gravan el inmueble de otro, a menos, claro está, que así lo haya pactado o que sea parte de sus débitos legales. Es, en síntesis, una situación un tanto extraña que alguien pague impuestos de otro. Con todo, se trata de una simple inferencia, un simple indicio, que ni con mucho permite colegir que esa sola circunstancia denote posesión, pues, recuérdese, solo se trae a colación para ubicarla en el contexto de la interpretación de la cláusula quinta de la promesa, según la regla prevista en el artículo 1622 del código civil.

Por tanto, esa circunstancia indiciaria no permite, de entrada y con tan sólo poner la vista en el documento contractual, así sea mirado de contexto, afirmar que el yerro de hecho está demostrado con contundencia por su carácter ostensible. Se trata tan sólo de una contingencia que aunada a los demás elementos de juicio convergentes en el mismo sentido, que se describen pormenorizadamente

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

en el cargo y que adelante se examinan, permiten inferir sin asomo de duda que les unía el propósito de que con la entrega del inmueble transferían los propietarios la posesión del bien raíz objeto del contrato prometido.

b. En efecto, si se ausculta la conducta de las partes, a través de la prueba documental que la censura afirma que el Tribunal no apreció en concatenación con el dictamen pericial y la inspección judicial; y si se tiene en cuenta que la corporación de segundo grado encontró a Chávez como poseedor, sólo que no por el tiempo requerido para la usucapión, puede concluirse entonces que el cargo está llamado a prosperar.

i) En lo que hace al demandante, repárese en que seis meses después de haberse celebrado el contrato preparatorio, el primero de junio Gustavo Chávez dirige al Banco del Comercio una comunicación que aporta con la demanda en la que solicita una prórroga por dos meses para cancelar la cuota vencida y para informar que había hablado “*con el Sr. Manuel de J. Rojas para que él efectúe una visita a la casa y que de acuerdo a su análisis lleguemos a una solución para poder subsanar los graves defectos del inmueble*” (f. 12, cdno. 1), postura esta que proviniendo de un mero tenedor se antojaría un tanto extraña, al involucrar una capacidad dispositiva y de administración, una iniciativa personal en relación con el inmueble, que se ubica, más bien, en quien tiene el ánimo de ser su dueño. Un tenedor no pacta soluciones para arreglar defectos graves del inmueble: los pone en conocimiento del titular.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Además, a poco de haber recibido el bien, en la declaración de renta y patrimonio del demandante, correspondiente al año gravable de 1970, presentada el 31 de marzo de 1971 (fls. 26 a 31, c. 1) lo incluyó como parte de su patrimonio (f. 29), situación que refleja la misma intención de señorío.

El promitente comprador siguió presentando las declaraciones tributarias con la inclusión de la casa. Así, en la del año gravable 1973, en el rubro correspondiente a bienes raíces en el patrimonio denunció una (“sin escritura”), en la de 1977 (en el renglón correspondiente a “casa o apartamento de habitación).

La Corte ha sostenido, a nivel de criterio general, que

*de acuerdo con el Código Civil colombiano, la posesión, como tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, se traduce en una situación de hecho constituida por dos elementos esenciales, uno de los cuales, el corpus o tenencia material -detentación de la cosa-, está presente en la mera tenencia, al punto de ser su esencia, de modo que la diferencia específica que distancia a aquel fenómeno de esta, y lo define en nuestro derecho, es el elemento interno (animus) consistente en la intención o deseo de poseer la cosa como dueño. Pero precisamente **por ser una situación de hecho calificada por un estado interno que no es fácil sondear de modo directo, su demostración debe venir acompañada de actos inequívocos y contundentes que reflejen de manera cabal una conducta frente al bien de quien se dice su***

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

poseedor, con manifestaciones idóneas perceptibles por terceros, esto es

“...una serie de actos de inconfundible carácter y naturaleza, que demuestren su realización y vínculo directo que ata a la cosa poseída con el sujeto poseedor. Tales actos deben guardar íntima relación con la naturaleza intrínseca y normal destinación de la cosa que se pretende poseer, y así vemos que el artículo 981 del Código Civil estatuye, por vía de ejemplo, que la posesión del suelo deberá probarse por hechos positivos de aquéllos a que sólo da derecho de dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios y cerramientos, el cultivo de plantaciones y sementeras y otros de igual significación”. (G. J. XLVI, pág. 712).

Se advierte en el citado precepto el afán del legislador por destacar que las manifestaciones externas de la posesión son aquellos hechos positivos que suelen ejecutar los dueños, de modo que los actos de detentación en los que no se perciba señorío sobre la cosa, no pueden constituir soporte sólido de una demanda de pertenencia, por supuesto que los hechos que no aparejen de manera incuestionable el ánimo de propietario de quien los ejercita (animus rem sibi habendi), apenas podrán reflejar tenencia material de las cosas ((CSJ SC 025-1998 del 25 de abril de 1998, rad. 4680. En el mismo sentido, entre otras, SC 183-2001 del 21 de septiembre de 2001, rad. 5881; SC 301-2005, del 30 de noviembre de 2005, rad. 8788)

Pero que la redacción del precepto 981 acuda a hechos exteriores (*corpore*) perceptibles por terceros, comunes a la

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

tenencia, pero de los cuales pretende inferirse el *animus* posesorio, no significa que la prueba se contraiga nada más que a ellos, esos hechos positivos que son los comunes, y que no puedan evaluarse, así sean los menos, otros ya no exteriores sino discretos o reservados que, como este de declarar y pagar impuestos al patrimonio incluyendo para ello un bien de que no se es propietario, también suministran -en forma además más genuina- una postrera manifestación *in pectore* de la intención del detentador de ser dueño del bien denunciado.

Es que ciertamente la prueba del ánimo posesorio fue una de las críticas más fundadas que al sistema de Savigny, adoptado por el código de Bello, le hizo en su tiempo Ihering, propulsor de una teoría netamente objetiva y para quien la *tenencia* -poder de hecho- *de la cosa es posesión, salvo prueba en contrario*. No se afilió, como se anticipó con palabras de esta Sala, nuestro Código Civil a este sistema y en consecuencia, la búsqueda del ánimo, del espíritu, de la voluntad interna del que detenta el bien es asunto que debe sondear el juez y acreditar, así sea indirectamente, el interesado. En consecuencia, acude el artículo 981 del Código Civil (*“Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión”*) a ofrecer ejemplos de hechos positivos que, como la doctrina y la jurisprudencia han tenido ocasión de confirmar, no sólo los ejecuta el poseedor. Las plantaciones o sementeras, la construcción de edificios, el corte de maderas y

cerramientos son acciones que un tenedor también suele adelantar. En consecuencia, ni puede llegarse a sostener que con la demostración del *corpus* queda acreditado el *animus*, ni pueden descartarse a tal fin aquellas manifestaciones, muy probablemente no conocidas por “el que disputa la posesión”, pero que denotan, en asocio a otras, la voluntad de poseer.

ii) Y de parte de los promitentes vendedores, existe en la demanda de reconvención formulada por Francisco Camacho una explícita manifestación en el sentido de entender que con la entrega material del inmueble en la época de la promesa se transfirió la posesión. En efecto, tras pedir que se declare que pertenece a él y a la sucesión de María Cristina Hernández de Camacho el dominio del inmueble litigado y que Gustavo Chávez debe restituirlo, adujo como fundamento fáctico la plurimencionada promesa en la que se pactó la entrega de la casa de los primeros al segundo y admite que la presunta posesión que alega el actor primigenio tiene su origen en esa promesa. Pero, agregan que como la incumplió, expresamente “*a partir de ese momento dejó de ser poseedor del inmueble*” (f. 128, c. 3), afirmación esta que es una típica interpretación auténtica del sentido que le dieron las partes a la entrega material del inmueble, esto es, al origen o causa del contacto material del demandante con la cosa, que en el texto escrito no se calificó. Ciertamente, si de lo que se trataba era de intentar la reivindicación del inmueble, no había necesidad de remontarse a los inicios de la relación posesoria, porque lo que debe acreditar el propietario que

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

busca la posesión perdida es que el demandado sea el “*actual poseedor*” (art. 951 del Código Civil).

c. Por lo demás, es diciente también que en su declaración de parte, Francisco Camacho haya indicado que reside en un apartamento cercano al inmueble comprometido en esta causa. Preguntado acerca de si no lo ha visitado, contestó que “*en varias oportunidades no recuerdo exactamente cuántas he estado allí en razón a que siempre he vivido en la zona aledaña al barrio Santa Ana de Bogotá*” (f. 109, c. 3). Agregó que ha golpeado y timbrado y le han abierto la puerta, “*para mirar cómo está la casa y he estado también en los jardines de la misma*” (ibídem). Y si se confrontan estas afirmaciones con las conclusiones a la que llegó el dictamen pericial (folios 276 a 284, cdno. tres) practicado al inmueble objeto del litigio, elaborado por los expertos Buenaventura Acevedo Fonseca y Edilberto Buitrago Bohórquez, puede fácilmente concluirse que este promitente vendedor de forma contumaz y sospechosa no formuló reclamo alguno en relación con las mejoras de gran calado que allí se indican. En efecto, los peritos mencionan, que

“de acuerdo con la prueba obrante en el proceso y en especial los planos aportados, relacionamos las siguientes mejoras o modificaciones: primer nivel: a) modificación del diseño inicial; b) cambio de baranda de la escalera, c) construcción de los baños; d) cambio de puertas; e) construcción del cuarto de servicio con baño; f) plafones. Segundo nivel: a) cambio de fachada; b) construcción de antesala y bodega; c) portones con blindaje recubiertos en madera; d) construcción de los

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

garajes; e) construcción de la biblioteca; f) construcción del baño de emergencia; g) enchape del hall con tableta de mármol; h) modificación del baño de emergencia de la biblioteca; i) placas que sirven de base y cubierta de la cocina; j) cambio de sitio de la cocina; k) modificación de la chimenea; l) cambio de las instalaciones hidráulicas, sanitarias y eléctricas; m) acometida de gas natural” (folios 279 y 280).

Allí se dice que “*por sus materiales empleados, estado de conservación e información obtenida consideramos que la antigüedad de las mejoras supera los 15 años*” y además que se intervino la construcción en un 41.5% aproximado, mejoras que incidieron en el valor comercial del inmueble.

Es de ver que el dictamen fue objeto de una solicitud de aclaración y complementación por la parte demandante en reconvención, pero en lo atinente a los frutos (f. 288), mostrando por tanto conformidad en lo que hace a las modificaciones y mejoras establecidas por la pericia, sobre todo aquellas que afectaron la fachada del inmueble y que tuvieron que haber sido advertidas por Camacho, a juzgar por su declaración, ya transcrita.

d. En cuanto a la demostración de los elementos estructurales de la posesión (sujeto, el objeto y relación posesoria integrada por el *corpus* y el *animus*), es sabido que la prueba es libre por lo que corresponde al juzgador dentro de las reglas de la sana crítica, apreciar los medios regularmente allegados a la causa, que generalmente suelen ser las declaraciones de los testigos que dando las razones de sus dichos, deponen sobre tales elementos, y ello debe

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

efectuarse y concatenarse con los hechos percibidos por el juez en la forzosa inspección judicial que ha de practicar al bien, con dictámenes periciales, confesiones, documentos y demás medios que hagan parte legal del proceso (Cfr. SC 021-1998 del 30 de marzo de 1998, rad. 5022).

A folio 155 del cuaderno #4 de copias auténticas del incidente de levantamiento de secuestro adelantado ante el juzgado 18 civil del circuito de Bogotá, copias que fueron oportuna y legalmente aportadas al proceso a que se contrae este caso, constan las declaraciones de:

Julio Enrique Sánchez González, párroco de la iglesia del barrio, quien manifestó que por razón de su oficio, conoció a Francisco Camacho y su familia por haber vivido por unos años en la casa de este pleito, *“y después de unos pocos años comenzó a vivir el doctor Gustavo Chávez, lo conozco a él a su señora y algunos de sus hijos y entre otras cosas algunos han contraído matrimonio en la parroquia”*. Indicó que Chávez lleva un poco más de 20 años residiendo allí, donde el testigo ha estado en un par de ocasiones. Dijo además que por el tiempo que lleva el actor viviendo en esa casa *“siempre he supuesto que él es el propietario”* (folio 156).

Carlos de Greiff Moreno, también vecino del barrio Santa Ana, manifestó que se pasó a vivir allá a finales de 1969, *“y a las pocas semanas conocí al señor Gustavo Chávez quien era uno de los pocos vecinos de esa parte de la urbanización, la cual se conoce como cerros de Santa Ana. El señor Chávez vivía en esa casa y en alguna ocasión cierto tiempo después de habernos conocido me contó que esa casa*

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

la había comprado él, pero que no tenía escritura porque estaba pendiente de algunas diligencias con un banco de la ciudad, que creo era el banco del comercio; desde entonces el señor Chávez ha vivido en esa casa, con su familia. En octubre del año pasado, él estuvo buscando maestro para hacer algunas reformas a la casa para prepararla para el matrimonio de uno de sus hijos, yo le recomendé y le presenté un maestro que acababa de terminar una obra en mi casa, de modo que hace ya 22 años que conozco al señor Chávez y quien siempre ha vivido en esa casa. Es una casa que tiene un frente sobre la carrera cuarta...” (Folio 157). Agregó que no ha estado en la vivienda más de unas tres veces porque las relaciones con los vecinos no son muy frecuentes, que al actor se le ha citado como propietario de un inmueble situado en el barrio para efectos de seguridad y embellecimiento, que sabe que el señor Chávez fue trasladado a Medellín con su familia por razones de su trabajo y que no recuerda si alquiló la casa durante ese tiempo o si sus padres la ocuparon, que no ha tenido conocimiento de que Francisco Camacho se haya presentado como dueño de la residencia que ocupa Chávez Matallana, ni ha oído nada al respecto de ninguno de los otros vecinos y nunca ha conocido el señor Camacho.

Por su parte, Jorge Orlando Gómez Caicedo afirmó que conoció a Gustavo Chávez Matallana en febrero de 1970 y por esa época, como contador y asesor tributario, lo asesoró en la elaboración de sus declaraciones tributarias, en las que incluía la casa objeto de este pleito, los pagos que por impuesto predial e impuesto al patrimonio le correspondían a Chávez Matallana, a quien visitaba en la misma durante todos esos años. Sabe que el actor es su propietario porque

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

la ha incluido en sus declaraciones de renta y patrimonio, ha pagado de su propio peculio los impuestos, siempre lo ha conocido como habitante o residente o morador de la misma, sabía que la había comprado y tenía problemas en relación con el otorgamiento de la escritura, lo cual se incluyó en las declaraciones, porque era necesario identificar el inmueble con la escritura, fecha y notaría de su adquisición.

En resumidas cuentas, las manifestaciones de Chávez, desde cuando se hizo al inmueble, la inclusión como activo suyo en las declaraciones de renta de 1970 y siguientes, el pago que realizó de impuestos prediales y de valorización que gravaron la casa desde esa data, la conciencia que tenían los vecinos de que él era el propietario de la heredad, la reconstrucción que incluyó la fachada misma y la absoluta pasividad de los promitentes vendedores, uno de los cuales manifestó visitarlo sin que hubiese indicado que hubiera reclamado por esas mejoras que sin su consentimiento el aparente tenedor había adelantado, unido a la clara manifestación en la contrademanda de que cuando se entregó materialmente el fundo se transfirió la posesión, así como su entrega en arriendo a un tercero, no dejan lugar a duda alguna de que el Tribunal, omitiendo las pruebas que la censura precisó, cometió los yerros probatorios denunciados en el cargo, el cual propuse como próspero.

8. Ya en la sentencia sustitutiva, propuse a la Sala lo siguiente:

a. Como se recordará, la sentencia del *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda de pertenencia y denegó las de reconvención (reivindicación y resolución del contrato), razón por la cual los perdidosos, esto es, los herederos de María Cristina Hernández de Camacho y Francisco José Camacho interpusieron tempestivamente el recurso de apelación que fue desatado por la sentencia del Tribunal, en la que el Tribunal no accedió a ninguna pretensión, ni de la demanda principal ni de la de reconvención. Contra esta decisión sólo la parte demandante principal interpuso recurso de casación, por lo que hay que entender que las decisiones denegatorias, referidas a la resolución del contrato de promesa de compraventa y a la reivindicación, propuestas inicialmente por los contrademandantes quedaron en firme, ante el aquietamiento de estos.

Lo anterior conduce a entender que la órbita de la apelación interpuesta por la parte demandada principal se contrae a la prosperidad de la usucapión, para lo cual es menester recordar los argumentos del juzgado *a quo*, en esa precisa materia.

3. Tuvo en cuenta esa autoridad judicial que el bien objeto de la pretensión es prescriptible, que se encuentra plenamente identificado en la demanda con sus linderos generales y específicos y que guarda plena identidad con el inmueble que posee el demandante. Además manifestó que analizadas las pruebas aparece con contundencia que Gustavo Chávez Matallana ha ejercido la posesión, máxime si ello aparece demostrado con las copias auténticas remitidas por el juzgado 18 civil del circuito de Bogotá, en

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

donde se tramitó el proceso de concurso de acreedores del demandado Francisco Camacho. Se refirió asimismo a las declaraciones de Julio Enrique Sánchez González, Carlos De Greiff y Jorge Orlando Gómez, de las cuales dice que esos deponentes en forma clara, concomitante y responsiva aseguraron que Gustavo Chávez ha poseído el inmueble por más de 20 años.

En lo que hace al punto medular que desató la exposición de la sentencia de casación, el juzgado indicó que Chávez entró a ocupar el inmueble con ánimo de señor y dueño, extractando tal inferencia de lo dispuesto por las partes en la cláusula quinta de la promesa de diciembre de 1969.

Por lo demás, advirtió el pago de los impuestos de valorización y predial del inmueble, el arriendo que hizo del mismo al señor Volker Seger en 1975, la condición de propietario que los vecinos daban al demandante y el pago de los servicios públicos instalados en el inmueble a usucapir. Expresa que de la declaración del demandado Francisco Camacho se deduce que este se desprendió de la posesión material del inmueble.

En lo referente a las excepciones propuestas a la demanda de pertenencia, no las halla prósperas en razón de los motivos de acogimiento de la usucapión. Cuanto hace a las pretensiones reivindicatorias y de resolución del contrato por incumplimiento, estima el juzgado que la primera no puede prosperar porque se extinguió al haberse consolidado el derecho a usucapir el inmueble por parte de

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

Chávez, a más de que este entró al inmueble autorizado por los reivindicantes, en virtud de la promesa que se encuentra vigente.

Resolvió el juzgado declarar no probadas las excepciones de carencia de derecho, no ser poseedor el demandante, incumplimiento del demandante, nulidad absoluta y relativa, compensación, prescripción y en general todas aquellas que resulten probadas, formuladas por el demandado Francisco Camacho Amaya. Asimismo declaró que el señor Gustavo Chávez Matallana (actuando MGT Management S en C como cesionarios) ha adquirido por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio el bien inmueble descrito en la demanda, ordenó la inscripción de la sentencia en el folio correspondiente, el levantamiento de la medida cautelar de inscripción de la demanda y denegó las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda de reconvención, condenando en costas a la parte demandada por la suma de 12 millones de pesos.

4. Como factores objeto de reproche a la sentencia resumida, y restringidos también a la prescripción adquisitiva, reclaman los apelantes que el inmueble objeto de la usucapión se encuentra embargado y por consiguiente fuera del “*comercio jurídico*” (f. 24, c. 10), y como la usucapión es un fenómeno que tiene consecuencias jurídicas que deben ser legalmente posibles, no lo es que opere la prescripción adquisitiva extraordinaria en bienes embargados. Además, que el demandante derivó su posesión única y exclusivamente de la promesa y como no ha pagado el precio de la misma, de ese contrato

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

incumplido no pueden derivarse consecuencias que requieren cumplimiento.

5. En relación con esos concretos reproches materia de la alzada, y a los cuales debía contraerse el estudio de la Sala en sede de apelación, preliminarmente se examina el atinente a que la usucapión no procede en bienes embargados, en lo cual, desde ya, debe decirse que tal argumento ha sido reiteradamente descartado por la Corporación, y para ello, sin más, pareció conveniente reproducir uno de sus tantos pronunciamientos sobre este tópico:

[U]na cosa es que el artículo 1521 del Código Civil disponga que habrá objeto ilícito en la “enajenación” de las cosas embargadas por orden judicial, salvo que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ella y otra, bien distinta, que una medida semejante tenga como efecto la alteración de la calidad, destinación, o naturaleza jurídica del bien sobre el que ella recae, al punto de tornarlo en imprescriptible o excluirlo de la órbita del derecho privado, al estilo de lo que invariablemente ocurre con los bienes fiscales, de uso público, ejidales, parques naturales, entre otros...

De antiguo esta Corporación ha precisado que “... el embargo y depósito de una finca raíz no impide que se consume la prescripción adquisitiva de ella. Por el embargo no se traslada ni se modifica el dominio ni la posesión de la cosa depositada; y si bien es cierto que la enajenación de los bienes embargados está prohibida

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

por la ley, bajo pena de nulidad, el fenómeno de la prescripción es cosa muy distinta de la enajenación. Si la posesión no se pierde por el hecho del embargo, no hay disposición alguna del Código Civil, que se oponga a la usucapión o prescripción adquisitiva, la cual, por ser título originario de dominio, difiere esencialmente de la enajenación". (sentencia de 4 de julio de 1932, G.J. t. XL, pag. 180; cfr. sentencias de 16 de abril de 1913, XXII, 376; 30 de septiembre de 1954, LXXVIII, 698; 28 de agosto de 1963, CIII - CIV, 101; 26 de junio de 1964, CVII, 365; 22 de enero de 1993, CCXXII, 11; 7 de marzo de 1995, CCXXXIV, 333; 23 de noviembre de 1999, CCLXI, 1097; y 3 de diciembre de 1999, CCLXI, 1252; entre otras) (SC del 18 oct. 2012, rad. 54001-3103-003-1998-0324-01)

En lo que toca con el segundo argumento, dirigido a enervar la pretensión de prescripción adquisitiva cuya posesión tuvo origen en un acto voluntario del dueño, y que se rechaza por cuanto el poseedor dejó de cumplir el contrato del cual derivó tal calidad, es preciso hacer hincapié en que si bien el umbral de esa posesión se retrotrae a un acto voluntario de quien era dueño, no por ello debe dejarse de lado que dicha figura no se ata a ese contrato ni sigue su misma suerte, desde luego que es un señorío de hecho caracterizado desde sus inicios por el contacto material y consciente del hombre ejerciendo un poder de hecho sobre una cosa, que supone dos elementos que conforman un todo indivisible, caracterizado el primero -que los romanos llamaban corpus- por una aprehensión o relación material y que se refleja en hechos y actos objetivos de los cuales dan cuenta los terceros que tienen a quien

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

aprehende el bien como si fuese su propietario y por tal pasa, y otro, interno -que los romanos denominaban *animus*- y que se traduce en la conciencia, intención o voluntad de tener esa cosa en condición de dueño.

Éstas dos características de la posesión no se desvirtúan por el sólo hecho de que haya empezado con un acto jurídico luego incumplido por quien posee. Es que puede haber sido, incluso, un convenio inválido, porque lo que se juzga no es el acto mismo, sino que con él se resalta el momento a partir del cual se inicia el fenómeno posesorio, que es distinto de la convención que es su fuente, y de allí que se haya predicado en forma consistente que cuando de por medio existe un contrato, ley para las partes, la manera como el contratante cumplido que entregó el bien puede obtener su devolución es haciendo valer el contrato o su ineficacia y por ese camino lograr la restitución de la cosa dada en razón del convenio.

Descartadas así las observaciones que la alzada dirigió contra la sentencia de primera instancia, propuse a la Sala señalar que si bien la causa de esta relación posesoria -promesa de compraventa en la que se pactó la entrega antelada del bien objeto del contrato prometido- ha sido tenida de ordinario como no apta para transferir la posesión, las precisiones que en la sentencia de casación se hicieron atinentes a la verificación de la real e inequívoca intención común de las partes, llevaban a entender que con ese convenio preliminar el actor no asumió una condición de mero tenedor sino de poseedor.

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

No tiene en este caso campo de acción, en consecuencia, la denominada interversión de la tenencia en posesión, porque aquella no la hubo y es en donde la exigencia de la acreditación del cambio ha sido puesta de relieve por la Corte de modo reiterado, en razón a que, como prescribe el artículo 777 del Código Civil, *“el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión”*. Sí más bien es operante y pertinente en estos casos la preceptiva del artículo 780 ejusdem, alusivo a presunciones *juris tantum*, tributarias de la experiencia común, que en sus incisos primero y tercero, establecen que *“si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega”*, así como que *“si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio”*, regla que recoge el brocardo latino *probatís extremis media presumitur*, y de la que ha afirmado Ripert, en comentario a similar norma prevista en el *Code*, que sería exigirle demasiado que el usucapiente deba establecer la continuidad de la posesión *“pues la prueba rigurosa de la continuidad absoluta de la posesión es casi imposible”*

No queda más sino agregar que a raíz de la posesión acreditada, en mi opinión, desde la suscripción del contrato de promesa de compraventa celebrada en diciembre de 1969, la cual prosiguió hasta la fecha de presentación de la demanda en abril de 1991, quedaba demostrado con suficiencia el lapso de tiempo que para la prescripción extraordinaria exige la ley civil, según lo discurrido por la sentencia del *a quo*, y lo demostrado por el Tribunal, corporación ésta que, con todo, dijo que la interversión del título de mero tenedor a poseedor en cabeza del

Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01

demandante Gustavo Chávez arrancaba desde el siete de marzo de 1975. Debió en consecuencia, confirmarse la decisión apelada.

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL

Magistrado Ponente
CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

Bogotá, D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil tres (2003)

EXTRACTO JURISPRUDENCIAL – NUEVA LEGISLACIÓN.

El contratante cumplido puede válidamente ejercitar las acciones alternativas de que trata el artículo 1546 del Código Civil.

Sobre este particular aspecto atinente a la manera como el contratante cumplido puede válidamente ejercitar las acciones alternativas de que trata el artículo 1546 del Código Civil, la jurisprudencia de la Corte (v. gr. G.J. CLIX, primera parte, p 306; CCXXXIV, p 678; XLIX, p 315, sentencia 023 del 7 de marzo de 2000, exp. 5319, entre otras,) ha precisado que paralela a la acción de cumplimiento (por la vía ejecutiva o la ordinaria, según el caso), el contratante cumplido, o que estuvo presto a cumplir, tiene en su haber -frente al contratante incumplido y a su arbitrio- la posibilidad de acudir al juez para que declare la resolución de la respectiva negociación, en orden a satisfacer su legítimo derecho a que no preserve su vigencia dicho negocio jurídico bilateral, ni por eso, a permanecer sujeto indefinidamente a las obligaciones contraídas en virtud de su celebración. Por consiguiente, como efecto de la citada disposición legal, sólo al contratante cumplido o allanado a cumplir, incumbe decidir si ejerce o no la acción en comento, la que coexiste, de manera alternativa y no conjunta, con la de cumplimiento forzado, ello es claro.

Mientras no se satisfaga ontológica y jurídicamente la prestación debida -y exigible- al contratante cumplido, éste podrá intentar la acción de resolución contractual, se insiste, en forma alternativa a la de cumplimiento, y no conjunta o a la vez (simultaneidad real de acciones), pues aquella "es opuesta o contraria al cumplimiento, por lo que mediante su ejercicio la parte que la plantee no habrá de ver realizado el objeto de la prestación, ni directa ni indirectamente ..." y que, "en el plano legal, no se supedita o subordina al derecho a obtener el cumplimiento, pues la ley, sin ninguna restricción o exigencia en uno u otro sentido, le ofrece al contratante la oportunidad para que, en frente del deudor transgresor, escoja entre la acción de cumplimiento y la de resolución del contrato" (sentencia de Casación Civil del 10 de diciembre de 1990).

3. Con el propósito de establecer la vigencia efectiva y el alcance de la máxima latina mencionada por el recurrente (*electa una vía non datur recursus ad alteram*), puntualizó la Corte que, "... nada autoriza para sostener que si se implora el cumplimiento de la prestación no sea posible después, incluso cuando ha mediado el desistimiento de la pretensión, demandar la resolución del contrato. El que las acciones sean alternativas no entraña que el acreedor se vea colocado en la disyuntiva consistente en que si pide el cumplimiento le quede, por tal causa, clausurada la oportunidad para solicitar la resolución ... A raíz de esto se ha dicho que la resolución es procedente aún después de proferida sentencia en que se ordene el cumplimiento de la obligación, pues aquella carece de efectos novativos" (subrayado fuera de texto, sentencia de Casación Civil del 10 de diciembre de 1990).

En la citada providencia se sostuvo que ejercida la acción de cumplimiento no se debe inferir que el actor ha renunciado a la otra, pues "semejante entendimiento de la cuestión equivaldría a dejar a la parte atada al contrato de manera indefinida cando obtenida una sentencia favorable al cumplimiento, no obstante, en la práctica se encuentra que carece de los medios para hacer efectiva la prestación a cargo del deudor" (CCIV, pág. 131).

Pero no significa lo anterior que *ex proffeso* y con meridiana explicitud –sobre todo en el último de los fallos en mención-, la Corte hubiera supeditado la viabilidad de la acción resolutoria incoada

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

luego de desistida la de cumplimiento, a la ausencia de "utilidad práctica" de ésta, toda vez que la referencia fáctica que en ella se hace, hunde sus raíces más en el propósito de ejemplificar que de excluir otras hipótesis, igualmente válidas. Tanto es así, que el '*casus*' empleado persigue desmentir la creencia de que el ejercicio de la acción de cumplimiento, *per se*, implicaba una renuncia en punto de la acción de resolución.

En esa oportunidad, así como antes y después, de manera inveterada ha precisado la Sala que la acción resolutoria procede, mientras no se haya satisfecho la prestación debida al contratante cumplido, según los requisitos que fluyen del texto del artículo 1546, a saber: "a) que el contratante contra el cual se dirige la demanda haya incumplido lo pactado a su cargo, y b) que el contratante que la proponga haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo" (CLII, pág. 87).

Sin embargo, debe reconocerse que si bien en dicha ocasión –y en el sentido indicado– además de reconocerse claramente la legítima potestad de mudar de una acción a otra, concretamente de la acción de cumplimiento a la resolutoria, se aludió a ese evento –esto es, a la carencia “de medios para hacer efectiva la prestación a cargo del deudor”– no ha sido explícita y concluyente la jurisprudencia de la Corte, en orden a fijar una directriz inequívoca ante la ausencia de disposición expresa en Colombia, muy al contrario de lo sucedido en otras legislaciones, que regule o discipline si puede el acreedor variar la vía previamente seleccionada (la de cumplimiento, v. gr.) por la otra (la resolutoria), sin perjuicio, claro está, de las luces brindadas. Es así como debe decirse que antes –en 1926– había sostenido: “la Corte considera que el principio sentado por el Tribunal¹, si bien exactamente riguroso en el derecho romano, no lo es en el derecho moderno, pues que si el acreedor ha fracasado en sus acciones para la ejecución de un contrato, no puede en justicia quedar inhabilitado para recuperar por medio de la resolución las cosas que ha entregado, si no ha obtenido el equivalente de sus prestaciones a causa del incumplimiento del deudor”. Por tanto, continuó la Sala: “el acreedor no puede ocurrir simultáneamente a dos remedios que se excluyen, y que una vez que ha prosperado uno de los remedios elegidos, queda el otro eliminado; pero en ningún caso puede entenderse la disposición en el sentido de que intentada sin éxito cualquiera de las dos acciones concedidas al acreedor para hacer efectivo su derecho, no pueda hacer uso de la otra en subsidio, como defensa del incumplimiento del deudor” (Casación Civil del 28 de mayo de 1926).

Más adelante, en el año 1940, estando vigente la preceptiva procesal de la época, sostuvo que “cuando se ejercita pues la acción resolutoria del contrato, habiéndose iniciado antes la de cumplimiento del pacto, es necesario para que sea recibida aquella, que el juicio en que se demanda el cumplimiento no esté vigente, que haya terminado por alguno de los medios legales o que se demuestre que no obstante el esfuerzo del acreedor, no ha podido éste, en el juicio de cumplimiento, obtener la contraprestación” (XLIX, p 317).

Ref: Exp: No. 7451

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso la demandada ANA GLADYS HITSCHERICH DE BELTRAN contra la sentencia del 26 de marzo de 1998 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario que promovió ALEJANDRO AMPLE ALCAYDE contra la recurrente.

ANTECEDENTES

1. Con demanda que por reparto correspondió conocer al Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, pidió el demandante ALEJANDRO AMPLE que, por incumplimiento

¹ Se refería la Corte a que el Tribunal que dictó la sentencia objeto de casación en aquella oportunidad, había sostenido que el artículo 1546 del Código Civil consagraba un derecho alternativo (cumplimiento o resolución), a punto tal que hecha la elección por el acreedor debía éste continuar con la pretensión escogida pues la otra había dejado de existir.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

de la demandada ANA GLADYS HITSCHERICH de su obligación de pagar el precio de la cosa vendida, se decretara la resolución del contrato de compraventa celebrado entre ellos por escritura pública 1880 del 13 de octubre de 1981, otorgada ante la Notaría 27 de Bogotá; que, consecuencialmente, se ordenara la cancelación del registro de la venta contenida en ese instrumento y que se dispusieran las restituciones de rigor.

2. Como sustrato de sus pedimentos, adujo los hechos que así se compendian:

A. Mediante la referida escritura, ALEJANDRO AMPLE vendió a ANA GLADYS HITSCHERICH el apartamento 101 del Edificio Bifamiliar Cosgaya, situado en la calle 121 No. 15 A 23 de esta ciudad. Se convino como precio de la venta, según promesa de contrato que le precediera, la cantidad de \$4'575.000.00, que debía ser pagada en varios instalamentos, el primero por \$2'075.000.00 y el saldo de \$2'500.000.00 en 18 cuotas semestrales, del 15 marzo de 1979 hasta el 15 de septiembre de 1987.

B. No obstante lo pactado en el contrato preparatorio, en la citada escritura pública se consignó como precio de la negociación la suma de \$2'500.000.00; allí se dijo también que el vendedor había recibido \$833.333.34 y que el excedente, la suma de \$1'666.666.66, sería pagado en 12 cuotas semestrales, a partir del 15 de marzo de 1982, acorde con sendas letras de cambio que para la fecha de la escritura suscribió la compradora, quien, además, garantizó su obligación con hipoteca de primer grado que extendió sobre el mismo inmueble materia de la venta susodicha.

C. La demandada no canceló las letras de cambio (ocho), cuyos vencimientos se presentaron entre el 15 de marzo de 1984 y el 15 de septiembre de 1987, pese a que ocupaba el predio en disputa desde el 11 de septiembre de 1978.

D. De manera infructuosa, el vendedor intentó el recaudo judicial forzoso respecto del pago de la parte del precio insatisfecha y como la compradora persistió en su actitud de incumplimiento, el actor optó "por la acción resolutoria", desistiendo "de la exigencia de pago".

3. Negó la demandada los hechos fundamentales del libelo y propuso las excepciones perentorias que denominó: a) "cosa juzgada", fincada en que el demandante inició proceso ejecutivo hipotecario contra la demandada para obtener el pago de las letras de cambio, proceso en el cual se ordenó el remate del bien y pago al acreedor y se **"encuentra en la etapa de liquidación del crédito"**. Adujo, además, que el ejecutante y acá actor ha tratado de desistir de las pretensiones en el proceso ejecutivo, **"lo cual le fue negado por el juzgado y en este momento se surte el recurso de apelación de tal decisión"**, a más de que la ejecutada ha hecho pago de la obligación mediante la consignación de su importe. b) "opción extinguida" pues como la acción de resolución del contrato y la acción de cumplimiento no son acumulables sino excluyentes, en este caso el demandante optó por el cumplimiento al iniciar el ejecutivo hipotecario; y c) "pago" dado que la demandada, en el proceso ejecutivo consignó el

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

valor del crédito y las costas en desarrollo del artículo 537 del Código de Procedimiento Civil.

A manera de previas, propuso las excepciones de "cosa juzgada" y "pleito pendiente", las que le fueron falladas adversamente en la audiencia en que sin éxito se intentara la conciliación del litigio (fls 99 a 106, cdno 5), en cumplimiento del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, decisión que, apelada por la demandada, fue confirmada por el Tribunal el 8 de agosto de 1994.

4. Agotado el trámite del caso, el *a quo* profirió sentencia el 7 de marzo de 1997, mediante la cual desestimó las pretensiones del demandante, quien apeló de la decisión. El Tribunal, al desatar la alzada en providencia de 26 de marzo de 1998, revocó esa sentencia para en su lugar declarar "no probadas las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada" (fl 158, cdno 21); y en cambio ordenar la resolución del aducido contrato, así como las restituciones mutuas y la condena en costas de ambas instancias a la parte vencida.

5. Contra el fallo del *ad quem*, ambas partes interpusieron recurso de casación. Posteriormente, la parte actora desistió del impetrado por ella, correspondiendo ahora decidir el de la demandada.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Con base en copia de la precitada escritura pública, el *ad quem* dio por cierta la celebración del invocado contrato de compraventa del inmueble, al igual que lo convenido en torno al pago de la negociación, en los términos aducidos en el libelo introductorio, ya resumidos en líneas precedentes.

2. Luego, con apoyo en copia del expediente del proceso ejecutivo promovido por el mismo vendedor contra la señora Hitscherich de Beltrán, del que conociera el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, concluyó que el demandante -con soporte **en algunas de las letras de cambio "marcadas con los números 7 al 18"**- intentó el recaudo judicial de su importe y que "dicho proceso ejecutivo, evidencia por sí sólo y sin lugar a dudas el incumplimiento en que incurrió la compradora ... **al no haber pagado la totalidad del precio convenido**, pues el pago que pretendió hacer con las citadas letras de cambio se resolvió, al no haberse descargado de cualquier manera tales instrumentos" (fl 152, cdno. 21), por lo que, "cumplida entonces la condición resolutoria a que alude el art. 882 del C. de Co., es decir, frustrado el pretendido pago", se "abrió" para el acreedor la posibilidad de acudir a la "acción causal que tampoco se encontraba extinguida por el solo hecho de la emisión de los títulos valores de que se trata, tal como así lo dispone el art. 643 *ibídem* y lo corrobora la falta de convenio en ese sentido" (fls. 152 y 153 *ib*).

3. Agregó el *Ad quem* que en virtud de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, estaba legalmente autorizado el demandante para solicitar la ejecución forzada de la

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

prestación debida o la resolución del contrato, en ambos casos con la respectiva indemnización de perjuicios. Advirtió que el actor, antes de "pedir la resolución del contrato por incumplimiento de la compradora", intentó "obtener el pago del precio impagado (sic) mediante el cobro por la vía ejecutiva de las ocho letras de cambio suscritas a su favor por la demandada"; que "esta gestión no tuvo éxito alguno, tal como se observa de las copias que de dicha ejecución se allegaron a este proceso" y que "después de más de nueve años de litigio y sin obtener el recaudo de la obligación demandada, el demandante optó por desistir de la pretensión allí encaminada, petición que le fue aceptada finalmente" (fl 153).

Añadió seguidamente que como "las letras de cambio se encontraban involucradas en el proceso ejecutivo mencionado, sin posibilidad alguna de que hubieren llegado a **manos de terceros ajenos a la relación causal ... el peligro que pretende evitar el art. 882 del C. Com.**, al exigir la devolución de los instrumentos o la garantía de que no se presentarán perjuicios al deudor con su no devolución no existía" (fl 153).

4. Luego de anticipar la prosperidad de las pretensiones, aludió a las excepciones de mérito planteadas por la demandada. Así, señaló el *ad quem* que la de "cosa juzgada" no ameritaba pronunciamiento adicional, por haber sido despachada, adversamente, en la fallida audiencia de conciliación (fl 154).

Después de destacar que pese a que de conformidad con los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, la acción para perseguir el pago del precio de la venta no puede ser ejercitada conjuntamente con la de tipo resolutorio, precisó que "nada se opone a que tales pretensiones se encaminen en juicio ordinario subsidiaria o alternativamente, o **que, iniciada una, se desista de ella para entablar la otra...**", pues "nada impide a la parte cumplida, renunciar una o varias acciones ya que ellas no miran el interés público y no ha sido prohibida su renuncia" (fl 154).

Tampoco el Tribunal encontró probada la excepción de "pago" propuesta por la señora Hitscherich de Beltrán, por cuanto "el pluricitado proceso ejecutivo con título hipotecario **... terminó por el desistimiento que de las pretensiones allí encaminadas presentó el demandante**, después de más de nueve años sin obtener pago alguno. De suerte que la consignación que en aquel efectuó irregularmente la parte demandada no puede tener los efectos de un pago válido. Dicha consignación por valor de \$5'000.000.00 a que **alude la demandada ... no obedece a la liquidación legalmente efectuada y aprobada y** en razón a ello, tal proceso no terminó por pago de la obligación, pues además, ella se hizo cuando ya se había presentado el desistimiento y se encontraba en trámite la segunda instancia que resolvería sobre la procedencia de tal petición" (fl 154).

5. En esos términos, anunció el Tribunal la necesidad de revocar la providencia apelada y la viabilidad de la resolución contractual reclamada, por lo que procedió a motivar su decisión en punto tocante con las "obligaciones restitutorias a cargo de las partes que recibieron las respectivas prestaciones o parte de ellas", para lo cual explicó las operaciones aritméticas que creyó aplicables al caso.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

LA DEMANDA DE CASACION

Contra el fallo de segunda instancia la demandada interpuso dos cargos, enderezados ambos por la primera de las causales previstas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que la Corte estudiará en el orden propuesto.

CARGO PRIMERO

En este cargo se acusó la sentencia del Tribunal de vulnerar, por aplicación indebida, los artículos 1546 y 1939 del Código Civil y, por falta de aplicación, los artículos 342, 332, 512, 187 y 523 del Código de Procedimiento Civil, como consecuencia de error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda del ejecutivo hipotecario, la hipoteca, su inscripción y vigencia, el embargo y secuestro del inmueble hipotecado, la sentencia que ordenó la venta del inmueble, el avalúo del ejecutivo hipotecario y su firmeza, así como el desistimiento del ejecutivo hipotecario.

Para sustentar este cargo, afirmó el recurrente que si bien el contratante cumplido tiene frente al incumplido la acción de cumplimiento de la obligación y la resolutoria del contrato, éstas son alternativas, a "potestad" del primero, sin que se piense que el ejercicio de una de ellas implique la renuncia de la otra, salvo "que la utilizada prospere y existan los medios para hacer efectiva la prestación" (fls 12 y 13).

Agregó que, "cuando en el ejercicio de una acción alternativa, el demandante obtiene sentencia favorable y existen los medios para hacerla valer, no puede, por un acto de voluntad, **desconocer la sentencia e intentar la otra acción ... pues esa posibilidad se** extinguió en el momento en que la sentencia favorable cuyas condenas no son ilusorias, quedó en firme". De lo contrario, esas acciones no serían alternativas sino acumulativas y "se daría al traste con el principio de "definitividad" inherente a las sentencias judiciales (fls 13 y 14 *ib*).

2. Señaló que "una vez pronunciada la sentencia definitiva", el desistimiento, más que tal, constituía una renuncia, por no estar encaminada, propiamente, "a terminar el pleito, pues éste ya ha terminado con la sentencia", debiendo asumirse ese acto volitivo, entonces, "como una renuncia a los derechos que se han adquirido por virtud **de la sentencia ... como una dejación voluntaria de esos derechos**" (fl 14).

3. Previa la invocación de los artículos 4º del Código de Procedimiento Civil y 228 de la Carta Política, el impugnante insistió en que si se obtiene la efectividad del derecho reconocido por la ley sustancial, "no es lícito recurrir a otro 'procedimiento' so pretexto de que el primero fue inane" y que por tal razón, que se dio en este asunto, resultaba comprometido el interés para obrar, como "presupuesto material para la sentencia de fondo", ya que ese interés "deja de ser serio cuando el demandante desecha la decisión judicial que le accede a su '*petitum*' en una decisión con todos los visos y garantías de efectividad" (fl 15)

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Acotó que el desconocimiento de la cosa juzgada vulneraba “el derecho fundamental ... a obtener seguridad jurídica respecto de la solución de sus conflictos”, afectándose “por igual a quien fue demandante como a quien fue demandado, y su obligatoriedad lo es tanto para el uno como para el otro”, constituyendo “derecho del deudor que el acreedor no le exija nada más ni nada distinto de lo establecido en la sentencia” (fls 17 a 19, *ib*).

4. Adujo el recurrente que “la pretensión ejecutiva-hipotecaria despachada favorablemente por la sentencia” no arrojaba “como resultado obligado la imposibilidad **práctica del pago, como erradamente lo indica el fallo acusado**”, pues, en su momento, bien pudo el ejecutante solicitar el remate del predio hipotecado, acorde con el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil, opción que no podía ejercer el ejecutado dado que no existía liquidación en firme del crédito demandado (fl 21).

De esta forma, el casacionista reprochó al Tribunal porque “tuvo por probado, sin estarlo, que la acción ejecutiva hipotecaria era inútil en la práctica”. Añadió que la carga de la prueba de la mencionada “inocuidad” incumbía al demandante; que por el contrario, era ostensible **la “utilidad práctica” de esa ejecución, pues el pago de la acreencia**, que no incluía intereses, estaba asegurado con la hipoteca constituida sobre el disputado inmueble, gravamen que “a la fecha de la demanda ejecutiva estaba **inscrita y vigente**”; **que el bien fue “embargado y secuestrado sin oposición**”; **que, en noviembre de 1991, fue avaluado en \$90'000.000.00, superando con exceso, los \$3'221.700.00 “que demandaba el ejecutante” y que el *ad quem* “cercenó”, en su “realidad demostrativa”, los elementos probatorios antes relacionados, pues de haberlos apreciado de manera “completa”, hubiera advertido que el proceso ejecutivo no era “fallido” y, por tanto, “no tendría cabida la acción resolutoria escogida en reemplazo de la de cumplimiento ejecutivo y en consecuencia no habría aplicado los artículos 1546 y 1930 del Código Civil” (fls 22 y 23, *ib*).**

5. Así, según la censura, por falta de aplicación, fue transgredido, a su vez, el artículo 342 del Código de Procedimiento Civil por cuanto el Tribunal no dio al desistimiento “las consecuencias que allí se pregonan”, así como los artículos 332 y 512 *ibídem*, por desconocimiento de los efectos inherentes a la cosa juzgada, a lo que se llegó por la “indebida apreciación de las pruebas ‘en conjunto’ como lo dispone el artículo 187 del C. de P. C.”, que “también se infringió por falta de aplicación” (fl 23 *ib*).

Por último, el casacionista adujo que “las probanzas indicadas obran en el plenario, legal y oportunamente recaudadas; es manifiesto el yerro fáctico, su preterición y recorte, como que ninguna atención le merecieron al juzgador de instancia, al punto que ninguna mención, ni expresa ni aún implícita, aparece de ellas en el fallo acusado”, pues de lo contrario el Tribunal habría encontrado improcedente la pretensión resolutoria.

CONSIDERACIONES

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

1. El cargo, conforme se historió en precedencia, se encamina a resaltar la comisión de errores evidentes y trascendentes de hecho que, en sentir del recurrente, condujeron al Tribunal a no dar por demostrado, estándolo, que era útil, esto es, que no era ilusoria o inane, la acción de cumplimiento forzado de la obligación ejercida por el actor en el proceso ejecutivo hipotecario contra la demandada. Utilidad que por tanto le vedaba, según el censor, la posibilidad al actor de incoar, en proceso separado y ulterior, la resolución del contrato, cuyo cumplimiento, paradójicamente, estaba reclamando por la vía ejecutiva con evidentes resultados favorables desde el punto de vista práctico.

Al punto, el recurrente determina algunas pruebas (alusivas a la existencia de la hipoteca para garantizar el pago, al embargo del inmueble hipotecado, a la ejecutoriedad de la sentencia de segunda instancia que ordenó la venta en pública subasta de dicho inmueble, así como al avalúo en firme del mismo en la suma de \$90.000.000,00 frente al valor de la deuda) que –para el censor- conducen a tener por demostrado que en el proceso ejecutivo el actor iba a obtener el recaudo efectivo del saldo del precio adeudado, vale decir, tenía alcanzado el éxito de su acción de cumplimiento forzado. De allí que este andamiaje lo erija sobre la base de considerar **que “enfrente de una acción bipolar –cumplimiento y resolución- el contratante puede abandonar una vía resuelta y optar por la otra, únicamente en el caso en que se vea que el resultado práctico de la primera es o será inane, porque en este caso el derecho procesal no cumplió su misión de hacer efectivo el derecho sustancial.** A contrario, cuando la sentencia obtenida en la vía escogida sí puede ser hecha efectiva, la otra vía le queda clausurada y tendrá plena aplicación el principio conforme al cual *‘electa una via no datur recursus ad alteram’* ” (el subrayado no es del texto original).

2. Sobre este particular aspecto atinente a la manera como el contratante cumplido puede válidamente ejercitar las acciones alternativas de que trata el artículo 1546 del Código Civil, la jurisprudencia de la Corte (v. gr. G.J. CLIX, primera parte, p 306; CCXXXIV, p 678; XLIX, p 315, sentencia 023 del 7 de marzo de 2000, exp. 5319, entre otras,) ha precisado que paralela a la acción de cumplimiento (por la vía ejecutiva o la ordinaria, según el caso), el contratante cumplido, o que estuvo presto a cumplir, tiene en su haber -frente al contratante incumplido y a su arbitrio- la posibilidad de acudir al juez para que declare la resolución de la respectiva negociación, en orden a satisfacer su legítimo derecho a que no preserve su vigencia dicho negocio jurídico bilateral, ni por eso, a permanecer sujeto indefinidamente a las obligaciones contraídas en virtud de su celebración. Por consiguiente, como efecto de la citada disposición legal, sólo al contratante cumplido o allanado a cumplir, incumbe decidir si ejerce o no la acción en comento, la que coexiste, de manera alternativa y no conjunta, con la de cumplimiento forzado, ello es claro.

Mientras no se satisfaga ontológica y jurídicamente la prestación debida -y exigible- al contratante cumplido, éste podrá intentar la acción de resolución contractual, se insiste, en forma alternativa a la de cumplimiento, y no conjunta o a la vez (simultaneidad real de acciones), pues aquella “es opuesta o contraria al cumplimiento, por lo que mediante su ejercicio la parte que la plantee no habrá de ver realizado el objeto de la prestación,

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

ni directa ni indirectamente ..." y que, "en el plano legal, no se supedita o subordina al derecho a obtener el cumplimiento, pues la ley, sin ninguna restricción o exigencia en uno u otro sentido, le ofrece al contratante la oportunidad para que, en frente del deudor transgresor, escoja entre la acción de cumplimiento y la de resolución del contrato" (sentencia de Casación Civil del 10 de diciembre de 1990).

3. Con el propósito de establecer la vigencia efectiva y el alcance de la máxima latina mencionada por el recurrente (*electa una vía non datur recursus ad alteram*), puntualizó la Corte que, "... nada autoriza para sostener que si se implora el cumplimiento de la prestación no sea posible después, incluso cuando ha mediado el desistimiento de la pretensión, demandar la resolución del contrato. El que las acciones sean alternativas no entraña que el acreedor se vea colocado en la disyuntiva consistente en que si pide el cumplimiento le quede, por tal causa, clausurada la oportunidad para solicitar la resolución ... A raíz de esto se ha dicho que la resolución es procedente aún después de proferida sentencia en que se ordene el cumplimiento de la obligación, pues aquella carece de efectos novativos" (subrayado fuera de texto, sentencia de Casación Civil del 10 de diciembre de 1990).

En la citada providencia se sostuvo que ejercida la acción de cumplimiento no se debe inferir que el actor ha renunciado a la otra, pues "semejante entendimiento de la cuestión equivaldría a dejar a la parte atada al contrato de manera indefinida cuando obtenida una sentencia favorable al cumplimiento, no obstante, en la práctica se encuentra que carece de los medios para hacer efectiva la prestación a cargo del deudor" (CCIV, pág. 131).

Pero no significa lo anterior que *ex proffeso* y con meridiana explicitud –sobre todo en el último de los fallos en mención-, la Corte hubiera supeditado la viabilidad de la acción resolutoria incoada luego de desistida la de cumplimiento, a la ausencia de "utilidad práctica" de ésta, toda vez que la referencia fáctica que en ella se hace, hunde sus raíces más en el propósito de ejemplificar que de excluir otras hipótesis, igualmente válidas. Tanto es así, que el 'casus' empleado persigue desmentir la creencia de que el ejercicio de la acción de cumplimiento, *per se*, implicaba una renuncia en punto de la acción de resolución.

En esa oportunidad, así como antes y después, de manera inveterada ha precisado la Sala que la acción resolutoria procede, mientras no se haya satisfecho la prestación debida al contratante cumplido, según los requisitos que fluyen del texto del artículo 1546, a saber: "a) que el contratante contra el cual se dirige la demanda haya incumplido lo pactado a su cargo, y b) que el contratante que la proponga haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo" (CLII, pág. 87).

Sin embargo, debe reconocerse que si bien en dicha ocasión –y en el sentido indicado– además de reconocerse claramente la legítima potestad de mudar de una acción a otra, concretamente de la acción de cumplimiento a la resolutoria, se aludió a ese evento –esto es, a la carencia "de medios para hacer efectiva la prestación a cargo del deudor"–

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

no ha sido explícita y concluyente la jurisprudencia de la Corte, en orden a fijar una directriz inequívoca ante la ausencia de disposición expresa en Colombia, muy al contrario de lo sucedido en otras legislaciones, que regule o discipline si puede el acreedor variar la vía previamente seleccionada (la de cumplimiento, v. gr.) por la otra (la resolutoria), sin perjuicio, claro está, de las luces brindadas. Es así como debe decirse que antes —en 1926- **había sostenido**: “la Corte considera que el principio sentado por el Tribunal², si bien exactamente riguroso en el derecho romano, no lo es en el derecho moderno, pues que si el acreedor ha fracasado en sus acciones para la ejecución de un contrato, no puede en justicia quedar inhabilitado para recuperar por medio de la resolución las cosas que ha entregado, si no ha obtenido el equivalente de sus prestaciones a causa del incumplimiento del deudor”. Por tanto, continuó la Sala: “el acreedor no puede ocurrir simultáneamente a dos remedios que se excluyen, y que una vez que ha prosperado uno de los remedios elegidos, queda el otro eliminado: pero en ningún caso puede entenderse la disposición en el sentido de que intentada sin éxito cualquiera de las dos acciones concedidas al acreedor para hacer efectivo su derecho, no pueda hacer uso de la otra en subsidio, como defensa del incumplimiento del deudor” (Casación Civil del 28 de mayo de 1926).

Más adelante, en el año 1940, estando vigente la preceptiva procesal de la época, **sostuvo que “cuando se ejercita pues la acción** resolutoria del contrato, habiéndose iniciado antes la de cumplimiento del pacto, es necesario para que sea recibida aquella, que el juicio en que se demanda el cumplimiento no esté vigente, que haya terminado por alguno de los medios legales o que se demuestre que no obstante el esfuerzo del acreedor, no ha podido éste, en el juicio de cumplimiento, obtener la contraprestación” (XLIX, p 317)

4. Efectuado el ‘*excursus*’ jurisprudencial que antecede, resulta de la mayor utilidad, a fin de establecer las bases sobre las cuales debe auscultarse el presente caso, fijar los alcances que, en el derecho patrio, tiene la posibilidad de que esa facultad del acreedor, enderezada a pedir el cumplimiento o la resolución, pueda ser objeto de mutación o variación, luego de haber escogido aquél, primigeniamente, una de las dos opciones de que dispone, por mandato legal.

4.1. Para el logro del anunciado objetivo, importa tener presente que ese derecho a que el acreedor opte por una u otra pretensión, de vieja data, es reconocido universalmente por numerosas legislaciones y por la jurisprudencia, a diferencia de lo que ocurrió en el **Derecho Romano, en el que la acción resolutoria no se conoció “como remedio para aniquilar una convención bilateral por incumplimiento de uno de los contratantes”** (G.J. CLIX, p. 309), dado que si bien podía tener lugar para el preciso caso de la *lex commissoria* —a través de una estipulación especial de origen netamente convencional, que no se sobrentendía-, su desarrollo y generalización para otros contratos diversos al

² Se refería la Corte a que el Tribunal que dictó la sentencia objeto de casación en aquella oportunidad, había sostenido que el artículo 1546 del Código Civil consagraba un derecho alternativo (cumplimiento o resolución), a punto tal que hecha la elección por el acreedor debía éste continuar con la pretensión escogida pues la otra había dejado de existir.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

de compraventa, tuvo lugar en el Derecho Canónico, merced al penetrante aporte de la Escuela de los Canonistas, al mismo tiempo que fue objeto de estudio por los Glosadores y Comentaristas, instituto éste que, *'a posteriori'*, maduró y se aquilató gracias a las contribuciones –galas- de Dumoulin, Domat y Pothier, fundamentalmente, éste último inspirador de numerosas normas adoptadas ulteriormente en el código napoleónico, de marcado influjo en la codificación chilena y, por ende, en la colombiana, en lo que concierne a la figura de la resolución del contrato por incumplimiento.

Es por ello por lo que se concibe hoy esta opción entre la pretensión resolutoria y la de **cumplimiento**, *'ministerio legis'*, como una inequívoca muestra del acerado respeto al derecho de crédito radicado en cabeza del acreedor insatisfecho, *'quid'* del asunto sometido al escrutinio de la Corte. Mas, en lo tocante con el alcance del precitado derecho de opción del *accipiens*, no puede hablarse de reglas unívocas en el Derecho comparado, como quiera que este tópico, ciertamente, ha sido objeto de variada y, en veces, divergente disciplina preceptiva.

De la misma manera, en lo tocante con el específico aspecto que ocupa la atención de la Sala, esto es, el referido a la posibilidad de que el acreedor renuncie a la pretensión que -*ex ante*- escogió (v. gr. la de cumplimiento forzado) y a continuación prosiga o comience a reclamar la otra (la resolución del contrato), también diversas han sido las soluciones que la ciencia jurídica y los ordenamientos foráneos le han dado al tópico en cuestión, que van -históricamente- desde la prohibición de variar la elección realizada (*electa una vía non datur recursus [regressus] ad alteram*) del Derecho Romano³ y del derecho español medieval de las Siete Partidas, hasta la autorización expresa para realizar el cambio de pretensión, en determinado sentido y bajo ciertos supuestos, generalmente del cumplimiento a la resolución y sólo en tanto aquél haya resultado frustráneo. Y, por supuesto, legislaciones hay que guardan silencio en este sentido, como la de Colombia, que sigue al Código Chileno de don Andrés Bello, quien en lo pertinente abrevó, para la factura de las normas que regulan el asunto *sub examine*, en el código napoleónico -como se anticipó-, respecto del cual la doctrina, mayoritariamente, pregona la facultad del acreedor de actuar en doble vía, esto es, que puede pasar de la pretensión resolutoria a la de cumplimiento, o de esta a aquella, sin restricción.

En resumidas cuentas, ello es neurálgico para el desenlace de este caso-, el tratamiento legal del *jus variandi* -que es como en la dogmática contemporánea de **ordinario se conoce a la facultad de “variar” de una opción previamente escogida** a la otra- registra en la historia y en el Derecho Comparado una gama de alternativas, de suyo asimétricas: proscripción expresa de migrar; autorización para hacerlo en cierto

³ Con todo, debe resaltarse que en el Digesto del emperador Justiniano, figura el siguiente pasaje de autoría del togado Papiniano en el que solo se proscribe el derecho a variar la acción, en un solo sentido: “tan pronto se ha incurrido en el supuesto de la cláusula (comisoria), deberá determinar el vendedor si quiere ejercitar su derecho comisorio o prefiere reclamar el precio; porque si hace valer el comisorio, después no puede ya variar” (Digesto 18, 3, 4.2).

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

sentido, previo el cumplimiento de ciertas exigencias; o sólo en determinada vía (del cumplimiento a la resolución, pero no a la inversa); o, finalmente, ausencia de regulación expresa de la figura en comento, de lo que se ha derivado la posibilidad de transitar de una a otra, sin limitaciones puntuales, motivo por el cual no es dable asignarle al tema un tratamiento uniforme, merced a la diversidad de orientaciones **normativas. Tanto es así que en función del ‘modus operandi’ del ‘jus variandi’**, en sede contractual, modernamente se estructuran regímenes restrictivos –con mayor o menor intensidad, según el caso- y de amplio espectro.

4.2. Por consiguiente, en aras de registrar solo algunos casos de legislaciones foráneas que regulan el asunto de diverso modo (pluralidad preceptiva), puede señalarse, por vía de ejemplo, que en Italia se dispuso que *“La resolución puede ser demandada aun cuando se hubiere promovido el juicio para obtener el cumplimiento, pero no puede pedirse el cumplimiento cuando haya sido demandada la resolución”* (Artículo 1453 del Código Civil italiano).

En España, el proyecto de don Florencio García Goyena del año 1851 –contemporáneo de don Andrés Bello-, luego de sentar el principio aceptado de la condición resolutoria **implícita en los contratos bilaterales, estableció que “el perjudicado podrá escoger entre** exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses, *pudiendo adoptar este segundo medio aun en el caso de que, habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligación”*. Ya en el texto definitivo (artículo 1124 C.C. español) se precisó el alcance del *jus variandi*, **al disponerse que “el perjudicado podrá exigir el cumplimiento o la resolución** de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, *cuando éste resultare imposible”, término éste que ha sido explicado por la jurisprudencia ibérica, con el fin de no limitar -en demasía- el derecho en comentario, enfatizando en que “no hace referencia, sin más y únicamente, a la [imposibilidad] física, objetiva o de hecho, sino también a la jurídico económica, es decir, a la frustración (no a la mera conveniencia) del acreedor por la deficiencia, anormalidad, tardanza o demora excesiva del deudor en el cumplimiento, que ya no será purgativo por la desaparición del interés en el contraprestación originariamente pactada convertida en inútil o perjudicial por esa resistencia a cumplir”* (Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de noviembre de 1983, corroborada en fallo del 26 de enero de 1990, entre varios).

En Argentina se dispuso en 1968 (artículo 1204 C.C.), que *“la parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato, pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado la resolución”*.

En cuanto al Código Civil francés (artículo 1184: *“...La parte respecto de la cual el compromiso no fue ejecutado, tiene la elección, o de obligar a la otra parte a la*

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

ejecución del contrato cuando ello sea posible, o de demandar la resolución con los **daños y perjuicios...**”), **si bien el punto no fue expresamente disciplinado**, la doctrina franco-belga (Demolombe, Larombiere, Laurent, Baudry-Lacantinèrie, Planiol, De Page, Esmein, Starck, Rolland y Boyer, entre otros), en general, se muestra de acuerdo en que nada en esa codificación obsta para que el acreedor varíe la opción inicialmente escogida -cualquiera de las dos que haya preferido utilizar en primer lugar-, en vista de que el optar por una no supone renunciar a la utilización de la otra.

En efecto, resulta elocuente que en la señalada doctrina, a pesar de no existir texto legal expreso -o precisamente por ello-, se haya llegado a la conclusión que de manera concisa revela el siguiente pasaje procedente de la pluma autorizada de Planiol y Ripert: **“El acreedor podrá a su elección pedir el cumplimiento o la resolución** (artículo 1184, párr 2º); por consiguiente, mientras no se haya hecho pronunciamiento en cuanto a la resolución, el acreedor que la hubiere solicitado puede interesar el cumplimiento, y a la inversa, puede, después de haber pedido el cumplimiento, reclamar la resolución, pero no cuando hubiere previamente renunciado a una de las dos soluciones, sin que **signifique tal renuncia el hecho de elegir en primer término una de las dos acciones**”⁴. Postura que *‘a posteriori’*, también ha mantenido la *‘communis opinio’* gala, tal y como se aprecia en la obra de los autores Weill y Terré, según la cual, **“aun después de haber reclamado la ejecución forzada, el acreedor puede, en el curso de la instancia, demandar la resolución”**⁵

4.3. En compendio, puede afirmarse que como ese derecho potestativo del acreedor ha recibido en las diversas codificaciones un tratamiento disímil, y más aún, como la posibilidad de que el acreedor migre de la opción que previamente escogió hacia la otra **alternativa** (*‘jus variandi’*; **consurso electivo**; **‘derecho a la reconsideración’**; **mutación de acciones**, etc.), ha sido asimismo regulada con alcances diversos, debe estar muy atento el intérprete a esa realidad, concretamente en aplicación de soluciones ofrecidas por doctrinantes de cada país, vista la desemejante normatividad que los Estados han adoptado en el punto.

5. Ahora bien, en lo que atañe al derecho colombiano, dueño de una realidad normativa no siempre coincidente con la de otras naciones –como tangencialmente se esbozó-, debe afirmarse que ni de la escueta lectura del artículo 1546 del Código Civil Colombiano (artículo 27 del Código Civil), ni del contexto normativo en que se desdobra el reconocimiento del derecho crediticio del contratante cumplido o que estuvo presto a cumplir (artículo 30 ib), y ni de la historia fidedigna del establecimiento de la condición resolutoria tácita (etiología de la obra codificadora a cargo del señor Bello),⁶ se

⁴ Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Juan Bauto Ed. La Habana., 1927, Tomo VI, p 599.

⁵ Weill, Alex y Terré, François, Droit Civil (Les obligations), Dalloz, Paris, 1986. Cfme: F. Terré; Ph. Simler e Y. Lequette. Les Obligations, París, 1996, p 516.

⁶ Es de señalar que en el proyecto de 1853 de don Andrés Bello se indicaba en el segundo inciso: “pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

desprende que se consagre en el ordenamiento patrio aquel requisito, por plausible que parezca –o pueda llegar a parecer-, atinente a que el acreedor esté facultado para demandar la resolución contractual cuando previamente ha incoado su cumplimiento, sólo si éste ha resultado fallido, inane o sin éxito. Y no es dable tampoco inferirlo –como tampoco lo infiere la doctrina y jurisprudencia francesas, con fundamento un en texto igualmente silente al respecto-, pues estaría el intérprete adicionando una exigencia que la norma no contempla, a más de incluir un requisito procesal, por vía de agregación, en desmedro de la clara prevalencia de la eficacia del derecho sustancial comprometido en el debate (artículo 228 de la Constitución Política). Baste sólo agregar, siguiendo a Demolombe, que la estructura moderna de la figura de la resolución contractual es más particular, habida cuenta que en regímenes como el francés –y también en el colombiano- se **“deja a la parte la elección tendiente a la ejecución y la acción tendiente a la resolución”**, por manera, continúa el autor, que **“si se nos opone el adagio: ‘electa una via non datur recursus ad alteram’**, responderemos con Merlin que **‘este adagio no está escrito en términos generales ni positivos en ninguna ley antigua ni moderna’**”⁷.

Sin embargo, como todo derecho, éste que se analiza –el *jus variandi*- está limitado; no es absoluto, como de antaño fue reconocido por la Corte a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, en relación con los derechos subjetivos, y ahora de modo expreso está instituido en la Constitución como deber de toda persona, **en tanto ésta ha de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” (artículo 95-1 C.P.)**, canon constitucional reflejo de la conocida máxima *‘qui iure suo utitur, neminem laedere debet’* (el ejercicio de un derecho no debe lesionar otro derecho).

De lo que se sigue que si bien en Colombia, y a la luz de la legislación positiva actual, no puede ser tenido como requisito inexorable del precitado *jus variandi* la inutilidad práctica en el ejercicio de la primera acción –por lo demás de verificación ulterior o subsiguiente-, tampoco puede sostenerse, de manera general y para todos y cada uno de los casos, que ese derecho no pueda verse limitado de cara a fenómenos de

cumplimiento del contrato, o, si no fuere ya posible cumplirlo, la indemnización de perjuicios”. Este inciso fue materia de modificación en el proyecto definitivo de 1855.

⁷ Traité des contrats..., citado por José Merlich-Orsini, La resolución del contrato por incumplimiento, Temis, 1983, p 284. Es de precisar que la supraindicada máxima latina, no es de recibo, así expresada, ni siquiera en sistemas como el español –y de paso en Panamá-, en el cual expresamente se subordina la validez de la migración de la acción de cumplimiento a la resolutoria a la imposibilidad de lograr o alcanzar dicho cumplimiento (artículo 1124 C.C.), de suerte que su radio de acción, allí, está restringido o condicionado por ministerio de la ley, al contrario de lo que acaece en Francia, en Chile y en Colombia, entre otros ordenamientos. En este sentido, expresa el autor Mario Clemente M., que “conforme al Código Civil español, rige, en sede de resolución por incumplimiento, el principio ‘electa una via non datur recursus ad alteram’, con la única excepción de que el cumplimiento, por el que primeramente se optó, haya resultado imposible”. Conclusión ésta que el autor explica con base en la diversidad legislativa internacional. Es así como pone de presente que “si comparamos este régimen [el español] con los propios del derecho francés e italiano podemos observar notables diferencias” (La facultad de resolver los contratos por incumplimiento, Tirand lo Blanch, Valencia, 1998, p 208 y 210)(El subrayado es ajeno al texto original).

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

aquilatado reconocimiento jurisprudencial y aún constitucional, como, por vía de ejemplo, tiene lugar en el caso del ejercicio abusivo del derecho o de los derechos.

En definitiva, no es dable sentar en estos eventos pautas jurisprudenciales abstractas y **aplicables a todas las hipótesis, de espaldas al ‘factum’ emergente de cada caso particular**, digno de invariable examen particular. De ahí que como lo señalara recientemente esta Corporación, “la respuesta adecuada, cualquiera que ella sea (haz de alternativas), solo emergerá después de auscultar ... el ‘casus’”, ya que “este es el encargado, en forma privativa, de darle fisonomía, justificación y plasticidad a la estructura teórica ‘per se’ ayuna de fuerza si no se armoniza con el ‘factum’, o sea con el elocuente dictado que dimana de los hechos” (Sentencia del 30 de septiembre de 2002, Exp. 4799).

6. En pocas palabras, con arreglo al esquema de la condición resolutoria tácita se consagra en Colombia el derecho potestativo y alternativo del acreedor cumplidor, a pedir el cumplimiento o la resolución del contrato incumplido por su cocontratante, sin que medie –‘ex lege’- regulación expresa en punto del derecho a variar la pretensión primigeniamente escogida, *a fortiori*, sin contemplar explícitamente requisito alguno para el ejercicio del *jus variandi*, que, en línea de principio, debe entenderse incluido dentro de la amplia órbita de facultades del acreedor, en procura de preservar y proteger inalterado, en toda su dimensión, la acreencia de que es titular (tutela del derecho crediticio). No en vano, rectamente entendida, en el precepto contenido en el **artículo 1546 del C.C. se entronizan las dicientes expresiones: “pedir a su arbitrio” referidas a la “resolución o el cumplimiento”, arbitrio éste que no tiene por qué eclipsarse**, a pretexto de reflexiones doctrinales cimentadas –o influidas- por textos legislativos diferentes, por granadas que ellas resulten.

No obstante, huelga resaltar que dicho *jus variandi*, como todo derecho subjetivo, es relativo, de modo que la potestad de variar o migrar de una pretensión a la otra está limitada, entre otras causas, por el acerado deber a cargo del acreedor de no incurrir en ejercicio abusivo del mismo, en claro desmedro de principios tan capitales como el de la buena fe, también de rango constitucional (artículo 83 C.P.) y de indiscutida vigencia y resonancia jurídicas (vid. Sentencia del 3 de septiembre de 2001)

7. A pesar de que con fundamento en las anteriores consideraciones resulta pertinente concluir que el cargo que se estudia no puede prosperar, debe resaltarse que las copias del proceso ejecutivo muestran, que lo que en principio hubiera parecido ser el cobro coactivo de una obligación suficientemente garantizada con hipoteca, resultó ser un dilatado proceso en el que se presentaron muy disímiles obstáculos, que pudieron haber precipitado y aun ofrecido un sustento para la utilización -en tanto se configuraba un interés serio y legítimo- del *jus variandi* por parte del acreedor.

En efecto, se trató de un proceso ejecutivo hipotecario (demanda presentada el 31 de agosto de 1984) en el que el demandante ALEJANDRO AMPLE, haciendo uso de la cláusula aceleratoria pactada en la escritura pública 1880 del 13 de octubre de 1981,

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

otorgada ante la Notaría 27 de Bogotá, intentó cobrar coactivamente las letras 11 (que venció el 15 de marzo de 1984) a 18 que, juntas, sumaban \$3.221.700,00.

Al contestar la ejecutada y demandada GLADYS HITSCHERICH, anexó título de consignación por concepto de las letras onceava y duodécima que para ella eran las que estaban vencidas. Pero ese título luego le fue devuelto, ante insistencia de ella, quien alegó la naturaleza del proceso, esto es, que se trataba de un hipotecario en **donde únicamente cabía el pago con el “solo producto” del remate del bien hipotecado**. El proceso no prosiguió propiamente un curso fluido, toda vez que la demandada se opuso acerbamente y por diversos medios –incluso el penal, al denunciar al ejecutante por usura- a la prosperidad de la acción ejecutiva, alegando prejudicialidad, y en fin, ejerciendo su legítimo derecho de defensa que, a la postre, originó una insatisfacción persistente de la acreencia, una creciente demora –aunada al retardo que condujo a la demanda ejecutiva- para el cumplimiento en el pago de la obligación. Y no se diga que la consignación que, por atribución del artículo 537 del Código de Procedimiento Civil, hizo la demandada, fue en realidad un pago, pues aunque es cierto que el proceso ejecutivo estaba vigente para cuando ella la efectuó, también lo es que el demandante – desde una perspectiva material- había desistido del proceso y estaba pendiente de que se pronunciara el Tribunal acerca de la apelación respecto a la denegación de ese desistimiento por parte del *a quo*. Es decir, no obstante que el proceso continuó su curso ante el juez de primera instancia, la apelación del auto que denegó la solicitud de desistimiento no se había resuelto. Mas, decidida ella y admitida en segunda instancia la terminación del proceso por desistimiento del actor, perdió basamento jurídico el pretendido pago que por consignación intentó tardíamente –luego de más de seis años- la demandada, aspecto éste que no puede ser soslayado, en orden a auscultar la conducta, *‘in casu’*, del demandante, sólo para los efectos que resulten pertinentes – como no lo es en aquellos regímenes que, como el español, son limitativos en punto al *‘modus operandi’* del *‘jus variandi’*, **dado que en ellos se tiene muy en cuenta, para legitimar la migración de la acción de cumplimiento a la resolutoria, la precitada “tardanza, resistencia o demora excesiva del deudor”, según se anotó en precedencia-**.

Con todo, además del interés razonable legítimo del acreedor en variar la opción inicialmente escogida por la tardanza del efectivo pago que por la vía ejecutiva del cobro judicial buscaba, debe advertirse que se aprecia en los pormenores que del proceso se han relevado, que la efectividad de la satisfacción del derecho crediticio no queda en sí misma garantizada por el solo hecho de contar el acreedor con una garantía hipotecaria suficiente, pues vicisitudes de diversa índole –diferentes de la aludida tardanza- pueden frustrar el deseado pago, como la presentación de embargos preferentes por créditos fiscales, laborales, etc, que dejen remanentes –si acaso- insuficientes para cubrir el monto del crédito cobrado.

Por último, y no obstante que las consideraciones jurídicas precedentes de suyo socavan el fundamento del cargo en cita, es pertinente agregar que en este caso no puede decirse que haya cometido error de hecho manifiesto –o sea colosal y paladino- el Tribunal por no deducir de las pruebas señaladas por la censura, que el proceso

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

ejecutivo en las descritas circunstancias iba camino al éxito. Fue un dilatado y complejo trámite que terminó por otorgarle al demandante una razón objetivamente atendible para ejercer su *jus variandi*, en los términos –amplios- del artículo 1546 del Código Civil patrio, máxime si de tiene en cuenta el mencionado carácter tuitivo de este precepto, específicamente en lo que atañe a los derechos del acreedor que ha visto frustrada su acreencia, *latu sensu*.

Resulta pertinente que la Corte advierta, por último, que el análisis realizado en el despacho de este cargo, se circunscribió a los precisos límites que trazó la censura (carta de navegación de la Corte), de modo que otros aspectos muy tangencialmente abordados en estas consideraciones, atinentes a puntos anejos a la extensión del *jus variandi*, como el ejercicio simultáneo de las alternativas inmersas en el artículo 1546 del Código Civil, no fueron escrutados de fondo, dado que la censura no elevó acusación individual y sustantiva al respecto.

El cargo, en consecuencia, no está llamado a prosperar.

CARGO SEGUNDO

En este cargo se acusó la sentencia por haber dejado de aplicar el Tribunal los artículos 5 y 8 de la Ley 153 de 1887; 230 de la Constitución Política; 1911, 1925, 1010 y 737 del Código Civil; 867 y 962 del Código de Comercio y 187 del Código de Procedimiento Civil; y haber aplicado indebidamente los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, como consecuencia de la "errónea apreciación" de "la demanda del ejecutivo hipotecario, la **hipoteca, su inscripción y vigencia ... la consignación acompañada a la contestación de la demanda hipotecaria ... la consignación efectuada el 7 de septiembre de 1993 ... el desistimiento del ejecutivo, el rechazo de esa petición y su revocación por la vía de la apelación**" y "el dictamen pericial practicado dentro de este proceso ordinario" (fl 29, cdno 23).

En sustento de lo anterior, aseguró el censor que el demandante "abusó de su derecho al solicitar la resolución del contrato fundado en la falta de pago de una parte ínfima del precio" (fl 29), e hizo cita profusa de Jurisprudencia y Doctrina al respecto, para acotar que "los contratos se hacen para cumplirlos, no para resolverlos", agregando que sólo aquellos de singular importancia y "no cualquier incumplimiento autoriza para recabar del juez la declaratoria del aniquilamiento del vínculo contractual" (fl 32).

Agregó que el principio de "la equidad" previsto en el artículo 230 de la Constitución Política, "como criterio auxiliar, no como accesorio", y aún "principal para la interpretación y aplicación de la norma, como lo proclama el art. 5° de la Ley 153 de 1887" (fl 29), orienta las disposiciones de los artículos 1911, 1925, 1010 y 737 del Código Civil y 867, 962 y 872 del Código de Comercio, cuyo contenido parcialmente reprodujo con el propósito de establecer que el *ad quem* debió aplicarlas acorde con el artículo 8 de la citada Ley 153, ya que, en su criterio, no le es dable al juez excusarse de decidir un asunto pretextando ausencia de texto legal.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Apoyado en el dictamen pericial practicado en esta actuación, el censor, luego de ofrecer las operaciones aritméticas que creyó pertinentes, aseguró que, "Ample inició el proceso ejecutivo cuando sólo se le debía el 3% del precio pactado en la promesa, equivalente al 5% del precio pactado en la escritura", o, en otras palabras, que la demanda ejecutiva se interpuso el 7 de septiembre de 1984, cuando "sólo la letra número 11 se encontraba vencida, es decir, se encontraba en mora un saldo por capital de \$138.888.88", al paso que el precio de la negociación alcanzaba la cifra de \$4'575.000.00" (el subrayado pertenece al texto original, fl 38).

Con base en ello, concluyó el censor, el fallo acusado "sin más análisis, fulmina la resolución", sin "parar mientes" en la realidad demostrativa" de las siguientes circunstancias de índole probatoria:

1) Dentro del "proceso ejecutivo, y concomitante con la contestación de la demanda hipotecaria, la demandada consignó lo correspondiente a dos cuotas (letras), así: a) la No. 11 que había vencido el 15 de marzo de 1984 y que era la única vencida al momento de presentación de la demanda; b) la No. 12 que venció en el interregno" (fl 39, cdno 23).

2) Esa consignación "no mereció ninguna atención; el demandante ejecutante ha debido recibirla, si lo que realmente quería era el pago, y el juzgado ha debido aceptarla, a términos del art. 1650 del C.C.", pues "allí había controversia sobre la cantidad y se estaba pagando una cantidad no disputada" (fl 40, *ib*).

3) La referida ejecución "transcurrió con la disputa de la cantidad debida y terminó **con la sentencia desestimatoria de las excepciones ... ejecutoriada esta, la demandada consignó el total adeudado el 7 de septiembre de 1993 ... Ample desistió el 30 de junio de 1993 ... el desistimiento había sido rechazado por auto de fecha 2 de julio de 1993 ... y tan solo vino a ser aceptado, por la vía de la apelación por auto cuya fecha no es legible, notificado el 23 de mayo de 1994. Por consiguiente la consignación de lo adeudado se hizo cuando aún estaba vigente el ejecutivo hipotecario**" (fl 40).

En palabras del censor, "las pruebas indicadas obran en el proceso legal y **oportunamente aportadas han de ser apreciadas 'en conjunto' como lo dispone** el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, que también se dejó de aplicar. Si el fallador las hubiere tenido en cuenta en su plena realidad demostrativa, habría concluido que la falencia de Ana Gladys de Beltrán ocurrió en UNA cuota, constitutiva **de una 'ínfima parte' del precio**" y además, **que esa contratante "siempre mantuvo su ánimo serio de perseverar en el negocio y de pagar, como se evidencia con las consignaciones que estuvieron a órdenes del demandante Ample y que éste no se allanó a recibirlas, ni siquiera hizo la mas mínima mención a ellas"** (fl 41 *ib*).

Como consecuencia de lo anterior, pidió el recurrente que como el Tribunal, finalmente, se equivocó al aplicar los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, su fallo debía ser

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

casado, para que la Corte, en sede de instancia, confirmara el pronunciamiento del *a quo*, aunque "por otros motivos".

CONSIDERACIONES

En apretada síntesis, en este cargo el censor le endilga al Tribunal error de hecho por no deducir que el actor había abusado de su derecho de resolver el contrato siendo que la demandada sólo había incumplido un mínima parte del precio acordado, y desconoció además que la demandada "siempre mantuvo su ánimo serio de perseverar en el negocio y de pagar, como se evidencia con las consignaciones que estuvieron a órdenes del demandante Ample y que éste no se allanó a recibirlas" (fl 41, cdno 23). Al punto acusa al Tribunal de haber apreciado erróneamente varias pruebas, alusivas a anterior proceso ejecutivo en el que el demandante intentó el cobro coactivo del saldo adeudado por el demandado, pruebas de las que, en su criterio, se desprende con diafanidad el pretendido abuso del derecho del demandante.

Hay que advertir que el Tribunal no se detuvo expresamente a examinar si el incumplimiento de la demandada recaía sobre una parte ínfima del precio convenido por las partes con relación al precio materia de la disputada compraventa, ni si -de verificarse esa hipótesis- la acción resolutoria no podía salir adelante. Mas cabe pensar, que al encontrar procedente la declaración de resolución de la compraventa, implícitamente el Tribunal hubo de reconocer que el incumplimiento aducido por el vendedor era suficiente para aplicar el anunciado efecto resolutorio.

Ahora bien, es cierto que la Corte, con toda precisión, ha sostenido que "en rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra" y que, "como lo expresa José Mélich Orsini en su obra intitulada "La Resolución del Contrato por Incumplimiento",... el criterio que debe guiar a los juzgadores "tendrá que ser razonado a partir del argumento de que el incumplimiento debe evaluarse objetivamente, teniendo en cuenta el interés del acreedor que se trata de satisfacer con la conducta del deudor, y que tal interés ha sido ya sustancialmente satisfecho, bastando por ello ahora con la vía del cumplimiento forzoso en especie o por equivalencia, para satisfacer ese residual **interés insatisfecho**" (op. cit. Ed. Temis, 1979, pág. 200) ... De manera que ... para que el rechazo de la acción resolutoria se avenga o sea congruente con la equidad, se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagarlo que el deudor mantuvo siempre; el aquietamiento del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora, que él consintió, etc." (sent. de septiembre 11 de 1984).

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Pero en el caso presente, las argumentaciones dispensadas, *in concreto*, no demuestran el anunciado error de hecho, menos con la intensidad exigida en la esfera casacional, toda vez que para las operaciones aritméticas que se incluyen en el cargo a **efectos de establecer que la demandada sólo “debía el 3% del precio pactado en la promesa, equivalente al 5% del precio pactado en la escritura”**, se describió la situación al momento de la demanda ejecutiva pero no cuando el actor formuló la demanda ordinaria de resolución de la compraventa, que es el *momentum* jurídico que interesa a la jurisdicción tener en cuenta en este caso. Por tanto, no resulta suficiente el esfuerzo argumentativo desplegado para comprobar que el saldo del precio adeudado, para la fecha de la demanda ejecutiva, apenas alcanzaba un 3% del convenido primigeniamente. Aun así, ese 3% tampoco se dio para el momento escogido por el censor, en vista de que cuando el demandante demandó el cumplimiento del saldo adeudado, dio expresa aplicación a la cláusula acceleratoria pactada en la escritura pública contentiva del contrato, y así, no sólo el demandado resultó a deber una cuota – que era la que estaba vencida e insoluta- sino todas las siguientes a la onceava, cuyos vencimientos aún no habían acaecido, pero que fueron anticipados en virtud de la predicha cláusula. Debe recordarse que en el presente proceso se está definiendo la suerte de la demanda ordinaria de resolución contractual y no la ejecutiva, ya agotada en virtud del desistimiento presentado, en su oportunidad, por la parte allí ejecutante. Por manera que, desde esta perspectiva, si bien es cierta la doctrina que se invoca en el libelo casacional, tampoco es menos cierto que el monto de lo adeudado cuando se inició el proceso ordinario, era otro distinto.

En efecto, la demanda ordinaria resolutoria, presentada el 17 de junio de 1993, se fundó en la falta de pago de las letras de cambio (ocho), cuyos vencimientos acaecieron, semestral y sucesivamente, entre el 15 de marzo 1984 y el 15 de septiembre de 1987, giradas por los siguientes montos: las dos primeras, por \$384.000.00 c/u, las dos siguientes, por \$397.500.00, c/u; las dos vencidas en el año de 1986, por \$412.500.00 c/u y las dos últimas, por \$416.850.00, también cada una, lo que totalizó, para el momento en que se formuló la demanda ordinaria, la suma de \$ 3'221.700.00 (fl 37, cdno. 1), cifra que frente al total de la negociación (capital más intereses), no corresponde al 3%, sino a más del 37%, pues el precio más los intereses involucrados en las cuotas antedichas, era de \$8.651.300,00. Un saldo insoluto que, por lo anotado, no puede estimarse de ínfimo, y menos en sede de casación, en donde la aludida estimación debe ser el producto de un error ostentoso del Tribunal, pues dicha calificación es una cuestión de hecho del resorte de esa Corporación, que sólo podrá ser objeto de pronunciamiento de fondo por la Corte, si acusa protuberante y colosal equivocación.

En conclusión, debe señalarse que en la medida en que el error de hecho total que el recurrente explicó e intentó demostrar no pudo cometerlo el Tribunal, según lo dan a entender las anteriores cifras, es patente que el aludido abuso del derecho por demandar la resolución contractual no existió, bajo la perspectiva que el cargo plantea.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Y si se analiza el otro yerro que le endilga el recurrente al Tribunal, a saber, el relativo a que éste no apreció correctamente que la demandada había consignado en el ejecutivo las cuotas onceava y duodécima sin que mereciera alguna atención del demandante, amén de haber consignado el total de lo adeudado cuando aún estaba el proceso ejecutivo vigente, debe señalarse que en efecto, el Tribunal sí apreció en concreto la última consignación, pues de la misma da cuenta en su sentencia cuando señala que **“la consignación que en aquel (el proceso ejecutivo, agrega la Corte) efectuó irregularmente la parte demandada no puede tener los efectos de un pago válido. Dicha consignación por valor de \$5.000.000,00 a que alude la demandada haber hecho en aquel proceso ejecutivo, no obedece a liquidación legalmente efectuada y aprobada y en razón a ello, tal proceso no terminó por pago de la obligación”** (fl 154 cdno 21).

Mas, al margen de las consideraciones del Tribunal, las cuales se enderezaron a desestimar la excepción de pago alegada por la demandada en el proceso ordinario, es lo cierto que dicha Corporación no dejó constancia de haberse planteado un abuso del derecho del demandante por haber iniciado un proceso ordinario de resolución a pesar **de haber tenido “a la mano” la posibilidad del recaudo efectivo del saldo impagado**, dado que la deudora hizo consignaciones en el ejecutivo. Lisa y llanamente el Tribunal consideró que sí tenía derecho el actor para incoar la resolución luego del desistimiento de la pretensión de cumplimiento.

Si se aprecia bien, la respuesta a la crítica que se desarrolla en esta parte de la acusación, implica volver a tratar lo que se analizó en el cargo anterior, a saber: si es posible que el actor reclame la resolución contractual luego de haber desistido del cumplimiento forzado que primigeniamente pretendió. En efecto, en últimas envuelve de muy sugestiva manera, pero con otro cariz, lo mismo que se había argüido en el cargo anterior, en punto de la ineficacia de la pretensión de cumplimiento como requisito para incoar la resolución contractual, pues si se dice ahora que como el actor pudo cobrarse lo que le adeudaban con las consignaciones que la demandada efectuó, y que por no haberlo hecho y en cambio haber preferido resolver el contrato cometió abuso del derecho, es retornar al problema de si ha de acreditarse inexorablemente la ineficacia o inutilidad de la acción de cumplimiento para incoar la resolución. Y ya se examinó que tal exigencia –en sí misma- no la contempla el ordenamiento. Lo que no significa que no pueda darse nunca un abuso del derecho en el ejercicio del *jus variandi*, según ya se dijo, solo que éste supondrá entonces, como todo abuso del derecho de litigar, una actuación sin interés serio, guiada por el ánimo de dañar, temeraria o de mala fe, como lo señala el artículo 72 del Código de Procedimiento Civil, actuaciones de ese talante que –en este caso- no se vislumbran siquiera, con solo afirmar que la demandada consignó y el actor no recaudó. Recuérdese que la Corte ha precisado sobre el punto **que “quien cometa abuso en la elección de las vías de derecho, es decir, en sus actuaciones procesales, también debe indemnizar el daño que cause, mas sólo cuando su proceder haya sido temerario o malicioso”** (G.J. CXLVII, p 82).

Por lo señalado, en consecuencia, el cargo no prospera.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia que el 26 de marzo de 1998, profirió la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por ALEJANDRO AMPLE ALCAYDE contra ANA GLADYS HITSCHERICH DE BELTRAN.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente. Tásense.

Notifíquese

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

MANUEL ISIDRO ARDILA VELASQUEZ

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO

CESAR JULIO VALENCIA COPETE

**CONDICION RESOLUTORIA/PROMESA DE
COMPRAVENTA/MORA/CONTRATO
BILATERAL/ACCION RESOLUTORIA/
RESTITUCIONES MUTUAS**

1. Condición Resolutoria en el contrato de promesa de compraventa.
2. El contratante demandado no está en mora cuando el actor no ha cumplido con sus obligaciones. Cuando ambos contratantes desatenden las cargas recíprocas que les impone el acuerdo, se hace improcedente la resolución.
3. En qué eventos la mora del deudor, presupuesto de la resolución de los contratos bilaterales, toma cuerpo.
4. Efectos que generan la resolución del contrato de promesa de compraventa.

F.F.: C.C. Art.: 1546; 1609, 1608; C. de P.C. Art.: 90

Inciso: 2 ibídem

EXCEPCION/NOVACION

En el presente caso, no se abre paso a la excepción de “novación de la obligación”, por cuanto la intención de las partes al introducir el otro sí del contrato no fue la de sustituir unas obligaciones por otras, sino tan solo la de modificar los plazos para el cumplimiento de las así adquiridas.

F.F.: C.C. Art.: 1687.

Sentencia Sustitutiva:

**DEMANDA DE RECONVENCION/
LITISCONSORCIO NECESARIO**

Improcedencia de la demanda de reconvención, estando de por medio un litisconsorcio necesario.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil— Santafé de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de octubre mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Doctor Nicolás Bechara Salamancas*

Referencia: Expediente No. 3759.

Sentencia N°134

Al haber prosperado el recurso de casación interpuesto por el demandante principal contra la sentencia de 25 de abril de 1991, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por Luis Emiro Linares Bejarano frente a José Manuel Monrroy y Sonia Rodríguez Sánchez, procede la Corte, como Tribunal de instancia, a decidir el recurso de apelación que hizo valer la parte demandada contra el fallo de primer grado expedido el 9 de agosto de 1990 por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Santafé de Bogotá.

ANTECEDENTES

I. Por demanda presentada el 13 de abril de 1989, ante el Juzgado Trece Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, el mencionado demandante solicitó que con audiencia de los referidos demandados se declarase resuelto el contrato de promesa de compraventa celebrado por las mismas partes el 26 de marzo de 1988, en relación con el apartamento 301 de la calle 31 N°14-42 de Santafé de Bogotá; se dispusiese la restitución del bien raíz y el pago del valor de la cláusula penal pactada, a cargo de los demandados y a favor del demandante, al igual que el valor de los frutos civiles y naturales que ha debido producir el inmueble, hasta la fecha de su restitución.

II. Como fundamento de las anteriores pretensiones, citáronse los hechos siguientes:

**a) Con fecha 26 de marzo de 1988 prometió en venta a los demanda-

dos el inmueble referido, pactándose como precio la suma de \$8'500.000, pagaderos en la siguiente forma: \$500.000 el 28 de marzo de 1988; \$1'500.000 el 29 de abril del mismo año; \$3'000.000 el 30 de mayo, también del mismo año, y \$3'500.000 el 26 de septiembre de 1989. Se entregaron cheques para su cobro en esas fechas.

“b) Se convino el pago de \$85.000 mensuales por concepto de intereses sobre el saldo de \$3'500.000, a partir de junio de 1988, dentro de los cinco primeros días de cada período, una vez canceladas las cuotas anteriores.

“c) Los demandados incumplieron desde el primer momento, pues los tres primeros cheques no fueron pagados, por insuficiencia de fondos.

“d) El 8 de junio de 1988 se convino el pago del 50% del valor de la cláusula penal y el pago de los cheques devueltos así: \$1'500.000 el 15 de junio de 1988 y \$3'000.000 el 30 del mismo mes y año, quedando vigente \$1'000.000 por concepto de la cláusula penal, no obstante lo cual los demandados volvieron a incumplir por cuanto el 1º de julio de 1988 hicieron solamente un abono de \$1'000.000 y el 8 de agosto del mismo año pagaron \$2'000.000.

“e) El 8 de agosto de 1988 se adicionó el contrato en el sentido de que los prometientes compradores pagaban \$600.000 como pena, quedando reducida la cláusula penal a \$400.000 para el caso de incumplimientos posteriores.

“f) El 8 de julio de 1988 los prometientes compradores giraron un cheque por \$205.000 para cubrir los intereses por las cuotas de \$3'000.000 y \$2'000.000 que debían haberse cancelado en el mes de mayo, y también para cubrir los intereses del mes de junio de 1988 en relación con el saldo final de \$3'500.000.

“g) El demandante siempre estuvo listo a entregar el apartamento, desde mucho antes de mayo de 1988, entrega que se hizo solamente el 9 de agosto de ese año, en razón de que los demandados hasta entonces completaron la suma de \$5'000.000.

“h) Los demandados continuaron incumpliendo el contrato por cuanto

no pagaron los \$85.000 mensuales previstos como intereses a partir del mes de julio de 1988.

III. Enterados los demandados de las pretensiones del demandante contestaron oponiéndose a las mismas, contra las que propusieron las excepciones que denominaron: novación, incumplimiento del demandante, cumplimiento de los demandados, modificación del contrato, falta de causa, dolo y fraude contractual. Por separado demandaron en reconvencción, alegando incumplimiento del contrato por el prometiente-vendedor y pidiendo la resolución de dicha convención, con las consiguientes restituciones mútuas y el pago de la cláusula penal. En subsidio, solicitaron se ordenase la suscripción de la escritura pública de compraventa. Previa inadmisión por el Juzgado de la demanda de mútua petición, se excluyó de la misma a Sonia Rodríguez Sánchez, como demandante en reconvencción.

IV. Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia de 9 de agosto de 1990, mediante la cual se acogieron las pretensiones de la demanda principal, se denegaron las excepciones formuladas contra la misma e igualmente las pretensiones de la demanda de mútua petición.

V. Inconforme la parte demandada con la decisión del a-quo, en la debida oportunidad interpuso recurso de apelación, el que procede la Corte a resolver como Tribunal de instancia, ante el hecho de haberse casado la sentencia de segundo grado y haberse incorporado al litigio los elementos de convicción ordenados de oficio.

CONSIDERACIONES

1. Por cuanto el derrumbamiento de la sentencia del Tribunal, en virtud de la prosperidad del recurso de casación, comprende únicamente las decisiones del ad-quem alusivas a la demanda principal, corresponde a la Corte, en este fallo sustitutivo, ocuparse de esos pronunciamientos, dejando a salvo las resoluciones que no fueron combatidas y que no son consecuencia directa de la pertinente enmienda.

2. Siendo, como se sabe, *el contrato de promesa de compraventa de naturaleza bilateral, en él tiene cabida la condición resolutoria, a*

términos de la cual el incumplimiento de las obligaciones de cargo de una de las partes, coloca a la otra, si cumplidora de las que le incumben, en posición de poder solicitar la resolución de esa convención, con fundamento en el artículo 1546 del C.C., norma de cuyo tenor literal se desprende que “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado... Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

3. De manera que si con arreglo al artículo transcrito, el contratante cumplido tiene derecho a la resolución con indemnización de perjuicios, y si en armonía con el artículo 1615 del C. C. se debe la indemnización de perjuicios desde cuando el deudor se ha constituido en mora, es sin duda porque la resolución de los contratos bilaterales sólo puede decretarse cuando el contratante incumplido está en mora de satisfacer la prestación a su cargo. Además, es pertinente dejarlo en claro, para el buen suceso de la acción resolutoria proveniente del artículo 1546, no basta simplemente el incumplimiento de las obligaciones del contratante demandado, sino que, según se indicó, es preciso que el actor haya cumplido las suyas, pues al tenor del artículo 1609 del C.C. en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla o no se allane a cumplirlo por su parte en la forma y oportunidad acordadas.

4. Concordando, pues, los artículos 1546 y 1609 del C. C., habría que concluir que el contratante demandado no está en mora cuando el actor no ha cumplido con sus obligaciones, y que cuando ambos contratantes desatienden las cargas recíprocas que les impone el acuerdo, lógicamente se hace improcedente la resolución, quedándole a las partes otros correctivos jurídicos para la aniquilación del convenio.

5. La mora del deudor, presupuesto de la resolución de los contratos bilaterales, toma cuerpo en los siguientes eventos previstos por el artículo 1608 del C. C.:

“1º. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

“2°. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;

“3°. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor” (confrontar artículo 90, inciso 2°, C. de P.C.).

6. Descendiendo al caso litigado y como lo puso de presente la Corte al despachar en forma favorable la demanda en casación, los prometientes compradores aquí demandados, José Manuel Monroy Rojas y Sonia Rodríguez Sánchez, incumplieron su obligación de pagar, mes a mes, la suma de \$85.000 por concepto del saldo del precio adeudado (\$3'500.000), obligación que, cual se sabe, asumieron en el contrato de promesa de compraventa que suscribieron con el actor Luis Emiro Linares Bejarano, para que tuviera cumplimiento a partir de la fecha de entrega del correspondiente inmueble, hecho éste que, también se dejó expuesto en su oportunidad, ocurrió el 9 de agosto de 1988 (fl. 52 este cuaderno).

Adicionalmente, el elenco probatorio del proceso pone de presente que los demandados incurrieron en mora de cumplir el preanotado compromiso, pues, justo es además reconocerlo, la conducta contractual del actor no introdujo, con arreglo al artículo 1609 del C. C., ningún factor enervante del fenómeno citado. Por ende, la pretensión resolutoria deprecada está llamada a prosperar, con desestimación, por contera, de las excepciones de “incumplimiento del demandante a recibir el pago”, (se refiere al de los intereses por el saldo del precio equivalente a \$3'500.000, se agrega), “falta de causa en el demandante para exigir la resolución del contrato”, “modificación de los términos del contrato” y “dolo y fraude contractual”. Además, por cuanto la intención de las partes al introducir los otros sí del contrato no fue la de sustituir unas obligaciones por otras, sino tan solo la de modificar los plazos para el cumplimiento de las así adquiridas, tampoco se abre paso la excepción de “novación de la obligación”, propuesta así mismo por los demandados.

7. En vista de que, como aquí ha sucedido, los efectos propios de la resolución del contrato de promesa de compraventa aludido no solo generan para los contratantes la exoneración de la obligación de concurrir a la celebración del contrato prometido, sino que las prestaciones que son anticipo del contrato prometido quedan sin causa, es razonable que las cosas vuelvan a su

estado anterior, lo cual significa que cada uno de los contratantes deberá restituir lo que hubiese dado o recibido en razón de las obligaciones pactadas.

Así, los demandados deben restituir al actor el inmueble prometido en venta, junto con los frutos civiles y naturales producidos o que dicho bien pudo producir, al paso que este último debe devolver a aquellos la parte del precio y los intereses pagados.

En cuanto al precio y a los intereses que el demandante debe restituir, es preciso señalar que, no obstante ser éste el contratante cumpliente, las sumas de dinero que recibió por esos conceptos debe devolverlas con corrección monetaria, habida cuenta que en esos precisos términos se le ordenó hacer esa restitución en la sentencia de primera instancia, sin que el actor se hubiese dolido de esa condena y menos hubiera recurrido de ella, conductas de las que por fuerza se impone deducir su aceptación a la misma, con más veras si en el alegato que presentó en el trámite de la segunda instancia (fls. 9 y 10 C. 4) se limitó a solicitar al Tribunal la conformación de esa sentencia. De manera que esa específica carga habrá de mantenerse en esta decisión.

En orden, pues, a la revalorización de las sumas de dinero a restituir por parte del actor, preciso es señalar que los abonos al precio e intereses pagados por los prometientes compradores al prometiente vendedor, se hicieron de la siguiente manera: \$500.000 el día 8 de junio de 1988 (confrontar contestación de los hechos 4, 5 y 6 de la demanda, fl. 34 C. 1); \$1'500.000 el 15 de junio de 1988 (contestación al hecho 7 de la demanda, fl. 34 C. 1); \$1'000.000 el 1° de julio de 1988 (contestación hecho 7 de la demanda); y \$2'000.000 el 8 de agosto de 1988 (contestación hecho 7 de la demanda). El prometiente vendedor recibió además de los prometientes compradores, la cantidad de \$205.000 el 8 de julio de 1988 (contestación hecho noveno de la demanda, fl. 35 C. 1), por concepto de intereses.

9. Para la actualización de esos valores y la determinación de los frutos producidos por el inmueble a restituir, la Corte decretó, oficiosamente, prueba pericial. En relación con lo primero, los expertos, apoyándose en los índices de variación de precios al consumidor certificados por el DANE y que obran en el proceso, procedieron de la siguiente manera (fls. 11 y siguientes del cuaderno 2 de la actuación de la Corte): tomaron cada una de las sumas a restituir reservándolas a la fecha que corresponde el índice 0.0000 certificado por el DANE (noviembre de 1969 — certificado N° 00003, folio 86 C. 2 de la

Corte), para obtener la base o la suma equivalente de cada una de las cantidades a restituir, a la fecha reservada de noviembre de 1969, cuando el índice del DANE era cero (0.000). En apretada síntesis, para obtener con exactitud el punto de partida del ajuste monetario (la base), los peritos hicieron la reversión comentada para cada una de las cantidades a restituir, utilizando el índice vigente del mes inmediatamente anterior al de la fecha en que ellas se pagaron al prometiende vendedor, obteniendo con cada uno de esos valores la base correspondiente al mes de noviembre de 1969, base a la que le sumaron la variación ocurrida entre la fecha del pago y la del último índice certificado (base + variación), obteniendo esta última de multiplicar la base por el índice final certificado, dividiendo por ciento (100), pues ésta corresponde a la devaluación porcentual ocurrida entre las dos fechas. De esa manera, y en relación con los primeros \$500.000 a restituir por parte del prometiende vendedor, quien los recibió, como se dijo, el 8 de junio de 1988, los peritos cumplieron los siguientes pasos.

a) Base = $\frac{\$500.000}{1 + \text{índice a mayo de 1988}/100}$ (columna extremo derecho del folio 90 C. 2).

$$\text{base} = \frac{\$500.000}{1 + 3.290,97/100} = \frac{500.000}{33,9097}$$

$$\text{base} = \$14.745,04$$

Los \$500.000 de junio de 1988 equivalen entonces, cumplida la reversión, a \$14'745,04 en noviembre de 1969, cuando el índice certificado por el DANE es cero (0.000).

$$\begin{aligned} \text{b) variación} &= \frac{\text{base} \times \text{índice final (fl. 91 C. 2 Corte)}}{100} \\ &= \frac{14.745,04 \times 12.083,08}{100} \end{aligned}$$

$$\text{variación} = \$1'781.654,90$$

$$\text{Actualización} = \text{base} + \text{variación} = 14.745,04 + 1'781.654,90$$

$$\text{Actualización} = 1'796.399,94$$

Repitiendo dicho procedimiento, los peritos actualizaron las sumas restantes recibidas por el prometiende vendedor, a saber: \$1'500.000 (15 de junio de 1988), \$1'000.000 (1° de julio de 1988), \$2'000.000 (8 de agosto de 1988), y \$205.000 (8 de julio de 1988), operaciones al cabo de las cuales conceptuaron que dichas cantidades, debidamente revalorizados, equivalen, en su orden, a \$5'389.201,23; \$3'534.801,22; \$6'943.864,57; y \$724.633,76; cifras que sumadas a la anterior (\$1'796.399,94) ascienden a un gran total de \$18'388.900,72 (fl. 13 C. 2 actuación Corte). Este último guarismo es el que deberá restituir el demandante a los demandados por concepto del precio e intereses de éste (ya revalorizados), por él recibidos, pues para la Corte el dictamen pericial es atendible en este punto no sólo porque no mereció reparo alguno por parte de los litigantes, cuanto porque ello se impone al tenor del artículo 241 del C. de P. C.

10. De otra parte, ninguna restitución se ordenará hacer al prometiende vendedor en razón de los \$1'600.000 que, conforme a los "otro si" del contrato de promesa de compraventa, le cancelaron los prometiendes compradores a título de cláusula penal pactada en él (hechos 6 de la demanda de reconvención y de su contestación; folios 8 y 20 cuaderno 2; e interrogatorio de parte absuelto por el actor, folio 70 C. 1), por cuanto ese pago representa el monto, anticipadamente convenido, de los perjuicios sufridos por aquél con los incumplimientos iniciales de los demandados y así resarcidos por el libre acuerdo de las partes.

11. Relativo al monto de los frutos que los demandados deben restituir al actor, es pertinente manifestar que, para no quebrantar el principio prohibitivo de la reformatio in pejus (artículo 357 C. de P. C.), se respetará el valor de los \$2'040.000 en que éstos fueron fijados en la sentencia de primera instancia y respecto del período transcurrido hasta cuando ella fue pronunciada (9 de agosto de 1990), pero se incrementará en el guarismo obtenido por el mismo concepto en el dictamen pericial decretado de oficio por la Corte, en cuanto atañe al período subsiguiente que no tuvo en cuenta aquél proveimiento. Es de ver, por tanto, que en el aludido dictamen, los peritos, apoyándose igualmente en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, cuantificaron esos frutos de la siguiente manera (fl. 17 C. 2 Corte).

"8 agosto 1990 a 7 agosto 1991	\$1'578.003,80
"8 agosto 1991 a 7 agosto 1992	\$1'830.864,00
"8 agosto 1992 a 7 agosto 1993	\$2'164.880,00
"8 agosto 1993 a 7 agosto 1994	\$1'222.156,30".

Traídas a valor presente por los peritos esas sumas de dinero mediante el procedimiento y técnica de la reversión ya vistos (fl. 19 C. 2 de la Corte), ellas alcanzan, en su orden, estas cifras: \$2'590.334,74; \$2'360.659,30; \$2'300.162,90; y \$1'222.156,30, para un monto de \$8'473.313,24, que esta Sala encuentra pertinente apreciar habida cuenta de la admisible fundamentación de la pericia, y cuyo importe una vez sumado al que por el mismo concepto estableció el a-quo en su sentencia (frutos civiles y naturales), arroja un gran total de \$10'513.313,24, que es en definitiva la cantidad que los demandados deberán restituir por dicho rubro.

*12.No es pertinente resolver de mérito sobre la demanda de reconven-
 ción, pues estando de por medio un litisconsorcio necesario entre las par-
 tes del proceso, determinado éste por la mediación del contrato preparato-
 rio, la solicitud de resolución en aquella deprecada fue elevada únicamen-
 te por el demandado José Manuel Monroy Rojas, es decir, que dejó de
 comprender a la también demandada y prometiente compradora Sonia
 Rodríguez Sánchez, circunstancias que hacen imposible en esta instancia
 una decisión de fondo relativa a las pretensiones deducidas en el referido
 libelo, y que imponen, obviamente, un pronunciamiento inhibitorio, como
 el que en efecto se proferirá.*

13.Ningún otro pronunciamiento cabe hacer en torno al litigio.

DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

1°. CONFIRMAR los numerales segundo, tercero y quinto de la sen-

tencia de primera instancia, pronunciada por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, el 9 de agosto de 1990.

2°. CONFIRMAR igualmente los literales a) y b) del numeral cuarto de la misma sentencia.

3°. REVOCAR el numeral primero de la citada sentencia del a-quo para, en su lugar, inhibirse de hacer pronunciamiento en relación con la demanda de reconvención presentada por el demandado José Manuel Monroy Rojas.

4°. REVOCAR el literal c) del numeral cuarto de la aludida sentencia del a-quo, para CONDENAR, en su reemplazo, al demandante Luis Emiro Linares Bejarano a restituir a los demandados José Manuel Monroy Rojas y Sonia Rodríguez Sánchez la cantidad de \$18'388.900,72, por concepto de precio e intereses, ya revalorizado, que de ellos recibió.

5°. CONDENAR a los demandados a pagar las costas de la segunda instancia.

6°. Autorizar a las partes para hacer las compensaciones a que haya lugar.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Pedro Lafont Pianetta, Nicolás Bechara Simancas, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Héctor Marín Naranjo, Rafael Romero Sierra

MUTUO DISENSO TACITO

No tiene una regulación orgánica en el Código Civil. La jurisprudencia llena este vacío y para ello acude a los artículos 1602 y 1625 mas no al artículo 1546 que presupone un contratante cumplido. El mutuo disenso mantiene vigencia como mecanismo para disolver un contrato que se ha incumplido por ambas partes y ante la inocultable posición de no permanecer atado al negocio.

CONDICION RESOLUTORIA TACITA

Precisiones sobre los alcances del artículo 1546 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández*.

Bogotá, D.E., 16 de julio de 1985.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 25 de marzo de 1982, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario de Francisco Ruiz Mosquera contra Antonio Malaver, por virtud de la cual se revocó la de primer grado dictada por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá con fecha 23 de enero de 1981. En la de primera instancia se declaró probada la excepción de contrato no cumplido propuesta por el prometiende comprador demandado y se denegaron por falta del presupuesto demanda en forma las pretensiones de la demanda de reconvencción. En la segunda instancia, objeto de la censura en casación, se declaró resuelto el contrato de promesa de compra-venta a instancias del vendedor, sin indemnización de perjuicios, ante el supuesto de hecho de incumplimiento mutuo, y nada se dijo respecto de la demanda de reconvencción.

I ANTECEDENTES

Ruiz Mosquera prometió vender a Malaver y éste se obligó a comprar un lote de terreno de aproximadamente tres hectáreas, denominado "Los Mosqueteros", ubicado en la parcelación San Antonio del Municipio de

Viotá, distinguido en el plano de la misma con el número 191, cuyos linderos se indicaron en el contrato de promesa y en las demandas. El precio fue la cantidad de \$ 200.000. La promesa se suscribió el 5 de octubre de 1974 y en ella se estipuló que el pago se haría así: \$ 50.000 el 1º de noviembre de ese año; \$ 50.000 el 2 de enero siguiente; \$ 50.000 el 1º de marzo y \$ 50.000 el 1º de mayo fechas todas de 1975. Sobre las dos últimas cuotas se pagarían intereses al 1.5% mensual a partir del 2 de enero de ese año.

La escritura que perfeccionara el contrato prometido se debió otorgar el día 30 de mayo de 1975, a las 10:00 a. m., en la Notaría Once de Bogotá.

II. EL LITIGIO

1. En escrito de 10 de octubre de 1978, que por reparto correspondió al Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá, Francisco Ruiz Mosquera demandó a Antonio Malaver Ruiz, para que por los trámites de un proceso ordinario, se declare resuelto el contrato de promesa celebrado el día 5 de octubre de 1974, que se ordenen las restituciones de rigor y, por último, la condena en las costas del proceso.

2. Adujo el demandante, luego de referirse al contrato de promesa de compraventa, que el precio pactado fue de \$ 200.000, que el prometiente comprador se obligó a pagar de la siguiente manera: “\$ 50.000 el día 1º de noviembre de 1974; \$ 50.000 el 2 de enero de 1975; \$ 50.000 el 1º de marzo de 1975; y \$ 50.000 el 1º de mayo de 1975. Sobre cada una de las cuotas de \$ 50.000 por pagarse el 2 de enero y el 1º de marzo de 1975, el prometiente comprador pagará al prometiente vendedor un interés mensual del 1.5% que se causará a partir del día dos de enero de 1975, sobre los saldos insolutos”. “El señor Antonio Malaver, no pagó los susodichos instalamentos en la forma y fecha convenidas en la promesa. En efecto, el prometiente comprador pagó al demandante las cuotas siguientes, así: \$ 50.000 el día 24 de enero de 1975; \$ 5.000 el 11 de febrero de 1975; \$ 45.000 el 21 de febrero de 1975; y \$ 10.000 el 26 de agosto del mismo año. Por lo demás, tampoco pagó los intereses sobre los saldos insolutos en la forma convenida”, y que con cargo al precio el prometiente comprador se comprometió a pagar “el saldo de capital correspondiente al crédito a favor de la Caja Agraria”, que tampoco cumplió; que le hizo entrega a título de tenencia el inmueble prometido en venta; que el demandado no concurrió a la Notaría para otorgar la escritura pública respectiva; que la inejecución sistemática de las obligaciones a cargo del demandado es indicativa “de la retractación” por parte de éste; que la conducta del demandado fue causa para que él “desistiera de la celebración de la compraventa prometida”; y que todas esas circunstancias son suficientes para dar por desistido tácitamente el contrato por ambas partes.

3. El demandado, por medio de procurador judicial, se opuso a las pretensiones del actor. Aceptó unos hechos, negó todos aquellos que se referían al incumplimiento de su parte de las obligaciones de la promesa de compraventa. Afirmó, por el contrario, que el incumplimiento provino del demandante. Propuso las excepciones de “no cumplimiento del contrato” y “de inexistencia de la obligación y falta de título para demandar”.

Así mismo, demandó en reconvencción para que se declarara que con Francisco Ruiz Mosquera celebró el 5 de octubre de 1974 el contrato de

promesa de compraventa en el que se pactó como precio la suma de \$ 200.000, que pagó en su totalidad así: “El día 5 de octubre de 1974 la suma de \$ 50.000. El día 24 de enero de 1975 la suma de \$ 50.000. El día 11 de febrero de 1975 la suma de \$ 50.000. El día 21 de febrero de 1975 la suma de \$ 45.000. El día 26 de agosto de 1975 la suma de \$ 10.000”. Que Ruiz Mosquera “está obligado a otorgar los títulos de propiedad”, o sea, suscribir la escritura pública de compraventa correspondiente. Como hechos señaló, básicamente, que cumplió con todas las obligaciones nacidas del contrato en referencia: pago del precio y concurrencia a la Notaría.

4. A la demanda de reconvención se opuso Ruiz Mosquera. Negó que Malaver Ruiz hubiese pagado el precio en la forma convenida, que apenas cubrió la suma indicada en la demanda principal, y que tampoco aquél se presentó a la Notaría escogida para otorgar la escritura respectiva.

La demanda de reconvención invoca como causa para pedir que el demandado prometiende comprador cumplió en exceso su obligación de pagar el precio y que concurrió a la Notaría en el día y hora dichos y que, por tanto, el único incumplido ha sido el prometiende vendedor. Con fundamento en ello solicita se condene a éste a cumplir la promesa.

III. LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA

La sentencia de primera instancia denegó las súplicas de la demanda principal con fundamento en que el demandante también había incumplido, motivo por el cual declaró próspera en favor del demandado la excepción de contrato no cumplido, “situación que relevó al demandado del cumplimiento de sus propias obligaciones” (folio 81). Y en cuanto a la demanda de reconvención el Juzgado se declaró inhibido para fallar en el fondo por estimar que carece del requisito formal, por no ser lo pedido objeto de proceso ordinario.

De esta decisión apeló exclusivamente el demandante, lo cual implica que el demandado se conformó con el fallo inhibitorio recaído a su pretensión.

El Tribunal revocó el fallo apelado con fundamento en la siguiente argumentación: “Considera la Sala que en el caso *sub judice* se patentiza el incumplimiento del contrato por parte del demandante y en parte por el demandado. Lo cual no es óbice, según los planteamientos estudiados y acatando la doctrina más reciente de la Corte (la del mutuo disenso de 5 de noviembre de 1979), para acceder a decretar la resolución del contrato, ya que la excepción de contrato no cumplido, no alcanza a enervar el decreto de las prestaciones mutuas respectivas. Sólo da lugar para no decretar perjuicios por la mora”. Sobre la demanda de reconvención el *ad quem* tuvo ocasión de referirse en la parte motiva de la sentencia, en los términos que se señalarán más adelante.

IV. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Tres son los cargos que el recurrente formula contra la sentencia de segundo grado, todos al amparo de la causal primera del artículo 368 del

Código de Procedimiento Civil, que la Corte ha de estudiar no en el orden presentado sino de acuerdo a la lógica de un pronunciamiento.

Primer cargo. Estima el censor que el Tribunal dejó de aplicar los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, 1546, 1609, 1610, 1613 a 1617, 1603, 1604, 1605, 1608, 1502, 1602, 1551 a 1555, 1139 del Código Civil, 223 del Decreto 960 de 1970, 1857, 1861, 1862, 1880, 1881, 1882, 1884, 1887, 1889, 1893 a 1913, 1914 a 1927, 1929 del Código Civil, 861, 822, 870, 871, 922, 924, 925, 928, 942 del Código de Comercio, 174, 304, 305, 306, 392, 501 del Código de Procedimiento Civil.

Para el casacionista el Tribunal, no obstante haber expresado en la parte motiva de la sentencia su conformidad con las apreciaciones del *a quo* de que la demanda de reconvención propuesta por el demandado contiene una indebida acumulación, dejó, al momento de fallar, sin piso la decisión inhibitoria contenida en la sentencia de primer grado, por cuanto la revocó sin pronunciarse sobre el particular. Para el censor la solución hubiera sido la de “reconocer la excepción de incumplimiento que alegó el demandado y de prosperidad de las pretensiones de su contrademanda”.

Concluye en este cargo que el Tribunal incurrió en error judicial *in iudicando* “toda vez que su actitud constituye yerro de derecho al desconocer la vigencia de las normas prenombradas constitutivas de la premisa mayor del silogismo, cuya inaplicación se traduce en desconocer, en primer lugar, la validez de los contratos”.

SE CONSIDERA

1. Observa la Corte que frente al pronunciamiento inhibitorio del *a quo* el demandado no se opuso, guardó silencio, esto es, no demostró su inconformidad, quizá asistido de la circunstancia de que había prosperado la excepción de contrato no cumplido, que en su posición procesal le era favorable; pero lo cierto es que esa conducta se ha de reflejar, también, en una consecuencia: la aceptación al calificativo y estimación dado por el Juzgado de instancia de inepta a la demanda de reconvención, que pretendía el cumplimiento o ejecución del contrato. Entonces, esta decisión quedaba al margen de la apelación, cualquiera que hubiera sido la decisión del *ad quem*, por cuanto no podía ser objeto, luego, de impugnación posterior al haber concluido en este punto específico cualquier inconformidad.

2. Mas no podía infringir el Tribunal las normas acusadas puesto que al decidir sobre la disolución del contrato, incorporaba, así mismo, todos los argumentos para desestimar la demanda de reconvención que se dirigía en sentido opuesto, vale decir, para deprecar el cumplimiento de la promesa de compraventa. Por eso, en la parte motiva expresó su conformidad con el pronunciamiento inhibitorio del juzgador de primera instancia, sin referirse en la resolutive al punto reconvenido. Con todo el Tribunal fijó los alcances de la contrademanda cuando dijo:

“Interpretando en la forma más favorable la demanda se colige que en su petición primera solicita una declaración de cumplimiento, cuya tramitación corresponde encasillarla dentro del procedimiento ordinario. Y en las

súplicas posteriores propuestas de manera antitécnica ejercita acciones tendientes a la ejecución naturaleza (sic) de una obligación de hacer”.

3. Además, el ataque que se hace en este cargo se dirige a mostrar la violación directa de las normas sustanciales mencionadas en la censura, esto es, que se infringieron los preceptos acusados con prescindencia de cualquier factor probatorio que hubiera jugado un papel importante en la decisión del Tribunal. Y tal como está planteada la impugnación ello no es posible, porque si se persigue que se reconozca la excepción de contrato no cumplido y la prosperidad de las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención, habría que combatirse la sentencia por la vía indirecta atendida la conclusión a que llegó el *ad quem* para sostener el mutuo incumplimiento y la consiguiente disolución del contrato de promesa de compraventa, cuya validez reconoció.

Impróspero el cargo.

Tercer cargo. Estima el recurrente, que se han violado los artículos 1602 y 1546 del Código Civil, por indebida aplicación y por falta de aplicación de los artículos 1546 en cuanto autoriza pedir el cumplimiento del contrato, 89 de la Ley 153 de 1887, 1609, 1610, 1613 a 1617, 1603, 1604, 1605, 1608, 1502, 1551 a 1555, 1139, 1857, 1861, 1862, 1880, 1881, 1882, 1884, 1887, 1889, 1893 a 1913, 1914 a 1927, 1929 del Código Civil; 223 del Decreto 960 de 1970, 861, 822, 870, 871, 922, 925, 928, 942 del Código de Comercio; 174, 304, 305, 306, 392, 501 del Código de Procedimiento Civil. Para el casacionista el Tribunal incurrió en evidente error de hecho en la apreciación de las siguientes pruebas:

- a) De mutuo disenso de las partes;
- b) De inexistencia del testimonio de Ruth Ramírez de Salcedo y María Mélida Uribe Mejía;
- c) De interpretación errónea de la demanda de reconvención, y
- d) De interpretación errónea de las cláusulas del contrato de promesa de compraventa.

Para el censor, la conclusión de “desistencia del contrato de promesa de compraventa está apoyada en fundamentos erróneos de apreciación de las pruebas, puesto que la conducta mostrada por el demandado fue la de que se cumpliera el negocio prometido, tal como se aprecia con las declaraciones aportadas al proceso, la de pago y la de su concurrencia a la Notaría 11 de Bogotá, acordada para el otorgamiento de la escritura pública respectiva”. Así mismo se queja de que el Tribunal vio una confesión que no existe en el proceso, la del demandado y, en cambio, no reparó en la del demandante, y que lo llevó al yerro anotado. Y, luego, afirma:

“Al no existir la prueba del mutuo incumplimiento y deducir de él la recíproca voluntad de terminar el contrato, se hacía imperativo valorar la promesa de compraventa y tomar en cuenta el orden en que las prestaciones debían cumplirse en el tiempo. Se habría encontrado, entonces, que antes de concurrir a la Notaría el prometiende vendedor debía suministrar unos documentos al prometiende comprador y él confiesa que no los entregó. De manera que quien primero incurrió en mora fue el vendedor. Por consiguiente, debía prosperar la excepción alegada por el demandado y prosperar, además, su demanda de reconvención. Eso no ocurrió ante los errores

evidentes de hecho del sentenciador, entre otros al apreciar la precitada promesa. El fallador no vio sino las obligaciones de concurrir a la Notaría. Pero en primer lugar, en el texto está claro que las prestaciones tenían un desarrollo en el tiempo y, en segundo, que el prometiende comprador demostró que concurrió a la Notaría, prueba configurada por su propio dicho y el de la testigo María Mérida Uribe Mejía, pruebas idóneas para demostrar el hecho ya que la ley no exige prueba solemne para acreditarlo”.

Para el recurrente el incumplimiento, en orden a los deberes contractuales, provino del demandante, mas no del demandado. Y mal hizo, entonces, el Tribunal, en dar cabida a la resolución del contrato, cuando se estaba frente a situaciones fácticas y de derecho, que permitían una solución acorde con la demanda de reconvención.

SE CONSIDERA

1. *Es sabido que el mutuo disenso es una forma de disolución de un contrato por voluntad concordante de las partes. Pero esta forma de destrucción del vínculo surge cuando se acuerda por los otorgantes (será entonces mutuo disenso expreso) o cuando el querer de los contratantes, que inicialmente se expresa para crear el nexo negocial, se dirige en sentido contrario y negativo, sin declaración de voluntad directa sobre el particular (será mutuo disenso tácito). Uno y otro muestran su fundamento práctico en la conveniencia recíproca de anotar el vínculo jurídico por motivos sobrevinientes, pero con la diferencia de que cuando la voluntad se expresa por las partes, en ese sentido, los actos realizados guardan correspondencia con la disolución del negocio, en las condiciones que ellos mismos precisan, mientras que en el tácito, no se dan los instrumentos definitivos por los otorgantes.*

2. *El mutuo disenso tácito no tiene una regulación orgánica en el Código Civil, que permita determinar sus efectos o la forma de llegar al aniquilamiento del negocio jurídico. Tan solo queda abierta la regla general de la disolución del nexo jurídico creado. Empero, ante ese vacío normativo, no se pueden dejar sin solución aquellas situaciones que dan a comprender un abandono recíproco de las prestaciones. El esfuerzo que se haga por darle una aplicación tiene que consultar la realidad jurídica del país y, en particular, la conveniencia del tráfico, porque si se celebra un contrato es para cumplirlo; pero si, en el evento del comportamiento posterior de los contratantes, se da a entender lo contrario, no puede quedar estancado sino que requiere la intervención del Juez, a falta de una fórmula especial.*

3. *¿Y cómo se ha de alcanzar, entonces, la intervención judicial? Hay que pensar que no es el artículo 1546 el que confía su preceptiva para encontrar la solución, porque este texto legal gobierna de manera concreta la forma sustancial de liberarse del negocio como corolario de que el que no cumple le permite al otro demandar la destrucción del vínculo, con la exigencia de los perjuicios. El incumplimiento de un contratante legitima la pretensión de resolución. Por eso, el instituto de la resolución, consagrado en el artículo 1546, no puede aplicarse a los casos de incumplimiento recíproco, que supone un desinterés por mantener las consecuencias del contrato.*

Es que el artículo 1546 está montado sobre la base de que si un contratante contraviene lo pactado da derecho para instar la resolución o el cumplimiento: ¿y a quién le concede esa facultad? Sencillamente al otro contratante que ha aportado una conducta jurídica, esto es, de parte cumpliente. No cabe duda alguna, que la acción alternativa que enuncia la norma en comento sólo se ofrece para el contratante que ha observado, dentro del marco negocial o legal, las obligaciones a su cargo. Por esa misma razón se permite, como consecuencia inevitable, que se reclamen los perjuicios, a manera de compensación por los menoscabos patrimoniales que se derivan de la inobtención de los resultados. Es la función equilibradora de la resolución que se entiende en beneficio del que ha cumplido.

4. Cuando se dan las circunstancias de desatención, recíprocamente imputables a ambas partes, deberá acudir al artículo 1602, en cuanto previene que un contrato puede invalidarse o, mejor, disolverse por el consentimiento mutuo; esto es, para convenir que cuando se ofrece el incumplimiento recíproco, por las conductas negativas de los contratantes, pueda alguna de ellas, no permanecer vinculada a un negocio. Entonces, las prestaciones, contenido propio del contrato, deben ser atendidas en su dimensión exacta, para volver las cosas a la situación anterior. Si el mutuo disenso quedare excluido de cualquier intervención judicial, haría difícil que las prestaciones se restituyeran recíprocamente, con el mantenimiento de un negocio en que las partes han dado muestra de todo lo contrario; de no conservarlo, de deshacerlo. Así, pues, se ha de encontrar el camino para que el contrato se disuelva por los medios judiciales.

5. Es un avance importante: a través de precisar el comportamiento contractual se puede saber si permite romper el nexo jurídico creado o, por el contrario, impide una solución en este orden. El mutuo disenso, pues, recoge un aspecto de indiscutible relevancia, para ponerle fin a un contrato.

6. La Corte, en un verdadero esfuerzo de actualización de las normas jurídicas a la realidad social, particularmente con el auge de las promesas de compraventa, encontró en el llamado instituto del mutuo disenso una solución a los grandes problemas que se originaban en las desatenciones recíprocas y en sentencia de 5 de noviembre de 1979* dijo:

“Entonces, cabe preguntar ¿cuál es el correctivo jurídico que tienen las partes contratantes para aniquilar una convención bilateral cuando ambas incumplen con sus respectivas obligaciones, especialmente, cuando debieron cumplirse coetánea o simultáneamente y así no sucedió?

Así como el contrato surge de un concurso de voluntades, los mismos contratantes, como norma general, pueden mediante mutuo consentimiento dejarlo sin efecto, pues según el artículo 1602 del Código Civil “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Del texto de este ordenamiento se desprende que si bien toda relación contractual

* El fallo de noviembre 5 de 1979 se transcribió en J. y D., tomo VIII, págs. 940 a 951. La Corte, con el fallo de ahora, retoma su jurisprudencia tradicional y deja a un lado las interpretaciones que hizo en sentencia de diciembre 7 de 1982, tomo XII, págs. 194 a 204. (N. del D.).

vincula vigorosamente a sus participantes, no es óbice para que la convención celebrada quede sin efectos, ora por acuerdo de las partes, ya por los motivos previstos en la ley.

La primera forma de disolución del contrato autorizado por la ley, que otros denominan “mutuo disenso”, “resciliación” o “distracto contractual”, es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que “toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”.

La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. La primera forma no requiere de la intervención judicial, como quiera que la disolución se produce por el acuerdo expreso; en cambio, la segunda sí requiere de decisión judicial. Esta última manera de disolverse el contrato se da ante la recíproca y simultánea inexecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, sólo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara de anotar el vínculo contractual.

En efecto, si los contratantes al celebrar la convención lo hacen inspirados en el cumplimiento mutuo de las obligaciones nacidas de ella, la posición tozuda y recíproca de las partes de incumplir con sus obligaciones exterioriza un mutuo disenso de aniquilamiento de la relación contractual. Esto es así, porque no es propósito de la ley mantener indefinidamente atados a los contratantes cuyo comportamiento, respecto de la ejecución de las obligaciones, sólo es indicativo de disenso mutuo del contrato”. (G. J. CLIX, 314).

7. Por todo lo dicho, el mutuo disenso mantiene toda vigencia como mecanismo para disolver un contrato que se ha incumplido por ambas partes y ante la inocultable posición de no permanecer atado al negocio; la intervención, pues, del Juez se impone para declarar lo que las partes en una u otra forma han reflejado: desatar el vínculo para volver las cosas al estado que existía al momento de su celebración.

8. Todas estas reflexiones van dirigidas a hacer las precisiones sobre los alcances del artículo 1546, puesto que se ha sostenido que las acciones que surgen de este precepto también están conferidas al contratante incumpliente, lo que no se ajusta a la normatividad civil. Don Andrés Bello fue armónico en el señalamiento de la demanda alternativa por incumplimiento, siempre en favor del contratante cumpliente, que se remonta al proyecto del Código Civil chileno de 1853, cuando introdujo el equivalente al artículo 1546 con el siguiente texto: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución, o si no fuere posible cumplirlo, la indemnización de perjuicios”. Para luego dejar en su redacción, el actual, “en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por

uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios". Algo más: no es sólo en la norma en cita donde se plasma el pensamiento del autor del articulado civil sino que en el artículo 1930 se puede reiterar la voluntad de la ley en este aspecto cuando dispone que "si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios". O bien del contenido del artículo 1882, cuando al fijar el momento y el lugar en que el vendedor debe cumplir su obligación de entrega deja abierta la vía para que el comprador pueda a su arbitrio o perseverar en el contrato o desistir de él, en ambos casos con perjuicios, siempre que el comprador haya pagado o esté pronto a pagar el precio íntegro o el estipulado a plazo.

9. Es decir, el Código Civil, es afirmativo y contundente en ubicar el fenómeno de la resolubilidad o del cumplimiento del contrato en cabeza de la parte que ha estado puntual para atender las prestaciones a su cargo. Y en este aspecto, como en otros, se acercó al Código Napoleónico de 1804, que en el artículo 1184: "La condición resolutoria está siempre subentendida en los contratos sinalagmáticos para el caso en que una de las partes no satisfaga su compromiso. En este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte a cuyo respecto el compromiso no se ha ejecutado, tiene la acción de forzar a la otra ejecución de la convención cuando es posible, o de pedir la resolución con daños y perjuicios. La resolución debe ser demandada judicialmente y puede ser acordado al demandado un plazo según las circunstancias".

Se cierra, por tanto, el camino para resolver un contrato bilateral o para exigir su cumplimiento, si se está frente a una situación sustancial definida de desatención recíproca y simultánea. En cambio si un contratante no atiende su compromiso se resiente el otro que sí lo ha hecho. Para salvar, entonces, ese obstáculo negocial deviene la resolución o la exigencia del cumplimiento, con perjuicios.

10. Por otro lado, la excepción de contrato no cumplido surge, en un primer momento, como una defensa indiscutible e indiscutible en el campo de aspiración de la ejecución plena de un negocio. De ahí que se diga que en los contratos bilaterales ninguna de las partes esté en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla o se allane a cumplirlo. Sostener que el artículo 1609 hace posible que el artículo 1546 adquiriera aplicación para las situaciones de incumplimiento correlativo es cuestión diferente. Una cosa es que ante la no concurrencia de la mora no se pueda reclamar más allá de lo que se obtiene de las conductas antijurídicas recíprocas y otra la de afirmar que se puede destruir el vínculo jurídico o exigir el cumplimiento, sin perjuicios, que se excluyen por razones de la misma convergente mora, puesto que el interés de la prestación, propio del acreedor, no encuentra respuesta positiva por las desatenciones mutuas. En otras palabras, no sirve el artículo 1609 de argumento para disciplinar la resolución de un contrato que es incumplido por las partes, puesto que, como ya se dijo y con apoyo en el artículo 1546, sólo se confiere al contratante cumpliente frente al incumplidor, salvo en aquellos casos de contratos con obligaciones no simultáneas, en los que se establece un orden de ejecución

de prestaciones para cumplirse en los términos convenidos, en cuya fuente el que contrae un previo compromiso y no lo atiende concede al otro la oportunidad para imponer la resolución, si lo prefiere o defenderse ante las pretensiones de aquél, con los instrumentos concedidos en el artículo 1609 o exigir el cumplimiento del contrato. Y tiene que ser así si se entiende que cuando se crea un vínculo jurídico es para comprometer prestaciones y para que se obtengan las satisfacciones patrimoniales, de acuerdo a la voluntad expresada.

11. No puede existir duda alguna que a través de una promesa de compraventa surge como obligación propia la de hacer el contrato. De manera inequívoca el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 así se pronuncia, que se concreta, entratándose de un inmueble el objeto de la prestación prometida, a otorgar la escritura pública correspondiente. Por eso las partes, al moldear el negocio tienen que adoptar las previsiones encaminadas a que se pueda cumplir lo pactado. Sin embargo, y es frecuente que en una promesa de compraventa se establezcan cláusulas que forjan unos factores de condicionamiento particulares y que permiten consagrar compromisos para las partes de diversa índole, para ser cumplidos en la forma prevista, pero la más de las veces convergentes con el negocio prometido; así, por ejemplo, al regular el precio, que lo será también de éste, se disciplina la forma de pago, unas veces por instalamentos, otras para cubrirse al momento de suscribir la escritura y, en fin, de modo variado, según el querer de los contratantes. Igualmente, se hacen referencias y precisiones sobre la entrega del bien, ora que se anticipe al perfeccionamiento de la venta, o que se haga para ese momento o con posterioridad. Suelen, además, regularse algunos mecanismos para la efectividad del negocio, bajo el entendimiento, y así ha de ser, que se indiquen las pautas para su realización.

Por eso, las obligaciones convencionales pueden alterar la característica de simultaneidad que se observa en la promesa de compraventa de inmuebles, en cuanto al incorporarse otros factores de atención negocial, determinan la forma de cumplimiento, que para cada caso debe ser apreciado en el orden pactado para precisar el cumplimiento del negocio jurídico, bajo el necesario supuesto de ser compromisos que inciden, a su vez, en la obligación de hacer, propia de las promesas de contrato.

12. Pues bien, la promesa de compraventa de inmuebles supone la obligación propia y simultánea de otorgar la escritura pública respectiva, y de la que no deja duda debe cumplirse, so pena de que su desatención permita al que sí ha estado presto a hacerlo y atendidas todas las obligaciones convencionales, para deprecar la resolución o exigir el cumplimiento, y, como es obvio, si los prometedores se apartan de ese designio contractual no les será permitido acudir al artículo 1546, si se trata de un negocio civil o al artículo 870 del Código de Comercio, si versa sobre una promesa mercantil, para instar la resolución. Pero, eso sí, y tal como se ha venido afirmando a lo largo de esta providencia, atendidas las posiciones de las partes, se abre paso la disolución de incumplimiento recíproco, o sea, la aplicación del mutuo disenso tácito.

13. Descendiendo al asunto *sub examine*, el Tribunal, al revocar la decisión del *a quo*, rechazó la excepción de contrato no cumplido porque entendió que ambos contratantes desatendieron el compromiso de suscribir

la escritura pública que perfeccionara la promesa por haber visto la voluntad recíproca de disolución del negocio. Es decir dio aplicación al mutuo disenso tácito.

14. Pero el censor se duele de que el Tribunal convino en la resolución por mutuo disenso sin tener de presente que fue el demandante el que incumplió el contrato porque no concurrió a la Notaría escogida para otorgar el instrumento público de compraventa, como lo reconoció en la demanda y en la contestación de la demanda de reconvencción, mientras que el demandado atendió sus compromisos, pago del precio de la cosa prometida y comparecencia a la Notaría en la oportunidad pactada. Entonces, para el recurrente no se podía disolver el contrato porque hubo cumplimiento de las obligaciones por el prometiende comprador.

15. Sin embargo, las apreciaciones del casacionista no encuentran respaldo probatorio en el proceso. No hay constancia de su comparecencia a la Notaría, ni que pagara la suma de dinero que desde la contestación de la demanda ha sostenido, y sobre estos factores negociales persigue señalar el error evidente de hecho, en que incurrió el Tribunal. ¿Estuvo el demandado en la Notaría? No está la prueba pertinente. Con la declaración de María Mérida Uribe Mejía, pretende acreditar este hecho, pero ésta nada dice en concreto sobre este punto sino que "como secretaria del señor Malaver siempre estoy pendiente de todas las citas que él tenga para recordarle, en esa fecha lo hice habiéndome comentado el señor Malaver que había acudido a ella y al llegar a la Notaría señalada, se encontró con que el señor Francisco Ruiz no había acudido, eso fue lo que me comentó el señor Malaver". Como se advierte al romper no es un testimonio que se concrete a la comparecencia sino al dicho de Malaver, que en manera alguna puede suplir la constancia notarial de presentación, lo que indica que el Tribunal, en modo alguno, cayó en el error de apreciación probatoria alegada.

16. *Y es evidente que la obligación de hacer que surge de las promesas de compraventa de inmuebles encuentra su mayor precisión en la comparecencia a la Notaría para el otorgamiento de la escritura pública. Por tanto, cuando se incorporan otros compromisos en un negocio de policitación no permite mermar la obligación de hacer el contrato prometido. Los convenios, por tanto, sirven para fijar las relaciones entre los contratantes, sin alteración del objeto central de la prestación.* Y tal como lo vio el Tribunal, ninguna de las partes contendientes en este proceso asistió a cumplir con la obligación a su cargo ni dieron muestra de reiterar la voluntad de vinculación. El demandante adopta una enfática posición, que se aprecia desde el libelo incoactivo, de no otorgar la escritura, con el pretexto de que el prometiende comprador no pagó las cuotas del precio, en la forma convenida. El demandado no es contundente sobre el particular; pero lo cierto es que con la insistencia que sí concurrió a la Notaría, sin demostrar esa circunstancia fáctica, refleja, del mismo modo, un inequívoco incumplimiento que no permite apreciar, por esa persistente actitud, la voluntad de estarse al negocio, y que para no dejar estancada la promesa pertinente, como lo vio el Tribunal, fue conducente, pues, deprecar su disolución.

17. Entonces, no infringió el Tribunal norma sustancial alguna, ni erró en la apreciación del material probatorio aportado. Además de acoplar

su decisión a la corriente jurisprudencial del momento, dio a los textos legales que apreció, para decretar la disolución de la promesa tantas veces aludida, el entendimiento del caso. Por tanto, esto sería suficiente para advertir que el *ad quem*, para llegar a la conclusión del mutuo disenso, no erró como lo afirma la censura.

18. En cuanto al segundo yerro, que el casacionista le endilga a la sentencia de segundo grado, de que el demandado prometiente comprador si pagó el dinero señalado como precio del inmueble prometido, el proceso se resiente de todo lo contrario; que no cumplió con la cláusula del contrato que regulaba el asunto, porque si bien es cierto que en los escritos de contestación de la demanda y de reconvenición alegó haber pagado en exceso el precio, también lo es que reconoció haber pagado la suma de \$ 50.000 el día 24 de enero de 1975; \$ 5.000 el día 21 de febrero de 1985; \$ 10.000 el 26 de agosto de 1975, “para un total de doscientos cinco mil pesos” (folio 13 del cuaderno del juzgado).

19. Y quizá en el reconocimiento o mención de la suma de dinero pagado, pudo el Tribunal haber incurrido en un error en su conclusión cuando dijo: “Por tanto, el demandante debe entregar al demandado la cantidad de doscientos mil pesos (\$ 200.000), más los intereses legales desde la formulación de la demanda, hasta que el pago se efectúe; el demandado debe entregar al demandante el inmueble materia de la promesa de venta, más los frutos naturales y civiles desde la formulación de la demanda que se hayan producido, hasta el día en que el pago se verifique” que lejos de afectar al demandado principal, lo beneficia frente a las restituciones que han de hacerse y que por no haberse mostrado inconformidad ninguna por el demandante se tendrá que dejar como fuera apreciado por el *ad quem*.

El cargo, por lo dicho, no prospera.

Segundo cargo. Se formula con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por la vía directa, “por aplicación indebida de los artículos 1602 y 1546 en cuanto autoriza la resolución del contrato por incumplimiento del Código Civil por falta de aplicación de los artículos 1546 en cuanto autoriza pedir el cumplimiento del contrato, 89 de la Ley 153 de 1887, 1609, 1610, 1613 a 1617, 1603, 1604, 1605, 1608, 1502, 1551 a 1555, 1139, 1857, 1861, 1862, 1880, 1881, 1882, 1884, 1887, 1889, 1893 a 1913, 1914 a 1927, 1929 del Código Civil; 223 del Decreto 960 de 1970, 861, 822, 870, 871, 922, 925, 928, 942 del Código de Comercio; 174, 304, 305, 306, 392, 501 del Código de Procedimiento Civil”.

Sostiene el recurrente que por un lado el Tribunal reconoció que el demandado, como prometiente comprador, pagó al demandante las sumas de dineros acordadas, para concluir equívocamente que hubo incumplimiento recíproco. Insiste en que el demandado cumplió a cabalidad “luego si esa es la realidad, llevada, repito, al proceso, porque eso fue lo que en verdad sucedió, no podía el Tribunal afirmar que hubo mutuo disentimiento de las partes en no querer continuar con el contrato, consentimiento expresado en su conducta de incumplimiento, como lo dice, de concurrir a la Notaría 11, para aplicar el artículo 1602 del Código Civil y deducir, como consecuencia, que el recíproco parecer de las partes era deshacer su vínculo

jurídico constituido por la promesa de compraventa y, como resultado, estar obligada cada una a devolver lo que recibió”.

Afirma, así mismo, que “el Tribunal incurre así en yerro al relacionar la situación de hecho procesal con el supuesto fáctico previsto en el citado artículo 1602 y hacerle producir la consecuencia jurídica que ante su ocurrencia él prevé: el acuerdo de las partes para deshacer el contrato”.

SE CONSIDERA

1. Es cierto, como lo observa el censor, que el Tribunal partió de la consideración de que el prometiende comprador pagó todo el precio pactado, que como se dijo al despachar el cargo anterior apoyado en equivocada apreciación de las pruebas aportadas al proceso, pero que no puede ser materia ahora de estudio por no haber sido atacada en casación. Empero, también lo es que para llegar a declarar la disolución del contrato entendió, el sentenciador de segundo grado, que la promesa se había incumplido por las partes en lo que atañe a la obligación de concurrir a la Notaría para la celebración de la compraventa. Es decir, sobre apreciaciones de índole probatoria sentó las conclusiones el *ad quem* y sólo cuando se demuestre el error en que hubiera incurrido sobre la apreciación de las pruebas daría oportunidad para atacar la decisión.

2. En esas circunstancias el cargo no podía formularse por la vía directa sino la indirecta, como lo hizo el recurrente en el tercero, en cuyo examen la Corte hizo el estudio de fondo sobre el asunto planteado.

3. Lo anterior es suficiente para rechazar el cargo.

RESOLUCIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 25 de marzo de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

RESOLUCION DE CONTRATO BILATERALES

Antecedentes históricos y fundamentos jurídicos de la acción resolutoria de que goza el contratante diligente contra el contratante incumplido. Este podía deprecar, a su talante, la resolución o el cumplimiento del contrato bilateral. Presupuestos indispensables para la prosperidad de la pretensión resolutoria. En el caso de incumplimiento recíproco de obligaciones no nace para ninguno de los contratantes ni la acción de resolución ni la de cumplimiento. Rectificación doctrinaria

En tal evento el contrato sólo puede invalidarse por consentimiento mutuo o por causas legales

El mutuo disenso puede ser expreso o tácito; este último se va ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones siempre que su conducta sea inequívocamente indicativa de desestimiento de la convención

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., noviembre cinco de mil novecientos setenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 3 de abril de 1979, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el proceso ordinario de Lucila Borda de Gómez contra Alvaro Ramírez Castaño.

Antecedentes

I Por libelo presentado el 3 de agosto de 1977, pidió la mencionada demandante que se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que se declare resuelto el contrato de promesa de permuta celebrado el 5 de julio de 1972 entre Lucila Borda de Gómez y Alvaro Ramírez Castaño, por incumplimiento de éste último de las obligaciones de su cargo.

b) Que como consecuencia, se condene al demandado a la restitución de los bienes por él recibidos con motivo del contrato de promesa y, en el evento de que hubieren desaparecido algunos, se disponga pagar su valor.

c) Que “en razón del incumplimiento del demandado, éste ha incurrido en la obligación de pagar como indemnización, la suma de cien mil pesos y por razón de su incumplimiento las cuotas pagadas en desarrollo del contrato deben ser imputadas a cuenta del valor de los arrendamientos de las instalaciones entregadas por la demandante en cumplimiento de la promesa de venta celebrada”.

d) Que se condene al demandado al pago de las costas.

II La pretensión descansa en los presupuestos de hecho que a continuación se resumen:

a) El 5 de julio de 1972, en el Municipio de Puerto López, demandante y demandado celebraron un contrato de promesa y en razón de dicha convención el demandado se obligó a permutarle a la demandante el derecho de dominio que aquél "afirmó tener sobre una casa de habitación ubicada en el área urbana de la ciudad de Bogotá, en la calle 25, distinguida en sus puertas de entrada con los números 9-65 y 9-69".

b) Para el otorgamiento "de las escrituras de transferencia del dominio de los bienes comprendidos en el contrato, se fijó el término de ocho meses contados a partir del registro del contrato, es decir, del cinco de julio de 1972".

c) También se pactó que en caso de incumplimiento de cualquiera de los contratantes de las obligaciones de su cargo, el incumplido pagaría a su otro contratante, la suma de cien mil pesos y también se pactó que las cuotas que hubiera recibido la prometedora Lucila Borda "se imputarían al valor de los arrendamientos de las instalaciones por ella entregadas".

d) Que a pesar de que la prometedora permutante Lucila Borda de Gómez ha estado dispuesta a cumplir con sus obligaciones, el demandado no ha cumplido con las suyas, pues el bien raíz por él prometido en permuta no es de su propiedad y por ello "no ha comparecido a la notaría a cumplir" lo de su cargo.

III Enterado el demandado de las pretensiones de la parte demandante, consignó su respuesta en escrito de 29 de septiembre de 1977, en el sentido de atenerse "a lo que consta en el documento que recoge el contrato respectivo", agregando que el plazo para el otorgamiento de la escritura no ha vencido, por lo que termina oponiéndose a las súplicas de la demanda y formulando las excepciones que denominó de "falta de causa" y "petición antes de tiempo".

IV Impulsado en estas condiciones el litigio, la primera instancia terminó con

sentencia de 5 de octubre de 1978, desfavorable a la demandante, pues declaró probada la primera de las excepciones propuestas por el opositor. Apelada que fue esta decisión por la actora, el Tribunal la confirmó con la suya de 3 de abril de este año, contra la cual la misma parte interpuso el recurso extraordinario de casación de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia del Tribunal

Una vez que el sentenciador de segundo grado refiere los antecedentes del litigio y enuncia los requisitos esenciales de la promesa de contrato, sienta las siguientes reflexiones:

a) Que se trata de una promesa de permuta, "consistente en que la demandante promete al demandado unos bienes inmuebles situados en la población de Puerto López, estimados en \$ 600.000.00 y éste le transfiere el inmueble situado en la ciudad de Bogotá estimado en \$ 300.000.00, más en dinero efectivo \$ 300.000.00 los cuales fueron entregados en sus respectivos plazos. Los contratantes se entregaron recíprocamente los inmuebles convenidos de acuerdo con lo pactado".

b) Que según la cláusula cuarta del contrato de promesa de permuta las partes convinieron que las escrituras públicas respectivas se otorgarían en el municipio de Puerto López el 5 de marzo de 1973, o sea, se pactó un plazo "preciso y determinado".

c) Que la realidad procesal pone de presente que "ninguno de los contratantes concurrió a la Notaría de Puerto López el día 5 de marzo de 1973 para extender los títulos escriturarios de los inmuebles según el convenio, luego ambos se encuentran en mora de cumplir lo pactado en tiempo y modo acordados. Ni la demandante acreditó que haya cumplido lo prometido, ni que se haya allanado a cumplirlo, como haberse presentado a la Notaría de Puerto López, haber dejado constancia ante el Notario del objeto de su presencia allí, con los documentos requeridos para el otorgamiento de la escritura al señor Ramírez Castaño, y del hecho de que éste no concurrió a recibirla, y no estando exteriorizada esta voluntad de cumplimiento, obviamente, se

deduce que es infractora del contrato al igual que su demandado".

d) Que según doctrina de la Corte, la acción resolutoria no procede cuando ambos contratantes han faltado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones evento en el cual ninguno de ellos se puede considerar en mora. Por consiguiente, si en el presente litigio las partes, con motivo de la convenición, quedaron comprometidas al otorgamiento de la Escritura Pública el 5 de marzo de 1973 y el incumplimiento a esta obligación no obedeció a fuerza mayor, caso fortuito o a circunstancias atribuibles al otro contratante, la demandante no está legitimada para solicitar la resolución, ni el cumplimiento de la cláusula especial de señalamiento de perjuicios en la suma de \$ 100.000.00.

La demanda de casación

Contra la sentencia del Tribunal, dos cargos le formula el recurrente, ambos por la causal primera, los cuales serán despachados conjuntamente por su íntima relación.

Cargo primero

Acusa la sentencia del Tribunal de quebranto directo de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, por interpretación errónea.

Luego de aclarar el recurrente que el Tribunal impropriamente habló de "falta de legitimación" en la parte demandante cuando debió hablar mas bien de carecer del derecho sustancial para pedir la resolución del contrato, entra a ocuparse del quebranto que le imputa a la sentencia del Tribunal, y en esta labor sostiene:

"La errónea interpretación consiste en que se deja en 'el aire', como 'un fantasma', el contrato incumplido por ambas partes, pues ninguna puede demandar su resolución ni demandar su cumplimiento, lo cual no es jurídicamente aceptable, pues el derecho positivo debe ser entendido en forma de que se satisfagan los efectos sociales y jurídicos que con él se persiguen, y dejando a las dos partes en tal situación no se cumple esa función.

"Muy distinto es el caso de que el demandante haya incumplido, al paso que el demandado haya cumplido o se haya allanado a cumplir; lo último, en los casos de promesas de contratos, significa que ese demandado haya concurrido en la fecha y a la hora señaladas, a la notaría también indicada, o al lugar que sea cuando no se trate de otorgar escritura pública, y que además haya cumplido todas las obligaciones precedentes a la firma de la escritura o al documento que perfeccione el contrato prometido, antes de dicha concurrencia, y que lleve a la Notaría, si se trata de escritura pública, los paz y salvo prediales cuando se trata de actos que recaigan sobre inmuebles y de renta y patrimonio, que exija la ley. Entonces sí debe negarse la pretensión resolutoria del demandante.

"Pero si ambas partes incumplieron, como ninguna puede imputarle mora a la otra, ninguna también puede oponerse a la 'acción' o mejor dicho a la 'pretensión' resolutoria de la otra.

"La interpretación anterior es la que viene dando la doctrina de la Corte a los artículos 1546 y 1609, a partir del año 1978 cuando tuvo la oportunidad de estudiar el problema del incumplimiento recíproco de las partes de los contratos bilaterales y la excepción *non adimpleti contractus*".

A continuación el recurrente transcribe apartes de la sentencia de la Corte de fecha 29 de noviembre de 1978 y con respaldo en ella concluye que el Tribunal desacertó en la interpretación de los artículos enunciados al comienzo de la censura, lo cual dio lugar a que negara la declaración de resolución del contrato y las demás súplicas.

Cargo segundo

Por éste acúsase la sentencia del Tribunal de infringir en forma directa los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, el primero por falta de aplicación y, el segundo por aplicación indebida.

En el desarrollo del cargo dice que el afirmar el *ad quem* "que no declaraba la resolución del contrato objeto de la demanda, porque tanto el demandante como el demandado habían incumplido, violó el

artículo 1546 del Código Civil, en cuanto dicho texto no distingue entre el caso de que el demandante haya cumplido o haya estado dispuesto a cumplir, mientras que el demandado haya incumplido, y el caso de que también el primero haya incurrido en incumplimiento”.

Luego manifiesta el recurrente que al sostener el Tribunal que el incumplimiento del contrato inhabilita a la parte actora para pedir la resolución y con base en el artículo 1609 acoge la excepción del demandado, aplicó indebidamente este precepto, “en cuanto la hizo producir el efecto que no contiene, de impedir el ejercicio de la acción (mejor dicho de la pretensión) resolutoria, por el contratante que también incumplió, porque dicho artículo 1609 se limita a decir que: ‘ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos’. Es decir: este texto regula exclusivamente la mora y no es aplicable a la acción resolutoria contenida en el artículo 1546 del mismo código”.

Se considera

1. Respecto del cargo primero se observa la falla técnica en que incurre el censor al atacar la sentencia del *ad quem* de quebranto del artículo 1546 del Código Civil, por interpretación errónea, siendo que el Tribunal, al desestimar las súplicas de la demanda de resolución de contrato, no aplicó tal precepto y, por ende, no pudo infringirlo por el concepto que indica la censura, pues en el punto tiene sentado la jurisprudencia de la Corte: “La errónea interpretación, uno de los tres modos como puede ser vulnerada una norma de derecho sustancial, tiene en casación una inteligencia propia que difiere fundamentalmente del sentido que a esa locución se le da en el lenguaje común y también en otros campos del derecho. Interpretar erradamente una norma, para el efecto de fundar en ese hecho un ataque próspero en el terreno de la causal primera de casación, quiere decir que el sentenciador de instancia hizo actuar, para la composición del litigio, la norma que era la idónea para

resolverlo, pero dándole un sentido o un alcance de que la dicha norma carece en realidad, con otras palabras, en casación el quebranto por erróneo entendimiento de precepto de derecho sustancial solo se ofrece cuando dicho precepto es aplicado para decidir el litigio porque, en verdad, es el pertinente, pero el fallador lo aplica dándole alcance e inteligencia que no se acomoda a su naturaleza. En este recurso extraordinario, pues, no puede hablarse de interpretación errónea de normas que no fueron aplicadas, ni de las que no son idóneas para resolver el caso debatido”. (Casación Civil 25 de mayo de 1976).

2. *Recurriendo a los antecedentes históricos de la acción resolutoria como remedio para aniquilar una convención bilateral por incumplimiento de uno de los contratantes, ésta no se conoció en el antiguo derecho romano. Sin embargo, como quiera que en un comienzo el acreedor cumplido no tenía más derecho que el de exigir el cumplimiento del contrato, ante la desprotección en que se encontraba el vendedor en los contratos de venta, se adquirió el hábito de estipular en él la lex commissoria, pacto que contemplaba la resolución de la venta en caso de falta de pago del precio y operaba de plano derecho en el evento en que el vendedor quisiera valerse de dicha estipulación.*

No se concebía, pues, la acción resolutoria con los claros perfiles que hoy presenta, o sea, de entenderse o considerarse implícitamente establecida en toda convención bilateral, puesto que requería de la consignación expresa y con aplicación restringida al contrato de compraventa. Con todo, mediante el pacto de lex commissoria, el vendedor, si el comprador no cumplía con la obligación de pagarle el precio, quedaba facultado para demandar la resolución de la venta. De suerte que este mecanismo no actuaba en favor de comprador sino en pro de vendedor, ante el incumplimiento de aquél.

3. *A pesar del antecedente reseñado, todo indica que le correspondió al derecho canónico perfeccionar la acción resolutoria e institucionarla con más vastos alcances, puso por una parte la consideró implícita en todo contrato sinalagmático y,*

por la otra, estaba destinada a sancionar la falta al cumplimiento de la obligación jurada y tuvo plena aplicación en la regla siguiente: "En vano se pide que cumpla su palabra o aquél a cuyo respecto no se cumple la fe jurada".

El criterio moral que los canonistas le imprimieron a la acción resolutoria, los llevó a sentar el principio de que la acción la podía hacer valer el contratante cumplido contra el que faltó a la palabra empeñada.

4. Continuando con la huella trazada por los canonistas, se presentan los glosadores y por ese entonces se sostuvo que en las relaciones contractuales sinalagmáticas no podía demandar la resolución o el cumplimiento de lo pactado quien no hubiera ejecutado u ofrecido ejecutar su prestación. Se consideró que el promisor no estaba obligado a respetar el juramento que había prestado de cumplir con todas las obligaciones que corrían de su cargo, si aquél en cuyo beneficio se prestaba a su vez infringía sus compromisos. Por consiguiente, el contratante cumplido o que se hubiese interesado en cumplir no solo gozaba de la prerrogativa de suspender o cesar la ejecución de su obligación, sino que podía alegar la liberación definitiva de todo compromiso, como si el juramento no hubiera existido.

5. Sin alejarse de estos postulados, el antiguo derecho español, en la Partida Quinta, reproducida en el Ordenamiento de Alcalá y en la Recopilación, establecía que la condición resolutoria debía considerarse implícitamente en las convenciones cuando uno de los contratantes no cumpliera su compromiso.

6. Consultando los criterios y principios anteriores, así como la costumbre de pactar la *lex commissoria*, llevó a los franceses a pensar que la condición resolutoria debía considerársela tácitamente convenida en las convenciones sinalagmáticas, y al efecto el código napoleónico estableció en el artículo 1184 lo siguiente: "La condición resolutoria está siempre subentendida en los contratos sinalagmáticos para el caso en que una de las partes no satisfaga su compromiso. En este caso el contrato no se resuelve de plano derecho. La parte a cuyo

respecto el compromiso no se ha ejecutado, tiene la elección de forzar a la otra a la ejecución de la convención cuando es posible, o de pedir la resolución con daños y perjuicios. La resolución debe ser demandada judicialmente, y puede ser acordado al demandado un plazo según las circunstancias".

El artículo 1184 del Código Civil francés es, entonces, el resultante de todo un proceso histórico, o sea, que la acción resolutoria la tiene el contratante cumplido frente al incumplido, como de manera reiterada y uniforme lo pone de presente la doctrina francesa, la cual se encuentra muy bien resumida en el siguiente pasaje de la obra de "Derecho Civil" de Ripert y Boulanger, que en el punto expresa: "A Quién Corresponde la Acción. La acción de resolución no está abierta mas que a favor de la parte que está dispuesta a cumplir su compromiso o que ya lo haya cumplido. La otra parte no tiene derecho a hacer resolver el contrato... Si la causa es imputable a la culpa de una de las partes, es natural que esa parte sufra la resolución por voluntad de la otra, sin poder demandarla. La parte a la que pertenece la acción de resolución no está reducida a ese solo medio. Tiene la elección de hacer resolver el contrato o de exigir su cumplimiento, suponiendo que la falta del deudor no haya hecho imposible tal cumplimiento (Tomo IV Nros 536 y 537).

Igual criterio al precedente ha sido el sentado por R. J. Pothier (tratado de las Obligaciones Nº 672), Colin y Capitant (Derecho Civil Tomo III, 741 y 742) y por los Tribunales franceses.

7. La legislación civil francesa, en lo atinente a la acción resolutoria, incidió ampliamente en las codificaciones de los demás países, en donde se mantiene el criterio de que el titular de dicha acción es el contratante cumplido o que ha estado dispuesto a cumplir frente al contratante incumplido. A manera de ejemplo se encuentran Chile (artículo 1469), Venezuela (artículo 1167), México (artículo 1949), Brasil (artículo 1092), Bolivia (artículo 764), Ecuador (artículo 1429), Guatemala (artículo 1457), Uruguay (artículo 1405), España (artículo 1124), Italia (artículo 1453),

Suiza (artículo 107), Grecia (artículo 382), Etiopía (artículo 1771), Polonia (artículo 494), etc.

8. En Colombia, donde se siguió muy de cerca el código napoleónico, igualmente su criterio en materia de acción resolutoria cuando una de las partes contratantes incumple, pues al efecto dispone el artículo 1546 que "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

Entonces, desde el punto de vista histórico, no queda duda de que la acción resolutoria la tiene el contratante diligente contra el contratante incumplido. Y no se puede subestimar que una regla auxiliar de interpretación de la ley consiste en determinar su sentido y alcance a través de "la historia fidedigna de su establecimiento" (artículo 27 del Código Civil).

9. Mirando el aspecto controvertido desde otro ángulo, se tiene que cuando los doctrinantes y la jurisprudencia, nacional y extranjera se han dedicado a explicar los fundamentos de la condición resolutoria tácita y su consiguiente acción, así hayan asumido diferentes posiciones, si han tenido como coincidente conclusión afirmar que *la acción alternativa que consagra la ley, de resolución o cumplimiento del contrato bilateral, solo se la ofrece al contratante cumplido o que ha estado presto a cumplir con las obligaciones de su cargo.*

En efecto, cuando justifican la existencia del artículo 1546 del Código Civil en la equidad, la explican afirmando que si uno de los contratantes incumple con las obligaciones que corren de su cargo, es apenas obvio y equitativo que el derecho autorice al contratante diligente o cumplido para desligarse del vínculo que lo une con el inmueble.

Quienes pretenden encontrar el fundamento en el hecho de ser una sanción, sostienen que la acción resolutoria constituye la merecida sanción que le impone la ley al contratante incumplido.

Los que afirman el fundamento de la condición resolutoria tácita en la voluntad

presunta de las partes, sostienen que el artículo 1546 del Código Civil consagra la intención probable de éstas, en virtud de que es lógico suponer que el contratante incumplido no quiera seguir atado por la convención al otro contratante.

10. Reseñados los antecedentes históricos y los fundamentos de la condición resolutoria tácita, *se tiene que con arreglo a lo que dispone el artículo 1546 del Código Civil, cuando en un contrato bilateral una de las partes se halle en mora de cumplir con las obligaciones de su cargo, el otro contratante que ha cumplido con las suyas o que ha estado presto a cumplirlas, tiene la prerrogativa de solicitar, a su arbitrio, cualquiera de estas dos acciones: la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, en uno y otro evento con indemnización de perjuicios. No queda la menor duda que el ofrecimiento alternativo que hace la ley al acreedor de una de las dos acciones enunciadas, solo se lo hace al contratante cumplido, lo cual se infiere desde el propio origen o antecedente histórico de la institución de la condición resolutoria tácita y de la forma como quedó concebido el artículo 1546 del Código Civil, cuyo punto de partida, como se vio, es muy remoto y universal, puesto que históricamente surgió como institución paralela a la lex commissoria del derecho romano.*

11. Teniendo en cuenta, no ya el antecedente histórico ni el fundamento jurídico de la condición resolutoria tácita, sino el tenor literal del artículo 1546 del Código Civil, que también es otra regla de hermenéutica de la ley, se tiene que cuando el mencionado precepto dice que en los contratos bilaterales va implícita la condición resolutoria en caso de no cumplirse "por uno de los contratantes lo pactado", "podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución, o el cumplimiento del contrato", son expresiones claras y precisas, de gran contenido, pues mediante ellas se afirma que *el incumplimiento de "uno de los contratantes", le da derecho al "otro contratante", o sea, el diligente, para deprecar, a su talante, la resolución o el cumplimiento del contrato bilateral.* Precisamente, acudiendo la Corte a la interpretación literal del artículo 1546 del Código Ci-

vil, dijo con exquisita claridad, en fallo de 9 de junio de 1971 lo siguiente: "Sin necesidad de exponer los antecedentes históricos de la acción resolutoria los cuales confirman la tesis anteriormente explicada, basta para sostener ésta con tomar en consideración la forma como el señor Bello redactó el artículo 1546. Se puede pedir que se declare resuelto el contrato bilateral 'en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado' (subraya la Sala), no en caso de no cumplirse por AMBOS; y entonces 'podrá el otro contratante' (subraya de nuevo), es decir, el que no ha incumplido, ejercer alternativamente y a elección suya las acciones que por el artículo se le otorga o reconocen. 'Tal caso', al cual hace referencia el texto, es uno solo: el de que no se haya cumplido por UNO de los contratantes lo pactado y el OTRO sí haya cumplido o allanándose a cumplir sus obligaciones oportunamente y en la forma como fueron pactadas" (T. CXXXVIII, páginas 379 y 380).

Es evidente y cierto que en materia de condición resolutoria tácita el señor Bello consultó y copió tal institución de la legislación civil francesa, pues el artículo 1546 del Código Civil Colombiano no es más que una copia, con mejor redacción, del artículo 1184 del código napoleónico, especialmente, los dos primeros incisos.

12. A pesar de que la acción resolutoria de que trata el artículo 1546 del Código Civil se extiende a todos los contratos bilaterales y, por ende, al contrato de compraventa, respecto de este último se consagró de manera especial en los artículos 1930 y 1882, fundada en el cumplimiento de uno de los contratantes y en el incumplimiento del otro, pues el primero de dichos textos dispone que "si el comprador estuviere constituido en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios". Y el segundo preceptúa que "si el vendedor, por hecho o culpa suya, ha retardado la entrega podrá el comprador a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales. Todo lo

cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro...".

La armonía que existe entre los artículos 1546, 1882 y 1930 del Código Civil, permite concluir que tanto el vendedor como el comprador tienen la acción resolutoria. Porque, el vendedor que no cumple con sus obligaciones, como la de hacer entrega o tradición de la cosa vendida, coloca al comprador en condiciones de desistir del contrato. Igualmente, el comprador constituido en mora de pagar el precio, coloca al vendedor en aptitud de promover la acción resolutoria.

13. Idéntica filosofía inspiró las instituciones afines, como el pacto comisorio, el cual no pasa de ser la estipulación que se consigna en la convención en el sentido de que se resolverá ésta por incumplimiento de las obligaciones por uno de los contratantes. Sobre el punto tiene dicho la doctrina de la Corte que "la condición resolutoria que, como se ha dicho, va implícita en el contrato de compraventa por el no pago del precio, puede sin embargo ser objeto de explícito acuerdo entre vendedor y comprador; y si así ocurre se está entonces en presencia de la figura jurídica llamado pacto comisorio, el que, en definitiva, no es otra cosa que la expresa estipulación de resolución del contrato por el no pago del precio en la oportunidad debida". Y más adelante agrega: "Mas, ora se trate de la condición resolutoria tácita, ya del pacto comisorio simple, ya del calificado o de resolución ipso facto, es lo cierto que la procedencia de la acción resolutoria del contrato de compraventa requiere, como presupuesto indispensable, el estado de mora en el comprador en su obligación de pagar el precio" (Casación Civil, 10 de mayo de 1977, aún no publicada).

Con todo, el incumplimiento del comprador de pagar el precio "no priva al vendedor de la elección de acciones que le concede el artículo 1930", o sea, la resolución o el cumplimiento (artículo 1936 del Código Civil). De suerte que a pesar de haber pacto comisorio, puede la parte diligente pedir, a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento del contrato.

14. El reciente Código de Comercio, en lo tocante con el régimen jurídico de los con-

tratos y, especialmente, en materia de acción resolutoria por incumplimiento de uno de los contratantes, siguió por completo el criterio establecido en el artículo 1546 del Código Civil, pues al efecto dispone el artículo 870: "En caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios".

15. Entonces, examinando de conjunto toda la legislación existente en torno a la consagración de la acción resolutoria en los contratos bilaterales, fácilmente se observa que ella se concede al contratante cumplido o que ha estado presto a cumplir frente al incumplido.

16. Acudiendo a los antecedentes doctrinales, la jurisprudencia de la Corte, salvo la sentencia de 29 de noviembre de 1978, al fijar el verdadero sentido y alcance del artículo 1546 del Código Civil, en más de un centenar de fallos ha sostenido que constituyen presupuestos indispensables, para el buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita, los siguientes: a) que el contrato sea bilateral; b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas; y, c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponde.

Según los antedichos requisitos, que aparecen diáfamanamente contemplados en el citado artículo por el aspecto activo, el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la referida acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor.

El precepto contentivo de la acción resolutoria (artículo 1546 del Código Civil) no permite entenderlo, porque no lo dice, que dicha acción pueda promoverla con éxito cualquiera de los contratantes cuan-

do se da el caso de incumplimiento recíproco de obligaciones simultáneas. En este evento, la mencionada acción no ha nacido para ninguno de los contratantes. Dentro de la más precisa y clara posición doctrinal, aplicable al punto que se viene tratando, dijo la Corte en fallo de 25 de marzo de 1950 que "en caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todas de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2º del artículo 1546 del Código Civil ...".

Entonces, en los contratos bilaterales en que las mutuas obligaciones deben ejecutarse simultáneamente, vale decir, al mismo tiempo, si una de las partes cumple lo acordado o ha estado presta a cumplir en la forma y tiempo debidos y, la otra no, aquélla, tiene a su arbitrio la acción de cumplimiento o la de resolución. Si todas las partes incumplen, ninguna tiene tales acciones. Por tanto, se rectifica la doctrina de la Corte en este preciso punto en cuanto sostuvo en sentencia atrás citada que cuando ninguno de los contratantes cumplía cualquiera de ellos podía demandar la resolución. Se insiste que esta hipótesis, o sea, cuando ni la ley ni la convención bilateral señalan orden de ejecución, o en otros términos, cuando las obligaciones recíprocas deben ejecutarse simultáneamente, si ambos contratantes incumplen, ninguna tiene la acción de resolución o la de cumplimiento.

Sobre el mismo criterio, a título meramente enunciativo, se pueden ver los fallos de 19 de noviembre de 1923, 10 de febrero de 1930, 3 de julio de 1933, 23 de septiembre de 1936, 30 de agosto de 1939, 2 de febrero de 1940, 10 febrero de 1941, 23 de marzo de 1943, 13 de julio de 1943, 27 de febrero de 1946, 13 de junio de 1946, 17 de junio de 1948, 17 de septiembre de 1954, 16 de febrero de 1956, 28 de febrero de 1959, 31 de enero de 1963, 14 de marzo de 1963, 12 de marzo de 1964, 2 de septiembre de 1964, 15

de noviembre de 1964, 22 de noviembre de 1965, 15 de noviembre de 1967, 9 de junio de 1971, 3 de noviembre de 1971, 12 de agosto de 1974, 7 de octubre de 1976, 10 de marzo de 1977, etc.

17. Entonces, cabe preguntar cuál es el correctivo jurídico que tienen las partes contratantes para aniquilar una convención bilateral cuando ambas incumplen con sus respectivas obligaciones, especialmente, cuando debieron cumplirse coetánea o simultáneamente y así no sucedió?

Así como el contrato surge de un concurso de voluntades, los mismos contratantes, como norma general, pueden mediante mutuo consentimiento dejarlo sin efecto, pues según el artículo 1602 del Código Civil "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Del texto de este ordenamiento se desprende que si bien toda relación contractual vincula vigorosamente a sus participantes, no es óbice para que la convención celebrada quede sin efectos, ora por acuerdo de las partes, ya por los motivos previstos en la ley.

La primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan "mutuo disenso", "resciliación" o "distracto contractual", es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que "toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula".

18. La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. La primera forma no requiere de la intervención judicial, como quiera que la disolución se produce por el acuerdo expreso; en cambio la segunda forma sí requiere de decisión judicial. Esta última manera de disolverse el contrato se da ante la recíproca y simultánea inexecución o incumplimiento de las

partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, sólo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara de anonadar el vínculo contractual.

En efecto, si los contratantes al celebrar la convención lo hacen inspirados en el cumplimiento mutuo de las obligaciones nacidas de ella, la posición tozuda y recíproca de las partes de incumplir con sus obligaciones exterioriza un mutuo disenso de aniquilamiento de la relación contractual. Esto es así, porque no es propósito de la ley mantener indefinidamente atados a los contratantes cuyo comportamiento, respecto de la ejecución de las obligaciones, sólo es indicativo de desistimiento mutuo del contrato.

Precisamente, la doctrina de la Corte, al considerar que el incumplimiento recíproco y simultáneo de los contratantes con sus obligaciones, trae como consecuencia la disolución por mutuo disenso tácito, sentó como fundamento el hecho de que "las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando por el contrario, la intención y los fines perseguidos por quien los ejecuta; de ahí, por lo que es preciso darle a la recíproca inexecución de las obligaciones contractuales, la significación exacta de la desistencia tácita" (Casación Civil 23 de septiembre de 1974, CXLVIII, 246).

19. Regresando a lo preceptuado por el artículo 1602 del Código Civil, se tiene que todo contrato es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o causas legales, de lo cual se desprende que los contratos pueden disolverse de dos maneras distintas: por acuerdo de las partes, o por los motivos previstos en la ley.

Vista la primera forma, o sea, por acuerdo de las partes o mutuo disenso, la segunda, vale decir, por causas legales, se da por ejemplo, cuando ocurre alguna de aquellas eventualidades que establece la ley como fenómenos de disolución del contrato, entre los cuales está la resolución. Esta se produce ante el cumplimiento de la con-

dición resolutoria tácita que se encuentra implícita en los contratos bilaterales, esto es, cuando uno de los contratantes no cumple lo pactado.

Entonces, según lo que se acaba de expresar, no se debe confundir la disolución del contrato por resolución, con la disolución del contrato por mutuo disenso. Se reitera que la primera se produce por el cumplimiento de una condición resolutoria, o sea, por una causa legal (artículo 1546 Código Civil) y la segunda, por el mutuo consenso de las partes (artículo 1602 Código Civil).

Sobre la diferencia existente entre consentimiento mutuo y resolución, como fenómenos de aniquilamiento del contrato, dijo la Corte en sentencia de 23 de septiembre de 1966:

“Como lo enseña el artículo 1602 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, de donde resulta que los contratos pueden extinguirse o quedar sin efecto de dos maneras distintas: por acuerdo de las partes, o por motivos previstos por la ley.

“Si la voluntad de los interesados crea el contrato, esa misma voluntad puede dejarlo sin efectos. Concurriendo todos aquellos que intervinieron en la formación del acto jurídico, éste puede ser extinguido por mutuo acuerdo porque, por regla general, las cosas en derecho se deshacen de la misma manera como se hacen.

“Esta forma de disolución de los contratos constituye, según la doctrina, uno de los casos del fenómeno llamado resciliación —o mutuo disenso—, que consiste en el anonomamiento del convenio por el mutuo consenso de las partes. Cuando un contrato ha sido dejado sin efecto por este medio, se dice entonces que ha sido resciliado.

“La otra forma de extinción de los contratos es por causas legales. Entre estas se cuenta la resolución, que es el efecto que produce el evento de una condición resolutoria, cuando por uno de los contratantes no se cumple lo pactado.

“En la resolución se anota el contrato no ya por voluntad de las partes, como en la resciliación —o mutuo disenso—, sino

por un motivo legal; la resciliación y la resolución se diferencian, pues, en cuanto a sus causas, que son distintas para uno y para otro caso”. (Tomo CXVII, 327).

De suerte que siendo diferentes la resolución del contrato y la resciliación o mutuo disenso, es impropio hablar de resolución del negocio jurídico por mutuo disenso, pues en el primer evento el aniquilamiento de la convención se produce como efecto del cumplimiento de la condición resolutoria por la inejecución por parte de uno de los contratantes de las obligaciones de su cargo y, en el segundo, se produce por el acuerdo mutuo para dejarlo sin efecto. Por demás, la resolución originada en la condición resolutoria tácita la regula el artículo 1546 del Código Civil y el mutuo disenso el artículo 1602 ibidem.

20. Ahora bien, no siempre que ocurra el incumplimiento recíproco de las partes contratantes con sus obligaciones puede hablarse de disolución del contrato por mutuo disenso tácito. Se precisa, para que se configure esta forma de aniquilamiento, que la conducta de las partes sea lo suficientemente indicativa de desistimiento de la convención, lo cual no se da cuando una de las partes, a pesar del incumplimiento original de una de sus obligaciones, continúa ejecutando oportunamente las demás, en la medida que se vuelvan exigibles, y la parte contraria acepta tal ejecución.

La jurisprudencia de la Corte, en este preciso punto, es la de que “para que pueda declararse desistido el contrato por mutuo disenso tácito requiérese que el comportamiento de ambos contratantes, frente al cumplimiento de sus obligaciones, pueda naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato, el de no llevarlo a cabo. No basta pues el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean expresivos, tácita o expresamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato...” (Casación Civil 20 de septiembre de 1978, aún no publicada).

21. En la especie de esta *litis*, la realidad procesal pone de manifiesto lo siguiente: a) que ambas partes incumplieron con la obligación simultánea de elevar a escritura

pública el contrato de promesa de permuta; b) que con posterioridad al anterior incumplimiento, la parte demandada cumplió con las otras obligaciones de su cargo, o sea, pagó a la demandante, en las oportunidades acordadas, las sumas de dinero que corrían de su cargo; c) que la conducta asumida por el demandado no puede tomarse como una clara manifestación de desistencia del contrato.

22. Viene de todo lo dicho que el Tribunal, al no despachar favorablemente las súplicas de la demanda, no quebrantó las normas indicadas en la censura, circunstancia por la cual los cargos no prosperan.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación

Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 3 de abril de este año, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el proceso ordinario de Lucila Borda de Gómez contra Alvaro Ramírez Castaño.

Las costas del recurso de casación corren de cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Ricardo Uribe Holguín, (con salvamento de voto).

Nicolás Pájaro Peñaranda, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Con razones que expresaré lo más sintéticamente que me sea posible, voy a explicar por qué considero un desacierto de la Sala haberse apartado en esta Sentencia de la doctrina que prohió en la del 29 de noviembre de 1978.

Se procuró, en una y otra, resolver el problema de los contratos bilaterales estancados, problema que creaba la antigua doctrina de que, cuando ambas partes contratantes incumplen, ninguna puede pedir la resolución ni el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. En la sentencia del 29 de noviembre de 1978 se llegó a la conclusión de que, si las obligaciones son de cumplimiento sucesivo, el contratante que incumpla después puede ejercitar cualquiera de las acciones que confiere el artículo 1546 del Código Civil, y si son de cumplimiento simultáneo, cualquiera de los contratantes puede también ejercitar una de esas acciones, siempre que el demandado no pueda demostrar que él incumplió PORQUE el demandante también lo hizo. En la sentencia de la cual me aparto se sostiene que las acciones que confiere el artículo 1546 no pueden ser ejercitadas sino por el contratante que ha cumplido o se ha allanado a cumplir, y el problema del estancamiento del contrato trata de resolverse mediante el criterio de que, cuando ambas partes incumplen y pueda inferirse que desean prescindir del contrato, hay un mutuo disenso que le pone fin.

No comparto esta revivida tesis, y encuentro que no sirva de solución a los contratos estancados. Véase por qué:

1. La simulación, la nulidad y la resolución no producen efectos por la mera concurrencia de los hechos que las generan. Tienen que ser judicialmente declaradas, esto es, decretadas en sentencia. Así se desprende claramente de los artículos

1766, 1746 y 1546 del Código, respectivamente. En cambio, el mutuo disenso tiene por sí solo la plenitud de sus efectos jurídicos, sin necesidad de ser judicialmente reconocido (artículo 1602 *ibidem*). Por lo tanto, en los casos de simulación, nulidad y resolución es la sentencia la que aniquila el contrato, en tanto que en el de mutuo disenso es este mismo, no la sentencia que lo reconoce, lo que deshace aquél.

2. Ahora bien: el mutuo disenso de un contrato solemne, como es el contrato de promesa que dio lugar a este proceso, debe tener la misma solemnidad del contrato del cual se desiste de común acuerdo. En materia de contratos solemnes no cabe mutuo disenso tácito o implícito, de hecho o derivado de los hechos. Así como es imposible desistir, por simples hechos que permitan inferir el consentimiento, de una compraventa o permuta de bien inmueble, o de una hipoteca, así también lo es extinguir, por actitudes o conductas de las partes, un contrato de promesa, que es solemne por documento privado. En Derecho las cosas se deshacen como se han hecho. El mutuo disenso de un contrato solemne, acordado tácitamente por virtud de determinados hechos que permitirían inferirlo, es acto inexistente o absolutamente nulo (artículos 1760 y 1741 del Código). El caso de la sociedad de hecho es excepción que confirma la regla.

3. En el terreno civil y en el comercial, todo acto bilateral (como lo es el mutuo disenso) se forma por el sistema de la oferta y la aceptación. Si se estimara que la demanda de aniquilamiento de un contrato bilateral constituye oferta de mutuo disenso, y que la aceptación por parte del demandado, bien en su respuesta a la demanda o bien en el libelo de reconvencción, forma el mutuo disenso propuesto por el

demandante, tales manifestaciones de voluntad solamente tendrían la eficacia de un acuerdo si el demandante se hubiera limitado a expresar su voluntad de que el contrato se extinga y el demandado hubiera aceptado esa propuesta pura y simplemente. Mas tal cosa no ocurre en la práctica. No hay que perder de vista que el contrato esté estancado por incumplimiento de las obligaciones de ambas partes, situación que impide, según la sentencia de que me aparto, ejercitar las acciones que otorga el artículo 1546. Qué ganan demandante y demandado manifestando su acuerdo de que el contrato desaparezca? De hecho no estaría produciendo efecto alguno, ni podría producirlo. La demanda de aniquilamiento del contrato carece pues de sentido si el demandante no pide, además, que el demandado le restituya lo que recibió en cumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas por aquél y le pague también una indemnización de perjuicios. Y muy difícilmente se encontrará en la práctica demandado que acepte desistir del contrato en estas condiciones. Por el contrario: pedirá éste que tales restituciones e indemnización se hagan a favor suyo, no del otro.

La aceptación de la oferta implica que el destinatario de esta adhiera a todos y cada uno de los elementos del negocio jurídico que se le propone, en forma tal que si expresa aceptar con cualquiera modificación de la oferta, así sea meramente accidental o secundaria, no se forma negocio jurídico: hay una nueva oferta o propuesta que el primitivo proponente puede aceptar o rechazar a su vez (artículo 855 del Código de Comercio) y que seguramente será rechazada por el demandante en el caso que examino.

4. Tampoco me parece cierto que el recíproco incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato bilateral signifique, salvo casos de excepción que en la sentencia que objeto se indican, recíproca voluntad de que el contrato desaparezca. Frecuentemente las obligaciones se incumplen por negligencia, descuido o imprudencia,

sin que de tales fenómenos pueda inferirse la intención de prescindir del contrato, el cual, a pesar del incumplimiento culposo, puede ser útil para el contratante incumplidor, quien podrá preferir pagar una indemnización pero conservar el derecho el pago de las obligaciones del otro contratante.

5. Estimo, además, que de la conducta ilícita de incumplir un contrato no puede derivarse válidamente un mutuo disenso. Nadie puede quitarse la carga de un contrato que no le conviene incumpliendo las obligaciones que éste le impone, como nadie pueda tampoco librarse de él cometiendo hechos de violencia o de fraude. En derecho, los hechos ilícitos no son jurídicamente eficaces. Producen efectos que quien los ha cometido no buscó, a diferencia del acto jurídico, que sí es eficaz a los ojos de la ley.

6. Finalmente, en los casos de estancamiento del contrato bilateral por recíproco incumplimiento de las obligaciones de las partes ninguna de éstas pide en la práctica, al formular su demanda, que el contrato se declare extinguido por mutuo disenso. Lo que invariablemente piden es la resolución del contrato, con las restituciones e indemnización consiguientes, todo ello con apoyo en el artículo 1546 del Código. La facultad que tiene el juez de interpretar la demanda no llega hasta el extremo de entender que donde se pide resolución del contrato por incumplimiento, lo que se solicita es "resiliación" por mutuo disenso. Se trata de dos pretensiones radicalmente distintas: por una, se pide unilateralmente que el contrato se resuelva con restituciones a indemnización para el demandante; por la otra, que por acuerdo bilateral entre las partes el contrato se declare extinguido, sin mutuas indemnizaciones.

En mi sentir, el problema ha quedado nuevamente sin solución.

Bogotá, D. E., 5 de noviembre de 1979

Ricardo Uribe Holguín.

ACCION RESOLUTORIA. CONCORDATO. QUIEBRA

La participación de los vendedores en la reunión de acreedores convocada a raíz de la solicitud de concordato preventivo potestativo elevada por el deudor (comprador de los bienes materia de la resolución) no comporta renuncia al ejercicio de la acción resolutoria. Si se implora el cumplimiento de la prestación es posible, aun cuando hubiere mediado el desistimiento de la pretensión, demandar la resolución del contrato. La declaratoria de quiebra no produce efectos extintivos de la acción resolutoria, cuando ésta se promueve con anterioridad a aquella

ACUMULACION DE PRETENSIONES

El carácter alternativo de las acciones (de cumplimiento o resolutoria) no ha de querer decir más que el ejercicio de ambas no es lógica ni jurídicamente posible de manera simultánea para la contradicción que entre ellas se advierte, aunque se trate de procesos separados. En cambio como una corroboración de que el ejercicio de una no genera la caducidad de la otra, sí es viable su acumulación en la misma demanda de manera principal y subsidiaria, como lo autoriza el numeral 2 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil

CONDICION RESOLUTORIA. Efectos ante terceros

La condición resolutoria expresa o la tácita aparece cuando consta en el título escriturario y lleva a la resolución del negocio jurídico, afecta ante los terceros adquirentes. A contrario sensu, cuando la condición resolutoria es tácita oculta, esto es, que no consta o no aparece en el título, los efectos de la resolución no afectan a terceros adquirentes que se consideran de buena fe

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogotá, D. E., diez de diciembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: Doctor Héctor Marín Naranjo.

Provee la Corte sobre los recursos de casación interpuestos por uno de los demandados y el condyuvante de otro, contra la sentencia de fecha veintitrés (23) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro de este proceso ordinario, instaurado por las sociedades "*Promociones Colombianas Urrea Delgado S. C. en Liquidación*" y "*Villamil Pardo e Hijos Limitada*", en frente de *Dario Cárdenas Martínez*, como persona natural y las sociedades "*Inversiones Cárdenas Parra Limitada*" y "*Hotel Dann Colonial Limitada*".

Antecedentes

En libelo que por reparto correspondió al Juzgado Décimo noveno Civil del Circuito de Bogotá, las sociedades demandantes pidieron que con citación y audiencia de las personas, natural y jurídicas nombradas, se hiciesen las siguientes declaratorias:

"1ª Que, como efecto de haber tenido ocurrencia la condición resolutoria prevista en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, contenida en la escritura de compraventa número 785 de 20 de mayo de 1981 de la Notaría Doce del Circulo Notarial de Bogotá, debidamente registrada, condición derivada de haberse estipulado allí un plazo para que el comprador pagara el precio, sin haber cumplido esta obligación expresa, se declare resuelto por incumplimiento del comprador demandado *Dario Cárdenas Martínez*, el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura mencionada, celebrado entre los actores como vendedores y dicho demandado como comprador, sobre los solares y edificaciones que 'forman actualmente un solo globo distinguido con los números nueve catorce y nueve cuarenta (9-14/40) de la carrera once (11) de Tunja', cuyos lindes y descripciones particulares aparecen en la 'determinación de los bienes', acápite de esta demanda.

"2ª Que la condición resolutoria contenida en el ordinal sexto de la premencionada escritura, originada en la forma de pago a plazos del precio de la compraventa insoluto, o sea de diez millones de pesos (\$10.000.000.00) y que es causa del incumplimiento del comprador, por constar en la citada escritura, ha pasado, afecta y vincula a las sociedades comerciales *Inversiones Cárdenas Parra Limitada* y *Hotel Dann Colonial Limitada*, causahabientes a título singular del comprador incumplido, *Dario Cárdenas Martínez*, en forma directa la primera de ellas, y en forma derivada la última.

"3ª Que, consecuentemente, el decreto de resolución del referido contrato que se impetra en la primera declaración produce efectos contra *Dario Cárdenas Martínez*, contra *Inversiones Cárdenas Parra Limitada* y especialmente contra *Hotel Dann Colonial Limitada*.

"4ª Que en razón de ser *Hotel Dann Colonial Limitada* actual poseedora inscrita de los inmuebles objeto de la compraventa cuya resolución se pide, queda obligada, por virtud de la acción resolutoria que se está ejerciendo, a la restitución a los demandantes, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo, de los citados inmuebles objeto de la referida compraventa y determinados más adelante.

"5ª Que se condene solidariamente a los demandados, como poseedores de mala fe, a la restitución de los frutos civiles y naturales que los inmuebles en referencia hubieren producido o que hubieren podido percibir los demandantes con mediana inteligencia o actividad, de haber tenido la finca en su poder, durante el tiempo que los demandados la han detentado, en la cuantía que se demuestre en el proceso o en posterior liquidación si se efectuare condena genérica.

"6ª Que se reconozca y declare que por su incumplimiento los demandados, en especial el comprador Darío Cárdenas Martínez han causado perjuicios a los demandantes, de los que deberán resarcirlos en la cantidad en que se demuestre en el proceso o en liquidación ulterior, si hubiere condena en abstracto.

"7ª Que, como del precio real, los demandantes recibieron la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000.00), se les autorice a retener esa suma y a compensarla hasta concurrencia de las cantidades que resulten a cargo de los demandados o de cualquiera de ellos por concepto de perjuicios, frutos y costas..."

Los hechos básicos de la "*causa petendi*" son, en resumen, los siguientes:

a) "Boyacá Motors Limitada", sociedad comercial domiciliada en Tunja, cuyos únicos socios fueron las compañías "Promociones Colombianas Urrea Delgado S. C." y "Villamil Pardo e Hijos Limitada", ejerció durante treinta (30) años actividades mercantiles de compraventa de vehículos automotores, venta de repuestos para los mismos, servicio de reparación y revisiones, en el establecimiento de comercio situado en la carrera once (11), distinguido con los números 9-14/40 de la ciudad de Tunja, integrado el negocio por los solares y edificaciones singularizados en la demanda, inmueble al cual se refiere la presente acción resolutoria.

b) "Boyacá Motos Limitada" vendió a los mencionados socios, en proporción del cuarenta y nueve por ciento (49%) a "Promociones Colombianas Urrea Delgado S. C." (en liquidación) y el cincuenta y uno por ciento (51%) restante, a "Villamil Pardo e Hijos Limitada" los inmuebles ya referidos, según escritura pública número 2218 del 4 de diciembre de 1974 de la Notaría Doce del Círculo Notarial de Bogotá, debidamente registrada.

c) "Promociones Colombianas Urrea Delgado S. C." y "Villamil Pardo e Hijos Limitada", junto con otras personas, constituyeron el 8 de noviembre de 1974 la sociedad de comercio denominada "Mercantil Automotriz Limitada", domiciliada en Tunja, y a dicha persona jurídica dieron en arrendamiento el referido inmueble de la carrera 11, distinguido con los números 9-14/40 y, además le vendieron muebles, estantería de repuestos, elementos de taller, etc., para continuar la misma actividad mercantil de compraventa de vehículos automotores, servicio de reparación y revisiones que venía explotando la sociedad "Boyacá Motos Limitada", por un tiempo superior a los veinticinco años.

d) El demandado Darío Cárdenas Martínez, aduciendo tener gestiones muy adelantadas con la empresa "SOFASA" que, según dijo,

le otorgaría la agencia expendedora de vehículos "Renault" en Tunja, propuso reiterada e insistentemente a las sociedades demandantes la compra de los inmuebles antes mencionados, con el fin de continuar en ellos la actividad mercantil de compraventa de vehículos automotores, servicio de reparación y revisiones, aprovechando Cárdenas Martínez el *good will*, clientela y todos los intangibles acumulados por "Boyacá Motors Limitada".

e) Como resultado del examen y discusión de la propuesta, entre las sociedades demandantes como vendedoras y Cárdenas Martínez como comprador, se fijó un precio de \$15.000.000.00, correspondientes \$5.000.000.00 a prima, *good will*, clientela e intangibles y los \$10.000.000.00 por concepto de los mencionados solares y construcciones. Al efecto se extendió un documento privado, sin especificarse la división o precios parciales componentes del predio total.

f) La promesa fijó como lugar, fecha y hora del otorgamiento de la escritura, la Notaría Doce de Bogotá, el 30 de abril de 1981 y las 4:00 p.m., y determinó que se entregaba al firmarse la promesa la suma de \$1.000.000.00 y el saldo de \$14.000.000.00, en los plazos allí señalados, con hipoteca sobre lo vendido "y previo acuerdo variado", garante del cumplimiento de pago y como "complemento" de los pagarés que se otorgarían por las sumas y plazos que correspondieran a las formas de solución. No obstante, Cárdenas Martínez pidió a los promitentes vendedores que lo relevaran de otorgar hipoteca sobre los inmuebles objeto de la promesa, arguyendo que "SOFASA" le exigía hipoteca de primer grado. Igualmente solicitó una prórroga con el fin de considerar qué bien o bienes podía dar en hipoteca sustitutiva.

g) Convenidas varias y sucesivas prórrogas, ante las dificultades que alegaba el promitente comprador, se convino el 20 de mayo de 1981 como fecha para la celebración de la escritura pública. En el ínterin, Cárdenas Martínez presentó el 14 de mayo de 1981 un certificado de paz y salvo predial del apartamento 201 de la calle 93 número 5-25, único inmueble que el promitente comprador podía ofrecer en hipoteca sustitutiva y de segundo grado. Igualmente solicitó a las vendedoras que en la escritura de cumplimiento se dejara constancia solamente del predio parcial de \$10.000.000.00, correspondiente al dominio de los inmuebles, ya que los otros \$5.000.000.00 pertenecían a prima, *good will*, clientela y demás intangibles.

h) Ingenuamente y constreñidas por el hecho de haber entregado con anterioridad los inmuebles de la carrera 11 números 9-14/40 de Tunja y de haber accedido a estipular, por petición del promitente comprador, que las arras recibidas eran "parte del precio y señal de quedar convenidos los contratantes" otorgaron las sociedades actoras la escritura 785 de mayo 20 de 1981 de la Notaría Doce de Bogotá; declararon que el precio insoluto de la venta era la cantidad de \$10.000.00 que el comprador Cárdenas Martínez se obliga a pagar así: \$5.000.000.00 el 30 de julio de 1982 y \$5.000.000.00 el 30 de enero de 1983, en la proporción del 49% y 51% para cada una de las sociedades vendedoras.

i) El comprador Cárdenas Martínez no ha pagado y está en mora de hacerlo, el primer contado del referido precio, por valor de \$5.000.000.00 exigibles desde el 30 de julio de 1982 y además ya se

hizo exigible el segundo contado, por igual cantidad, en razón de haber presentado oferta formal de concordato preventivo ante sus acreedores, concordato fracasado.

j) En la misma notaría, y en los mismos días y hora, se otorgó por Cárdenas Martínez y su cónyuge María del Carmen Parra de Cárdenas, la escritura número 786, mediante la cual se constituye hipoteca de segundo grado en favor de las sociedades vendedoras, por la suma de \$ 10.000.000.00, sobre el apartamento 201 del edificio Garden, situado en la calle 93, distinguido con el número 5-25 de esta ciudad. Además, para solucionar el resto del precio real, o sea, los \$ 4.000.000.00 que completarían los \$ 15.000.000.00, valor de la venta, Darío Cárdenas suscribió dos pagarés a favor de los demandantes, así: Uno por \$ 1.960.000.00 en favor de "Promociones Colombianas Urrea Delgado S. C., en liquidación", pagadero por mitades exigibles el 30 de mayo de 1981 y el 30 de julio del mismo año; y otro por valor de \$ 2.040.000.00 en favor de Villamil Pardo e Hijos Limitada, pagadero por mitades el 30 de mayo de 1981 y el 30 de julio del mismo año.

k) El mismo 20 de mayo de 1981 cuando Darío Cárdenas firma en la Notaría Doce de Bogotá la escritura de compra número 785 y este y su cónyuge suscriben la número 786, constitutiva de hipoteca, en la Notaría Veintidós de la misma ciudad, Darío Cárdenas Martínez, María del Carmen Parra de Cárdenas, Darío Cárdenas Parra y Lilia Consuelo Cárdenas Martínez, hermana del primero, constituyeron sociedad comercial de responsabilidad limitada, domiciliada en Bogotá, que gira bajo la razón social de "Inversiones Cárdenas Parra Limitada", con fines comerciales y económicos; entre otros, la compra y venta de automotores, automóviles, camionetas, camiones, campeiros, etc.

l) El demandado Darío Cárdenas M., dolosamente retiró de la Notaría Doce las copias de la escritura número 785, de compraventa, lo mismo que la primera, segunda y tercera copias de la número 786, constitutiva de hipoteca, y las mantuvo en su poder, sin registrar, hasta cuando vencieron los noventa días que señala la ley. El y su cónyuge María del Carmen Parra de C., conscientes de que la escritura 786 de mayo 20 de 1981 estaba sin registrar, transfirieron el apartamento 201 del edificio Garden, situado en la calle 93 número 5-25, que soportaba la hipoteca en favor de las sociedades actoras, en favor de la sociedad "Inversiones Cárdenas Parra Limitada", siendo ambos socios de esta última y Darío Cárdenas M., gerente de la misma, absteniéndose de avisar a los demandantes, como acreedores con título hipotecario.

m) Retirada por el demandado Cárdenas M., la copia de la escritura 785, contentiva de la compraventa de los inmuebles cuya resolución se impetra, la retuvo en su poder y sin registrarla procedió a transferir, a título de venta, según escritura número 1424 de la Notaría Veintidós de Bogotá del 13 de agosto de 1981, en favor de "Inversiones Cárdenas Parra Limitada" cuyo gerente y socio es él mismo, los citados inmuebles aseverando que la escritura 785 estaba "en trámite de registro junto con esta escritura" y los inmuebles objeto

de la compraventa "libres de condiciones resolutorias", lo que deja ver la mala fe de la sociedad "Inversiones Cárdenas Parra Limitada".

n) El demandado Cárdenas Martínez culminó el 24 de agosto de 1981, con Mercantil Automotriz Limitada, arrendataria de los inmuebles situados en la carrera 11 número 9-14/40 de Tunja, la negociación de compra de los muebles, estantería de repuestos, elementos de taller, conmutador, líneas telefónicas, etc., usados en la explotación del establecimiento de comercio que allí funcionó por más de veinticinco años, con el propósito de cumplir con SOFASA, ofreciéndole el establecimiento de comercio montado, con insuperable clientela, *good will* e intangibles.

ñ) Inversiones Cárdenas Parra Limitada, en asocio de Boris Spiwak Knorpel, constituyó el 24 de septiembre de 1981, la sociedad comercial denominada "Hotel Dann Colonial Limitada", domiciliada en Bogotá, designando gerentes de la misma a Darío Cárdenas Martínez y a Boris Spiwak Knorpel, gerentes "que deberán actuar conjuntamente en los actos que representen a la sociedad".

o) El 17 de noviembre de 1981 Darío Cárdenas Martínez, mediante apoderado, solicitó ante el Juzgado Octavo Civil del Circuito que se le aceptase oferta de concordato preventivo que hacía a sus acreedores, petición que fue admitida y los acreedores citados, según edicto fijado el 3 de diciembre subsiguiente en la secretaría del juzgado.

p) Por escritura pública número 1482 de marzo 17 de 1982 de la Notaría Quinta de Bogotá "Inversiones Cárdenas Parra Limitada", representada por el gerente Darío Cárdenas Martínez, vendió a la sociedad "Hotel Dann Colonial Limitada", representada por sus gerentes Darío Cárdenas Martínez y Boris Spiwak Knorpel, los inmuebles situados en la carrera 11 número 9-14/40 de Tunja. En todas estas actuaciones los demandados Cárdenas Martínez y sus causahabientes a título singular "Inversiones Cárdenas Parra Limitada" y "Hotel Dann Colonial Limitada", han procedido con ánimo defraudatorio y con manifiesta mala fe.

q) Los inmuebles materia de la compraventa, cuya resolución se demanda, han producido frutos o, en todo caso, los habrían podido producir si no se hubieren sacado del patrimonio de las actoras con el contrato incumplido por falta de pago del precio. De otra parte, los perjuicios padecidos por ellas, consisten en los arrendamientos que han dejado de percibir.

r) Mientras las sociedades demandantes cumplieron la totalidad de sus obligaciones al firmar el 20 de mayo de 1981 en la Notaría Doce de Bogotá la escritura de venta número 785, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tunja el 17 de agosto subsiguiente y haber hecho entrega real y material de los inmuebles desde el 30 de abril de 1981, es decir, veinte días antes de la firma de la escritura, el demandado Cárdenas Martínez solamente solucionó la primera cuota de los respectivos pagos a "Villamil Pardo e Hijos Limitada" y a "Promociones Colombianas Urrea Delgado S. C., en liquidación" y los intereses sobre la misma, así como también los intereses sobre el saldo quedado a deber, los intereses sobre los sal-

dos insolutos de los respectivos pagarés correspondientes a la prima o precio de los intangibles componentes del establecimiento, hasta el 31 de julio de 1981.

La demanda fue admitida por auto de noviembre 18 de 1982 y en él, por petición expresa de las actoras, se ordenó el emplazamiento de Darío Cárdenas Martínez, en su doble condición de persona natural y representante legal de las sociedades "Inversiones Cárdenas Parra Limitada" y "Hotel Dann Colonial Limitada".

Trabada la relación jurídico-procesal, y acreditadas las publicaciones de ley, el demandado Cárdenas Martínez no compareció, razón por la cual se le nombró curador *ad litem*, quien una vez posesionado del cargo dio contestación oportuna manifestando no constarle la mayoría de los hechos y pidiendo la prueba de los demás. Propuso, igualmente, la excepción que denominó "genérica".

La sociedad "Inversiones Cárdenas Parra Limitada", constituyó, por conducto de su representante, apoderado judicial (fl. 155 cdno. 1), quien aceptó algunos hechos, especialmente los referentes a la celebración de la promesa de compraventa y la constitución de las sociedades; negó otros, manifestó no constarle algunos, y pidió la prueba de los demás. Propuso, finalmente, las excepciones que denominó "Carencia de acción resolutoria", "Inexistencia de la obligación por novación de la misma", "Carencia de acción" y "Mora creditoria".

La sociedad "Hotel Dann Colonial Limitada" no contestó la demanda.

El señor Boris Spiwak Knorpel, por su parte, se constituyó en tercero coadyuvante de la sociedad demandada "Hotel Dann Colonial Limitada", manifestando ser socio de la misma y resultar afectado en caso de un fallo adverso a la citada persona jurídica (fls. 92, 148 y ss. cdno. 1).

Diligenciada la instancia, tras larga y accidentada actuación, el *a quo* la definió en sentencia del 30 de enero de 1986, en la cual dispuso lo siguiente:

"1º Se declaran no probadas las excepciones.

"2º Por incumplimiento del comprador Darío Cárdenas Martínez en el pago del precio, se declara resuelto el contrato de compraventa celebrado entre las sociedades que actúan como demandantes en este proceso, como vendedoras y el señor Darío Cárdenas Martínez, como comprador...

"3º Esta declaratoria de resolución del contrato afecta al demandado Darío Cárdenas Martínez, y a las sociedades Inversiones Cárdenas Parra Limitada y Hotel Dann Colonial Limitada.

"4º ...se decreta la cancelación de la inscripción de las escrituras 785 de 1981, otorgada en la Notaría Doce del Círculo de Bogotá; 1424 de 1981, otorgada en la Notaría Veintidós del Círculo de Bogotá, y 1482 de 1982, otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá...

"5º Se ordena la sociedad Hotel Dann Colonial Limitada, que dentro de los seis días siguientes al de la ejecutoria de esta sentencia, restituya a las sociedades demandantes el inmueble de que trata el proceso.

"6º Se condena a las sociedades demandadas y al señor Darío Cárdenas Martínez a pagarle a las sociedades demandantes los frutos civiles y naturales que haya producido el inmueble durante el tiempo en que cada cual lo poseyó, en proporción a las dos terceras (2/3) partes.

"Líquidense los frutos por el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"7º Se reconoce a las sociedades demandantes el derecho a retener, como pago de los perjuicios sufridos, la suma de \$ 1.000.000.00, que recibieron del señor Darío Cárdenas Martínez como arras del negocio.

"8º Se ordena a las sociedades demandantes que reintegren al señor Darío Cárdenas Martínez la suma de \$ 2.000.000.00 que de él recibieron como parte del precio, teniendo en cuenta la devaluación de la moneda.

"Las sociedades demandantes reconocerán al demandado Cárdenas Martínez los intereses que legalmente correspondan sobre la cantidad respectiva.

"9º No se reconoce a la parte demandada el pago de mejoras por no haberlas comprobado..."

Posteriormente, a petición de la parte actora, profirió un auto complementario mediante el cual aclaró el numeral 6º de la parte resolutive, en el sentido de decir que la condena contra los demandados al pago de frutos se limitaba a las 2/3 partes del valor de los mismos y que cada uno de los demandados debía responder por el pago de la totalidad de esas 2/3 partes "durante el tiempo en que cada uno de ellos haya tenido los bienes bajo su cuidado".

Inconformes las partes con la decisión del *a quo*, interpusieron recurso de apelación que fue desatado por el Tribunal en sentencia del 23 de junio de 1988, que dispuso lo que a continuación se lee:

"1º Confirmar los puntos primero a sexto inclusive de la parte resolutive de la sentencia apelada.

"2º Revócase el punto séptimo de la misma resolución, la cual quedará así:

"Declárase que por su incumplimiento los demandados, en especial el comprador Darío Cárdenas Martínez ha causado perjuicios a las sociedades demandantes. Para su regulación habrá de procederse en la forma indicada en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"3º Como del precio real pactado los demandantes recibieron la suma de cinco millones de pesos, tres millones de ellos en dinero efectivo y la suma restante en títulos valores, tal cantidad debe ser

devuelta al comprador demandado Darío Cárdenas Martínez, sujeta a devaluación la cantidad recibida en efectivo y con entrega de los títulos correspondientes al excedente...

"Para hacer la regulación de la moneda al valor real de la misma al momento de su restitución, habrá de seguirse el trámite indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"Tal suma de dinero habrá de ser cancelada teniendo en cuenta los intereses que la misma haya devengado. Tal regulación deberá hacerse dentro del mismo trámite anteriormente dispuesto.

"En esta forma queda modificado el octavo de la parte resolutive de la sentencia.

"4º Autorízase a los demandantes para compensar con las sumas recibidas del demandado, tomando en cuenta la totalidad que resulte al hacer la liquidación correspondiente, el valor que resulte a su favor por concepto de perjuicios, fruto y costas.

"5º Refórmase el punto noveno de la sentencia apelada en el sentido de reconocer a favor del comprador las expensas ordinarias hechas simplemente para conservar el inmueble que habrá de restituir a sus vendedores. En tal regulación el demandado es considerado como poseedor de mala fe, conforme se ha visto.

"No se hace pronunciamiento sobre regulación de mejoras en virtud de no haber sido solicitadas ni estar previstas en la ley como consecuencia directa de la resolución contractual decretada..."

Motivaciones de la sentencia impugnada:

Inicia el Tribunal su fallo, haciendo referencia expresa a los antecedentes del litigio. Identifica, en seguida, las partes que han tenido intervención activa en el proceso y su inconformidad con el fallo apelado; precisa cuáles son sus planteamientos en las alegaciones que por escrito y en audiencia se surtieron en el curso de la segunda instancia y aborda, entonces, el tema de los razonamientos expuestos por el *a quo*.

Alude el sentenciador a la petición primera de la demanda, o sea, la de resolución del contrato de compraventa, para afirmar que como lo alegado por el actor es el incumplimiento del negocio, es necesario aplicar integralmente el contenido de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil. Y como la afirmación hecha por la parte actora entraña un hecho negativo, el correlativo, es decir, el del oportuno cumplimiento, debió ser demostrado por el demandado Darío Cárdenas Martínez, por ser él el inicial contratante, prueba que el Tribunal no halla en parte alguna, lo que conduce a inferir que los requisitos para la prosperidad de la acción resolutoria se encuentran reunidos en el plenario.

Respecto de la excepción que la sociedad "Inversiones Cárdenas Parra Limitada" propuso y denominó Novación, con base en el artículo 1625 del Código Civil, la encuentra planteada en forma equívoca, porque la escritura de hipoteca número 786 de mayo 20 de 1981, no

tiene virtud suficiente como para variar los términos contractuales frente al contenido del artículo 1687 del Código Civil, pues no se dice allí que el negocio jurídico celebrado implicara cambio de obligación. Menos aún si se tiene en cuenta que por una serie de circunstancias que rodearon la negociación y que impidieron el oportuno registro del gravamen, se deduce un indicio grave que desvirtúa cualquier posible buena fe en la celebración del acto jurídico. El sentenciador concluye, entonces, que tal excepción no está llamada a prosperar.

Y refiriéndose también al medio exceptivo que la sociedad demandada "Inversiones Cárdenas Parra Limitada" llamó "Carencia de acción resolutoria", basada en el hecho de que las sociedades actoras comparecieron al proceso de concordato promovido por Darío Cárdenas Martínez, lo que impedía a las demandantes ejercer las dos alternativas previstas por el artículo 1546 del Código Civil, el fallador infiere que como finalmente no hubo acuerdo entre deudor y acreedores, no puede aceptarse que para estas se haya agotado la posibilidad de ejercer la acción resolutoria, menos aún si no se ha demostrado en el plenario que los créditos de las vendedoras demandantes, presentados en el concordato, fuesen los mismos que han dado origen a la presente acción resolutoria. Desestima, igualmente, esta excepción.

Emprende después el estudio de la petición segunda de la demanda. Cita, en primer término el artículo 1548 del Código Civil, para afirmar que como de conformidad con lo estipulado en la escritura 785, el inmueble no se había pagado, la condición resolutoria tácita respecto de la negociación se encontraba vigente, sin que su contenido pierda vigencia por el hecho de haberse pretendido garantizar el pago de la obligación con una presunta hipoteca que no alcanzó ninguna eficacia. Y no puede aceptarse, agrega el *ad quem*, que la sociedad "Inversiones Cárdenas Parra Limitada", gerenciada por Darío Cárdenas Martínez, no tuviera conocimiento de la posibilidad de resolver el contrato inicial, porque aun cuando la persona jurídica es diferente de los socios individualmente considerados, aquellas actúan por intermedio de personas naturales que son sus representantes y si este engaña a la sociedad, debe responder ante ella, sin que su conducta culpable, dolosa o simplemente omisiva, pueda causar perjuicios a terceros, al amparo de negocios como los aquí reseñados, sin que pueda por tanto existir obstáculo alguno para el ejercicio de la acción resolutoria.

En otras palabras, explica el Tribunal, no puede aceptarse que "Inversiones Cárdenas Parra Limitada" desconociera la existencia de la acción resolutoria tácita, porque esta sociedad actuó por conducto de su gerente, que era el mismo deudor de la obligación que aparecía en la escritura 785, no pudiendo por tanto desconocer la posibilidad de su ejercicio. La mala fe, agrega, del gerente de la sociedad y de ella misma es ostensible.

En este pasaje de su fallo, cuando el *ad quem*, considerando la íntima relación que existe entre las peticiones segunda, tercera y cuarta de la demanda, acomete el análisis de la posición asumida por el coadyuvante de la sociedad "Hotel Dann Colonial Limitada". Al respecto estima que la nulidad insistentemente alegada por este tercero no se configuró en el proceso, porque el emplazamiento efectuado en el curso de la primera instancia (fl. 62, cdno. 1) citó a Darío Cárdenas

Martínez, no sólo en nombre propio, sino como representante legal de las sociedades "Inversiones Cárdenas Parra Limitada" y "Hotel Dann Colonial Limitada", calidades en las cuales se le designó curador *ad litem* y así actuó en el curso del proceso.

El emplazamiento, subraya el *ad quem*, se hizo conforme a la ley y por ello el señor Darío Cárdenas Martínez compareció oportunamente en representación de la sociedad "Inversiones Cárdenas Parra Limitada". Con apoyo en el artículo 329 del Código de Procedimiento Civil deduce luego que, como en tal calidad compareció, débese admitir que supo con precisión la existencia del pleito, no solamente contra esta sociedad, sino contra él como persona natural, en nombre propio, y contra la otra persona jurídica, es decir "Hotel Dann Colonial Limitada". Sostener lo contrario, añade, es falta de lealtad y buena fe, que deben imperar dentro del proceso, entre las partes y sus apoderados.

Hecha la anterior precisión, pasa el sentenciador a ocuparse del argumento esgrimido por el coadyuvante, según el cual, como la sociedad "Hotel Dann Colonial Limitada" es adquiriente de buena fe, no la afecta la resolución decretada porque la escritura 1482 de 1982, de la Notaría Quinta de Bogotá, hace referencia a la tradición del inmueble, señalando que la sociedad vendedora "Inversiones Cárdenas Parra Limitada" lo adquirió por compra hecha según escritura número 1424 de 1981, de la Notaría Veintidós de Bogotá, donde se dice, además, haberse pagado la totalidad del precio y hallarse libre de "acción resolutoria". Que por tal razón no le es aplicable al coadyuvado el contenido del artículo 1548 del Código Civil.

Sobre el particular, expresa que habiendo el demandado Darío Cárdenas Martínez faltado a la verdad al afirmar en la escritura pública 1424 que el bien raíz se hallaba libre de condición resolutoria, no se puede considerar a las sociedades "Inversiones Cárdenas Parra Limitada" y "Hotel Dann Colonial Limitada" como compradoras de buena fe, si se tiene en cuenta que quien comparece a vender es siempre el inicialmente obligado Cárdenas Martínez, en la primera venta a nombre propio, y en la segunda, como representante de la sociedad vendedora y conformando con Boris Spiwak K., la representación convencional de la sociedad hotelera compradora. Si aceptó, señala el Tribunal, la venta que aparece en la escritura 1482, cuando sabía que apenas habían transcurrido nueve meses y veintisiete días de haber suscrito la número 785 de mayo 20 de 1981, y ocho meses y cuatro días después de haber otorgado la número 1424, lo hizo a sabiendas de que el bien comprado estaba sometido a la condición resolutoria prescrita en el artículo 1930 del Código Civil, por hallarse pendiente de pago el precio acordado entre Cárdenas Martínez y las sociedades vendedoras, aquí demandantes.

De lo precedente, deduce el fallador que la sociedad "Hotel Dann Colonial Limitada" no puede tratar de eximirse de los efectos de la condición resolutoria, porque era su obligación como compradora investigar la tradición del inmueble, como lo haría una persona de mediano juicio y porque, además, uno de sus representantes era abso-

luto conocedor de la situación existente sobre el inmueble. Así mismo, si hubiese actuado con prudencia no habría admitido la mendaz afirmación hecha por la sociedad vendedora.

Con base en estas consideraciones, el Tribunal halla que las pretensiones segunda, tercera y cuarta de la demanda, deben prosperar, y de consiguiente, los puntos tercero, cuarto y quinto de la parte resolutive de la sentencia del *a quo* merecen confirmación.

Prosiguiendo el estudio de la pretensión quinta de la demanda, que se orienta a la declaratoria de solidaridad de los demandados como poseedores de mala fe, estima el *ad quem* que teniendo la solidaridad origen en la convención, testamento o la ley, según lo dispuesto por el artículo 1568 del Código Civil, ella no puede ser establecida mediante una decisión judicial. Sin embargo, como el numeral sexto de la parte resolutive del fallo de primera instancia, condenó a los demandados a pagarles a las sociedades demandantes los frutos que el inmueble hubiese podido producir durante el tiempo que cada cual lo poseyó, en la proporción de dos terceras partes, pasa a referirse a ese aspecto del litigio para afirmar que como las demandantes aceptaron haber recibido como parte de pago, en dinero efectivo, de parte del comprador, la suma de \$ 3.000.000.00 y conservan en su poder títulos-valores por valor de \$ 2.000.000.00, entregados por este y que aquellas no le han devuelto, se llega a la conclusión de que las vendedoras recibieron una tercera parte del precio acordado \$ 5.000.000.00 quedando pendiente solamente el pago de las dos terceras partes del valor asignado a los inmuebles, es decir, la suma de \$ 10.000.000.00, razón por la cual lo analizado por el *a quo* en este punto está ajustado a derecho y debe ser confirmado.

Más adelante, aludiendo al numeral sexto de las pretensiones —sobre los perjuicios causados a la parte demandante— y apoyado en lo prescrito por los artículos 1546, 1930, 1932, 1859 y 1860 del Código Civil, el sentenciador, distanciándose del criterio del *a quo*, encuentra que las arras pactadas en la promesa de contrato ajustada entre las partes, se dieron como parte del precio prometido, no para garantizar su cumplimiento, razón por la cual, si ya se otorgó escritura, no es posible interpretarlas como una estimación anticipada de perjuicios y como estos no fueron probados dentro del proceso, no obstante que la ley presupone su existencia para el contratante cumplido, su regulación debe hacerse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. En ese aspecto, reconoce entonces, que el punto séptimo de la parte resolutive del fallo debe ser revocado.

Posteriormente, aborda el tema de la retención y la compensación demandadas por la parte actora y acogidas por el juzgado en su fallo, para señalar que aunque ello es procedente, deben tenerse en cuenta varias reflexiones que a renglón seguido puntualiza. En efecto, fundado en lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 1932 del Código Civil y habida consideración de que como el precio pagado por el comprador Cárdenas Martínez ascendió a cinco millones de pesos, como se dijo antes, las sociedades demandantes, “receptoras de esa cantidad”, deben restituirla al demandado, en dinero efectivo, o representada en los efectos negociables que recibieron como pago. Y en virtud de la

susodicha compensación, debe atenderse a lo que sobre ese aspecto diga la parte demandante, pues existen títulos valores que, según se afirma, han quedado sin solucionar y por tanto sujetos al evento previsto por el artículo 882 del Código de Comercio.

La restitución, explica el Tribunal, debe hacerse teniendo en cuenta la devaluación monetaria y siguiendo el trámite previsto por el artículo 308 del estatuto procesal.

Finaliza el fallador sus razonamientos recordando que según lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 1932 del Código Civil, el vendedor está autorizado para obtener la restitución de frutos, pero no obligado a reconocer mejoras. Es una aplicación errónea del supuesto previsto para el poseedor vencido, agrega. Empero, acepta que el comprador vencido tiene derecho a que se le reconozcan las expensas ordinarias hechas para conservar simplemente el inmueble, para lo cual se le debe considerar como poseedor de mala fe, y aplicarse en lo pertinente los artículos 965 y 966 del Código Civil, pero teniendo en cuenta que como tales valores no fueron demostrados, su monto debe tasarse siguiendo el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

El recurso de casación

Tanto la sociedad "Inversiones Cárdenas Parra Limitada" como el coadyuvante de la otra sociedad demandada, señor Boris Spiwak Knorpe, sentaron sendas demandas de casación en contra de la sentencia acabada de compendiar. Como quiera que algunos de los cargos de la segunda tienen desarrollos similares a los propuestos por la mencionada inicialmente, la Sala los despachará al tiempo, y con posterioridad abordará el examen de aquellos que específicamente suscita el coadyuvante.

Cargo primero

De la demanda de "Inversiones Cárdenas Parra Limitada".

En él acúsase la sentencia, por vía directa, de ser violatoria por indebida aplicación de los artículos 870, 2º y 822 del Código de Comercio, 1546, 1930, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 1548, 1714, 1715, 1717, 1932 y 2493 del Código Civil y por falta de aplicación de los artículos 2488 del Código Civil, 2º, 822, 1910, 1917, 1937, 1945, 1946, 1961, 1962, 1973, 1978 y 1984 del Código de Comercio.

Prevía una explicación que hace el recurrente para justificar la formulación del cargo en forma simultánea por aplicación indebida y falta de aplicación de dos normas del Código de Comercio, pasa a transcribir apartes de una sentencia proferida por esta Corporación el 8 de junio de 1979, que considera como un antecedente jurisprudencial aplicable al caso. Emprende, entonces, el estudio del yerro de "diagnóstico jurídica" en que incurrió el fallador de segunda instancia, para afirmar que este tuvo por demostrado el estado de quiebra en que se halla el demandado Darío Cárdenas Martínez, hecho sobre el cual el censor no muestra ninguna discrepancia.

El Tribunal, dice el impugnante, no obstante tener por probado el estado de quiebra del comerciante demandando, hizo una diagnosis errada de las normas aplicables, por cuanto aplicó indebidamente las normas relativas a la resolución por incumplimiento y dejó de aplicar las que si son pertinentes, es decir, las relativas a la universalidad del proceso concursal y la "plenitud" del mismo, así como las de la *par conditio creditorum* que, como ya lo había dicho la Corte, hacen impropcedente la acción resolutoria. El sentenciador, lo repite, dejó de aplicar todas las normas del Código de Comercio relativas a la quiebra que, de haberlas aplicado, lo habrían llevado a concluir, como lo hizo la Corte en la sentencia inicialmente señalada, que cuando el autor del precio ha sido declarado en quiebra, el acreedor no puede demandar la resolución del contrato, sino exclusivamente hacerse parte, como un acreedor más para cobrar el saldo insoluto, porque de-bería en condiciones de inferioridad a los demás acreedores.

Aclara, entonces, que cuando se ha malinterpretado una norma, pero no se aplica, el concepto de la violación debe ser el de falta de aplicación y no el de interpretación errónea, según reiterada doctrina de la Corte, para afirmar más adelante que el Tribunal incurrió en la aplicación indebida del artículo 870 del Código de Comercio, del 1546 y 1930 del Código Civil, porque no obstante haberlas entendido rectamente en su alcance y significado las aplicó a un caso que, por mandato de las leyes comerciales, no eran aplicables, lo que de paso lo llevó a aplicar indebidamente también las normas que prevén las consecuencias de la prosperidad de la resolución citadas en la censura, lo mismo que otras que consagran algunos de los efectos pedidos por la actora. Además, el Tribunal ignoró la existencia y por tanto no aplicó todas las normas del Código de Comercio relacionadas con la quiebra, especialmente las que aluden a las consecuencias de la misma, como la unidad del proceso, y la *par conditio creditorum*.

Para finalizar el cargo, el recurrente esboza dos explicaciones que considera atinentes al caso: La una, consistente en que su representación está legitimada para deprecar la casación total del fallo, a pesar de no ser ella la entidad quebrada, porque en virtud del estado de quiebra del comprador original, la condición resolutoria que afectaba su título desaparece, quedando consolidado por tanto el de los subadquirentes. La otra, que el hecho de la quiebra se alegó como excepción en las instancias, lo que quiere decir que no constituye un medio nuevo.

Fide, por último, a la Corte, que al casar la sentencia declare probada la excepción de carencia de acción resolutoria.

Cargo primero

De la demanda de Boris Spiwak Knorpel.

Se le imputa a la sentencia de ser violatoria, por vía directa y por indebida aplicación de los artículos 870, 1º, 2º y 822 del Código del Comercio, 1546, 1930, 1548, 2493 del Código Civil y por falta de aplicación de los artículos 2488 del Código Civil; 1º, 2º, 822, 1910, 1917, 1907, 1945, 1946, 1961, 1962, 1973, 1978 y 1984 del Código de Comercio.

El expresar los fundamentos de la impugnación, empieza el censor por explicar por qué razón en la formulación del cargo denuncia violación por aplicación indebida y al mismo tiempo falta de aplicación de algunas normas del Código de Comercio, a lo cual agrega que fueron aplicadas indebidamente las normas civiles que hacen referencia a la resolución del contrato y se dejaron de aplicar las normas relativas a la quiebra.

Más adelante subraya el hecho de que el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, por providencia del 20 de agosto de 1983 reconoció y declaró el estado de quiebra del señor Darío Cárdenas Martínez, la cual fue confirmada por el Tribunal en sentencia del 31 de julio de 1984, para argumentar que siendo la quiebra un estado excepcional en el orden jurídico, originado en una cesación en el pago corriente de las obligaciones, uno de sus principios reguladores es el de la plenitud, en virtud del cual deben concurrir todos los acreedores del deudor quebrado lo mismo que ingresar a él todos los bienes integrantes de su patrimonio, para formar lo que se llama la masa de bienes.

Si el Tribunal, dice la censura, encontró probado el estado de quiebra del demandado, debió haber dado aplicación al anterior principio y no dar aplicación indebida a los artículos 1546, 1548 y 1930 del Código Civil, relacionados con la resolución de contrato por incumplimiento, ni dejar de aplicar las normas que sí hacían referencia a la quiebra.

Apoyado en sentencia de esta Corporación, proferida el 8 de junio de 1979 que transcribe parcialmente, insiste en el hecho de que la quiebra busca proteger no sólo los intereses del deudor sino también los del acreedor, lo que se concreta en la aspiración que todos los créditos sean satisfechos en igual forma, y esa igualdad, conocida como la *par conditio creditorum* y contenida en el artículo 1973 del Código de Comercio, fue la que el Tribunal dejó de aplicar. Insiste en el punto para manifestar que como Darío Cárdenas Martínez fue declarado en quiebra, el Tribunal aplicó indebidamente las normas que hacen referencia a la resolución de los contratos como son los artículos 1546, 1548 y 1930 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, porque el acreedor no puede pedir la resolución del contrato, sino únicamente hacerse parte como un acreedor más para cobrar el saldo insoluto, pues de no ser así, se coloca en condiciones de inferioridad a los restantes acreedores.

Remata el cargo defendiendo la legitimación de su representado para formular la demanda de casación, basado en el hecho de que las consecuencias de la quiebra de uno de los demandados hacen inoponible la resolución de contrato que se proponga contra los subadquirentes, pues el vendedor sólo puede acudir a la acción de cumplimiento. El planteamiento, de otra parte, tampoco constituye medio nuevo, en concepto del casacionista, porque el curador *ad litem* designado para representar a la sociedad "Hotel Dann Colonial Limitada" propuso como excepción de fondo la "genérica".

Se considera

Como se ha visto al extractar el cargo correspondiente, la recurrente "Inversiones Cárdenas Parra Limitada" asevera que el Tribunal "tuvo

por probado el estado de quiebra en que se halla el demandado Darío Cárdenas Martínez", puesto que, según transcripción que de él hace, en la sentencia dijo: "...a folios 211 y siguientes del cuaderno principal aparecen fotocopias del auto que declaró la quiebra de Darío Cárdenas Martínez así como de la reunión de acreedores celebrada el 27 de septiembre de 1982 (fls. 225 y ss.)".

Así, pues, no obstante advertir dentro del proceso la presencia de la prueba señaladora de la quiebra, el Tribunal se había abstenido de extraer de tal hecho las consecuencias que jurídicamente serían las consonantes, atañederas ellas, de modo básico, a las normas cuya aplicación se denuncia como indebida.

Esa fue, por consiguiente, la razón para que el cargo se plantease por la vía directa.

Empero, la cita que le sirve de base al aludido enfoque, atrás reproducida, se halla fuera del contexto que realmente le corresponde. En efecto, el concepto completo dentro del que ella viene inserta es el siguiente:

"Dentro de la oportunidad prevista en el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, esta demandada (la sociedad 'Inversiones Cárdenas Parra Limitada') pidió la revocatoria total de la providencia dictada como terminación de la primera instancia.

"Considera el inconforme que debió declararse probada la excepción de carencia de acción resolutoria, ya que a folios 211 y siguientes del cuaderno principal aparecen fotocopias del auto que declaró la quiebra de Darío Cárdenas Martínez así como de la reunión de acreedores celebrada el 27 de septiembre de 1982 (fls. 225 y ss.). Y en tales copias aparece que los actuales demandantes solicitan dentro del trámite universal anotado el reconocimiento de créditos existentes a su favor, se les reconoció como tales, intervinieron en las deliberaciones concordatarias y su presencia, y curso, es anotada como conductora al estado de quiebra de Darío Cárdenas Martínez".

Según las sobredichas palabras, la apreciación concerniente a la declaratoria y al estado de quiebra de Cárdenas Martínez, no es propia del sentenciador, sino de uno de los recurrentes en apelación, la sociedad "Inversiones Cárdenas Parra Limitada". El Tribunal se limitó a consignar una mera referencia al planteamiento de quien, en esos términos, sustentaba el recurso de apelación. Por lo mismo, resulte inexacto atribuirle un juicio en realidad no emitido por él y, sobre semejante base, edificar la censura.

Si, como de manera reiterada lo ha expuesto la Corte, la vía directa en la causal primera de casación implica dejar al margen del ataque el aspecto fáctico de la cuestión debatida, ello lo es porque el recurrente ninguna objeción tiene para enderezarle a la descripción de los hechos llevada a cabo por el sentenciador, descripción que, a su vez, es el fruto de un determinado análisis de las pruebas incorporadas al proceso. Tal análisis puede ser más o menos prolijo, más o menos acertado, más o menos explícito, etc., pero, de todas maneras, dos notas se advierten en él como definidoras de su fisonomía: la primera, que su autor no puede ser otro que el juzgador, y la segun-

da, que él se tiene que realizar sobre todos aquellos actos o hechos que, fijados en el proceso, son aptos para irradiar alguna significación probatoria, de acuerdo con la ley. Por lo mismo no es posible que se le confunda con el acto de alegación de las partes el cual no puede resultar transmutado en aquel por la sola mención o referencia hecha por el sentenciador. A no ser, claro está, que lo acoja o lo prohija, pues en semejante evento sí podrá adjudicársele la autoría de un determinado concepto factual, para el propósito de estructurar el cargo en casación. Empero, por lo visto, no es esto lo que sucede en el caso que ahora se analiza.

Por lo demás, es diáfano cómo el Tribunal, cuando examinó la excepción de "carencia de acción resolutoria" no se detuvo a considerar el problema a la luz de la quiebra judicialmente decretada en contra de Darío Cárdenas Martínez pues, como ya se ha hecho ver, limitóse él a decir que, de conformidad con las copias obrantes a folios 212 y siguientes, en el concordato no hubo acuerdo "ni por tanto aprobación de tal para que pudiera tener eficacia y en tal forma no puede aceptarse que se haya agotado la posibilidad de ejercicio del pedido así elevado".

Se debe, entonces, desestimar el primer cargo de la demanda de "Inversiones Cárdenas Parra Limitada", como quiera que no guarda la debida conformidad con la sentencia objeto de la censura en torno a los hechos caracterizadores del litigio.

La misma suerte habrá de correr el primer cargo de la demanda del coadyuvante, máxime cuando allí se afirma "que el Tribunal encontró probado el estado de quiebra del señor Darío Cárdenas Martínez". Como se acaba de anotar, el Tribunal se contentó con aludir al concordato y a la falta de acuerdo dentro del mismo, sin ocuparse para nada de la declaratoria de quiebra. En tal virtud, cuando este otro impugnante le atribuye la admisión de la existencia de la quiebra, está formulando un juicio de índole factual que, al igual que en el cargo del otro recurrente, no se compadece con los hechos tenidos como demostrados por la sentencia y que juzgó constituían el adecuado soporte de la decisión tomada.

Los cargos no prosperan.

Cargo segundo

De la demanda de "Inversiones Cárdenas Parra Limitada".

En él se imputa a la sentencia, por vía indirecta, ser violatoria por indebida aplicación de los artículos 870, 2º y 822 del Código de Comercio, 1546, 1930, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 1548, 1714, 1715, 1717, 1932 y 2493 del Código Civil y por falta de aplicación de los artículos 2488 del Código Civil, 2º, 822, 1910, 1917, 1937, 1945, 1946, 1961, 1962, 1973, 1978 y 1984 del Código de Comercio, como consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el Tribunal al no tener por probado, estándolo, el estado de quiebra del comerciante Darío Cárdenas Martínez.

Prevía explicación que hace el recurrente para justificar la formulación del cargo denunciando violación simultánea, por aplicación indebida y falta de aplicación de los artículos 2º y 822 del Código de Comercio, transcribe en seguida los apartes de una sentencia de casación civil proferida por esta Corporación el 8 de junio de 1979, que considera como un antecedente jurisprudencial aplicable al caso.

Adentrándose luego en el análisis del error de hecho que le endilga al Tribunal, expresa el impugnante que el sentenciador vio el fracaso del concordato, según pasaje del fallo que transcribe, pero prefirió el resto de la prueba, es decir, no vio que los documentos que aparecen a folios 212 a 219 del cuaderno principal muestran que el fracaso del concordato condujo al estado de quiebra, según decisión tomada por el Juzgado Octavo Civil del Circuito, confirmada por el Tribunal.

Ese error de hecho evidente, llevó al Tribunal a aplicar indebidamente las normas relativas a la resolución por incumplimiento y a dejar de aplicar, de otra parte, las que sí son pertinentes, esto es, las relativas a la universalidad del proceso concursal, la plenitud del mismo y las de la *par conditio creditorum* que, como lo ha expresado la Corte, hacen improcedente la acción resolutoria. Como no vio el estado de quiebra, insiste la censura, dejó de aplicar todas las normas del estatuto mercantil que le son aplicables y por ello su conclusión es contraria a la obtenida por la Corte en la sentencia inicialmente referida, según la cual cuando el deudor ha sido declarado en quiebra, el acreedor no puede pedir la resolución del contrato, sino exclusivamente hacerse parte como un acreedor más para cobrar el saldo insoluto, porque de no ser así, dejaría en condiciones de inferioridad a los demás acreedores.

A vuelta de insistir en que cuando se ha malinterpretado una norma, pero no se aplica, el concepto de la violación debe ser el de falta de aplicación y no el de la interpretación errónea, según doctrina de la Corte, afirma que, siendo esta un asunto mercantil, el Tribunal incurrió en aplicación indebida del artículo 370 del Código de Comercio, del 1546 y 1930 del Código Civil, por cuanto no obstante haberlas entendido rectamente en su alcance y significado las aplicó a un caso en que, por mandato de las leyes comerciales, no eran aplicables, lo que lo condujo de paso a aplicar indebidamente las normas que prevén las consecuencias de la prosperidad de la acción resolutoria citadas en la censura, lo mismo que otras que contemplan algunos de los efectos pedidos por la parte actora en su demanda. Igualmente ignoró la existencia, y por tanto no aplicó, todas las normas del Código de Comercio relacionadas con la quiebra, sus consecuencias, la unidad del proceso y la *par conditio creditorum*.

Finaliza el cargo explicando las razones por las cuales considera que su representada "Inversiones Cárdenas Parra Limitada", está legitimada para deprecar la casación total del fallo, a pesar de no ser ella la entidad quebrada —aduce que en virtud del estado de quiebra del comprador inicial, la condición resolutoria que afectaba su título desaparece, consolidándose por tanto el de los subadquirientes— y

afirmando no ser el hecho de la quiebra constitutivo de medio nuevo, en razón de haberse alegado como excepción en el curso de las instancias.

Solicita que, al casarse la sentencia, la Corte declare probada la excepción de carencia de acción resolutoria.

Cargo tercero

De la demanda de "Inversiones Cárdenas Parra Limitada".

En él se acusa la sentencia, por vía indirecta, de ser violatoria, por indebida aplicación de los artículos 2º, 822 y 870 del Código de Comercio, en relación con los artículos 1546 y 1930 del Código Civil y 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 1548, 1714, 1715, 1717, 1932 y 2493 del Código Civil, y por falta de aplicación de los artículos 2º, 822 del Código de Comercio, en relación con el 2488 del Código Civil, y de los artículos 1917, 1937, 1945, 1946, 1961, 1962, 1973, 1978 y 1984 del Código de Comercio, infracciones provenientes de los siguientes errores en que incurrió el Tribunal: a) Error de hecho por preterición de los documentos que obran a folios 212 y siguientes del cuaderno principal, que acreditan que el concordato se trocó en quiebra y que con ese proceso se ejerció la acción de cumplimiento. Y b) Error de hecho por preterición de los documentos que obran a folios 19, 20 y 21 del cuaderno de excepciones previas y por preterición de la confesión contenida en la demanda, en el sentido de que los créditos provenientes del contrato de compraventa fueron llevados al concordato preventivo y luego a la quiebra. Y error de derecho consistente en exigir que debió probarse que los créditos del concordato, hoy de quiebra, son los mismos que se dicen incumplidos para deprecar la resolución. Estos errores, en conjunto, llevaron al Tribunal a denegar la excepción de carencia de acción resolutoria, como consecuencia de haber incoado con anterioridad la acción ejecutiva o de cumplimiento.

Hecha la misma explicación previa reseñada en los dos cargos anteriores, acomete el impugnante la demostración del cargo, para afirmar que el Tribunal incurrió en error de hecho porque a pesar de que vio que los actores ejercieron la acción de cumplimiento, ante el fracaso del concordato, estimó erróneamente que esa opción había concluido. Se olvidó, agrega, que los mismos documentos demuestran que el concordato se convirtió en quiebra, es decir, que el proceso ejecutivo concursal siguió sin solución de continuidad. Al efecto, transcribe parcialmente la copia de una relación de créditos presentada en el concordato preventivo de Darío Cárdenas Martínez, donde aparecen relacionadas las sociedades aquí demandantes, con la siguiente leyenda: "Promociones Colombianas Urrea Delgado. Escritura y pagará. \$ 5.880.000.00 '... Villamil Pardo e Hijos. Compraventa... \$ 6.120.000.00' e igualmente se refiere al hecho 'undécimo' de la demanda, donde el apoderado de las demandantes confiesa que sus clientes fueron parte en el 'concordato fracasado'".

Explicando después el alcance del error de derecho cometido por el sentenciador, el recurrente se refiere al pasaje del fallo en donde se expresa que debió probarse que los créditos del concordato, hoy

de la quiebra, son los mismos que se dicen incumplidos en este proceso, para afirmar que ello constituye un error de derecho, porque la ley no exige esa prueba específica. La ejecución concursal, dice a renglón seguido, tiene como principales características las de la universalidad y la de la *par conditio creditorum*, que implica que todas las acreencias deben ir a esa comunidad, como lo expresó la Corte en sentencia del 8 de junio de 1979.

Reitera luego que la masa de los acreedores la integran todos los créditos, por lo que es suficiente que conste que son créditos del quebrado, para que deban estar formando parte de la masa de la quiebra. La exigencia de la prueba que hace el Tribunal, sería viable si se tratase de una ejecución singular dado que allí se podría estar cobrando cualquier crédito contra el deudor, pero no en el proceso concursal, porque allí se cobran todos. Ello, además de no estar previsto legalmente, hace la prueba fútil por cuanto el crédito o está en el proceso de la quiebra, o no es exigible sino cuando este termine, sobre los remanentes, o sobre los bienes que el deudor adquiriera, según lo dispuesto por los artículos 1917, 1973 y 1974 del Código de Comercio.

Ahondando en el tema de las acciones alternativas de resolución o cumplimiento, señala entonces el recurrente, que existen tres normas diversas que consagran estas opciones, en caso de mora o de simple incumplimiento del comprador en la obligación de pagar el precio. En materia mercantil, el artículo 870 del Código de Comercio. Por otro lado, los artículos 1546 y 1930 del Código Civil. El Tribunal se refiere exclusivamente a estas dos últimas normas, eludiendo la cita de la primera. Es claro, sin embargo, que los tres artículos mencionados sólo prevén, y en forma excluyente, una de las dos opciones: el cumplimiento o la resolución. Para reclamar el cumplimiento del contrato debe acudirse a la ejecución forzada, escogiendo entre dos tipos de ejecución: La individual, para la cual un solo acreedor, si posee título ejecutivo, inicia un proceso ejecutivo, singular o de venta. Y la colectiva o concursal, a la cual deben concurrir "todos varios acreedores" y se persiguen todos los bienes que conforman el patrimonio del deudor.

Y como se ha entendido que la ejecución colectiva impide el ejercicio de la acción resolutoria, según lo expuesto por la doctrina de la Corte tantas veces citada, ello significa que el juez a quien se le acredita que se está ejerciendo la acción de cumplimiento, mediante la ejecución singular o concursal, no puede tener como próspera la resolutoria, so pena de aplicar indebidamente las normas que consagran esta figura y aquellas que aplique como consecuenciales; y dejará, así mismo, de aplicar las que se refieren al proceso ejecutivo que ha ignorado, que fue, precisamente, lo que en este caso ocurrió: el sentenciador vio las pruebas de la ejecución colectiva, pero las ignoró, no las consideró, y por lo mismo aplicó indebidamente las normas sobre resolución y dejó de aplicar en su totalidad las relativas al proceso ejecutivo concursal, que se citan en la censura.

De lo precedente deduce el casacionista que, como las demandantes fueron parte en el proceso concursal de concordato y lo son actualmente en el de quiebra (según documentos de fls. 212 y ss. del cdmo, ppal.), ello significa que están ejerciendo la acción de cumpli-

miento y al así hacerlo, la acción dejó de ser opcional, pues de lo contrario las obligaciones que se dicen en mora no lo están, pues dichas obligaciones sólo pueden cobrarse después de terminado el proceso respectivo, sobre los bienes que llegue a adquirir el deudor.

Al no ver, pues, la existencia del proceso ejecutivo concursal, dejó de aplicar las normas que se refieren a él, incurriendo así en el yerro fáctico que se le endilga, razón por la cual la Corte, al casar en su integridad la sentencia y obrando en sede de instancia, debe dictar fallo de reemplazo que revoque el del *a quo* y en su lugar declare improcedente la acción resolutoria impetrada.

Cargo segundo

De la demanda de Boris Spiwak Knorpel.

Mediante su formulación, se le imputa a la sentencia el ser violatoria, por la vía indirecta, por indebida aplicación de los artículos 870, 1º, 2º y 822 del Código de Comercio; 1546, 1930, 1548, 2493 del Código Civil y por falta de aplicación de los artículos 2488 del Código Civil; 1º, 2º, 822, 1910, 1917, 1937, 1945, 1946, 1961, 1962, 1973, 1978, 1984 del Código de Comercio, como consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal al no tener por probado, estándolo, el estado de quiebra del comerciante Dario Cárdenas Martínez.

Con el propósito de desarrollar el cargo, manifiesta que el error de hecho en que incidió el Tribunal consistió en no tener por demostrado el estado de quiebra del demandado Cárdenas Martínez y haberse limitado a afirmar que a folios 212 y siguientes del cuaderno número 1 aparecían las copias del concordato en las cuales constaba que allí no se había llegado a ningún acuerdo, es decir, que había fracasado y que por tanto no se había agotado la posibilidad de ejercicio de la satisfacción del crédito. Tampoco aceptó como demostrado, estándolo, el hecho de que los créditos presentados por las demandantes eran los mismos que dieron origen al proceso. Ese yerro lo llevó a aplicar indebidamente las normas relativas a la resolución de contrato por incumplimiento y dejó de aplicar las relativas a la universalidad del proceso de quiebra, así como las de la *par conditio creditorum* que hacen improcedente la acción resolutoria.

La quiebra —declarada por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá y confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá— es un estado excepcional del orden jurídico que tiene origen en una cesación en el pago corriente de las obligaciones, uno de cuyos principios reguladores es de la plenitud, en virtud del cual deben concurrir al proceso todos los acreedores del deudor e ingresar en él todos los bienes integrantes de su patrimonio, para formar lo que se conoce como la masa de bienes.

A pesar de que el Tribunal encontró probado el estado de quiebra del demandado Cárdenas Martínez, debió haber dado aplicación al principio antes mencionado, y no hacer aplicación indebida de los artículos 1546, 1548 y 1930 del Código Civil relacionados con la re-

solución de los contratos, ni debió haber dejado de aplicar las normas que hacen referencia a la quiebra. Enseguida transcribe el recurrente apartes jurisprudenciales de la sentencia dictada por esta Corporación el 8 de junio de 1979 para reiterar que como la quiebra busca proteger no sólo los intereses del deudor, sino también los del acreedor, lo que se concreta en la aspiración de que todos los créditos sean satisfechos en igual forma, esa igualdad sólo se logra con la *pas conditio creditorum* que el Tribunal no tuvo en cuenta en este caso.

Igual que en el cargo anterior, reclama para su representado la legitimación para pedir la infirmación del fallo, porque la quiebra de uno de los demandados hace inoponible la resolución del contrato contra los subadquirentes, pues el vendedor sólo puede acudir a la acción de cumplimiento. El planteamiento, agrega, tampoco constituye medio nuevo porque el curador *ad litem* designado para representar al "Hotel Dann Colonial Limitada" propuso como excepción de fondo la "genérica", en la que se encierra la excepción denominada "Carencia de acción resolutoria".

Se considera:

El problema que se expone en los cargos anteriores debe ser abordado despejando las siguientes incógnitas: En primer lugar, es indispensable determinar si la participación de los vendedores en la reunión de acreedores convocada a raíz de la solicitud de concordato preventivo potestativo elevada por el deudor (comprador de los bienes materia de la resolución), comporta una renuncia al ejercicio de la acción resolutoria. Y en segundo lugar, si la declaratoria de quiebra acarrea la extinción de la misma acción resolutoria, no obstante haberse enablado con anterioridad a aquella. La explicación que se proyecte sobre estos dos interrogantes viene a ser la base para esclarecer si en realidad el Tribunal incurrió, de manera evidente, en los yerros de apreciación probatoria que ambos recurrentes le adjudican en los cargos atrás compendiados; y si, ante una conclusión positiva, se seguiría su catalogación como trascendentes.

Con el antedicho propósito, conviene primeramente recordar que, frente al incumplimiento de su deudor, el acreedor puede solicitar la ejecución forzada de la prestación a cargo de este, o, si a ello hubiere lugar, la ejecución compensatoria o por equivalente. Y, en uno y otro caso, se encuentra facultado para impetrar también la indemnización de perjuicios por el retardo en el cumplimiento. Como es diáfano este derecho, en cualquiera de sus dos expresiones, tiende a que el acreedor vea satisfecho su interés en la prestación.

Mas cuando la obligación que se incumple dimana de un contrato bilateral, al acreedor se le confiere otro derecho, a saber, el de solicitar la resolución del contrato, junto con la indemnización de perjuicios provenientes del incumplimiento.

El derecho a la resolución del contrato lo establecen los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, en los términos de los que a continuación se habla.

Reconocido el sentido de ambos preceptos, la resolución allí instituida preséntase como un derecho alternativo del destinado a obtener el cumplimiento en naturaleza o por equivalente, de lo que se desprenden algunas consecuencias dignas de mencionar.

Ante todo, ello quiere decir que la resolución es opuesta o contraria al cumplimiento, por lo que mediante su ejercicio la parte que la plantee no habrá de ver realizado el objeto de la prestación, ni directa ni indirectamente. Decretada la resolución del contrato, dicha parte podrá considerarse liberada de la obligación que le incumbe, y también podrá recuperar lo que hubiere dado con fundamento en el contrato resuelto, mas nada de esto conduce a darle conformidad a su interés, el cual, en consecuencia, quedará frustrado. De otro lado, también significa que, en el plano legal, no se supedita o subordina al derecho a obtener el cumplimiento, pues la ley, sin ninguna restricción o exigencia en uno u otro sentido, le ofrece al contratante la oportunidad para que, en frente del deudor transgresor, escoja entre la acción de cumplimiento y la de resolución del contrato.

Lo acabado de decir conduce, lógicamente, a averiguar si mantiene vigencia el principio del derecho antiguo conforme al cual "electa una vía non datur recursus ad alteram", es decir, si ejercida una de las acciones se debe entender que se ha renunciado a la otra. Por lo mismo, se procura dilucidar si instaurada la acción de cumplimiento se puede luego prescindir de ella para introducir la pretensión concerniente a la resolución del contrato. O si propuesta la acción resolutoria, el acreedor queda legitimado para impetrar con posterioridad, sustitutivamente, el cumplimiento de la obligación. La cuestión ha sido examinada prolijamente desde los dos ángulos, mas la Sala se limitará a mirar la primera hipótesis por ser la que importa al presente caso.

Los textos legales callan en torno al punto. Sin embargo, nada autoriza para sostener que si se implora el cumplimiento de la prestación no sea posible después, incluso cuando ha mediado el desistimiento de la pretensión, demandar la resolución del contrato. El que las acciones sean alternativas no entraña que el acreedor se vea colocado en la disyuntiva consistente en que si pide el cumplimiento le quede, por tal causa, clausurada la oportunidad para solicitar la resolución. Semejante entendimiento de la cuestión equivaldría a dejar a la parte atada al contrato de manera indefinida cuando obtenida una sentencia favorable al cumplimiento, no obstante, en la práctica se encuentra que carece de los medios para hacer efectiva la prestación a cargo del deudor. A raíz de esto se ha dicho que la resolución es procedente aún después de proferida sentencia en que se ordene el cumplimiento de la obligación, pues aquella carece de efectos novativos.

En verdad, el carácter alternativo de las acciones no ha de querer decir más que el ejercicio de ambas no es ni lógica ni jurídicamente posible de manera simultánea por la contradicción que entre ellas se advierte, aunque se trate de procesos separados. En cambio, como una corroboración de que el ejercicio de una no genera la caducidad de la otra, sí es viable su acumulación en la misma demanda de manera principal y subsidiaria, como lo autoriza el numeral 2º del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

Si de todo lo discurrido se concluye que la petición del cumplimiento de la obligación no trae aparejada la renuncia al ulterior ejercicio de la acción resolutoria, se debe colegir que la participación del acreedor en las reuniones preliminares destinadas a darle cuerpo a un concordato preventivo potestativo del deudor menos aún la comporta, máxime cuando, en frente de una coyuntura tal, no se puede ni siquiera decir que, entre las acciones, se ha escogido la del cumplimiento.

Avanzando un poco más, habría lugar a que el asunto se mirara con mayor detenimiento cuando se está ante un concordato ya perfeccionado, porque entonces se trataría de saber cuál es la incidencia que él tiene sobre el derecho del acreedor a elegir entre las acciones, en los términos atrás expuestos. Sin embargo, tal hipótesis no ha de ser considerada por la Sala porque acá, ante el fracaso en el logro del acuerdo concordatario, se decretó la quiebra del deudor. Por lo mismo, habría que determinar cuál sería la incidencia que la declaratoria de quiebra pudiera tener sobre la posibilidad legal con que cuenta el acreedor para instaurar una u otra acción, tema que ofrece dos variantes: una, cuando alguna de las acciones es planteada antes de haberse tomado la medida ya mencionada, de la cual se hablará en los párrafos siguientes. Y otra, cuando se pretende la resolución después del decreto de quiebra, hipótesis analizada por la sentencia de la Corte que data del 8 de junio de 1979 (p. ordinario de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero vs. "SIGMA Ltda."). Estima la Sala que en esta ocasión no tiene por qué volver sobre lo dicho a la sazón, en razón de que, como enseguida se verá, el caso sub judice se presenta con un matiz o perfil diferente, puesto que aquí la acción resolutoria aparece incoada con antelación a la declaratoria de quiebra, mientras que en la sentencia de 1979 se trataba de una acción resolutoria ejercitada contra la masa de la quiebra.

¿Qué alcance o influjo puede tener la declaratoria de quiebra sobre la acción resolutoria instaurada con anterioridad? ¿Producirá aquella la extinción de esta?

A fin de responder las anteriores cuestiones, se debe partir de observar que el efecto que la declaratoria de quiebra desencadena sobre la acción de cumplimiento, cuando esta sigue el cauce ejecutivo, se encuentra legalmente definido (art. 1945, num. 5, C. de Co.), estribando él en que al de quiebra se deben acumular "todos los procesos de ejecución que se sigan contra el quebrado", lo que quiere decir que aquella no se extingue, sino que se integra a un proceso de carácter universal como es el mencionado.

Ahora bien, si, por lo acabado de señalar, el decreto de quiebra no da lugar al desaparecimiento de la acción de cumplimiento, no se capta cuál pueda ser la razón para sostener que sí termina con la de resolución. Se podría argumentar, como lo hacen los recurrentes cuando invocan el antecedente jurisprudencial atrás mencionado, que ello obedece a que tal acción pugna con el principio de la "par conditio creditorum", consubstancial al estado de quiebra. Sin embargo, teniendo presente que, dicese una vez más, una es la situación cuando la resolución se pretende en frente de la masa de la quiebra, y otra cuando, como acá sucede, dicha pretensión se ha hecho valer desde antes

del decreto de quiebra, es necesario observar que la resolución del contrato no atentaría, en tal evento, contra el principio de la "par conditio..." como tampoco lo haría, v. gr., una acción de nulidad contractual incoada en frente de quien luego es declarado en quiebra, o una de rescisión por lesión enorme, etc. Todos estos procesos estarían destinados, si no directa, por lo menos indirectamente, a lograr que se restituya un bien que, de otra manera, podría más adelante entrar a hacer parte de la masa de la quiebra, y a pesar de ello, nadie se atrevería a sostener que si el demandado en cualquiera de ellos es declarado en falencia, esos procesos deben desaparecer. Tanto no se extinguen que, acorde con el numeral 8) del artículo 1946 del Código de Comercio, las partes de los mismos tendrían que seguirse entendiendo con el síndico de la quiebra. A este propósito la Sala se remite a lo expuesto en su sentencia del 3 de octubre de 1988, dictada dentro del proceso ordinario de Guillermo Mendoza de la Torre en frente de "INVICO Ltda." y otro (G. J., t. CXCII, 1988, 2º semestre, pág. 140 y ss.).

Pero se dirá que en tales casos, o en cualesquiera otros que del mismo estilo se quieran citar, el demandante no cuenta con una acción alternativa, como si sucede con la resolución y el cumplimiento, siendo este punto el que debe marcar la diferencia de tratamiento. Mas aun cuando esto se admita, no por tal causa quedaría zanjada la cuestión, puesto que, como ya se dijo y se repite, tanto la acción de cumplimiento como la de resolución hallan su razón de ser en el incumplimiento del deudor: Si el deudor no satisface la prestación a la que contractualmente se obligó en favor del acreedor, este podrá elegir entre los términos tantas veces anotados. La escogencia, pues, no la gobierna, el deudor, y sería absurdo que así lo fuera. En este orden de ideas, tampoco se puede perder de vista que a la quiebra del deudor se llega, cabalmente, por la desatención de sus compromisos. Entonces, si se aceptara la tesis de los recurrentes, la vida de la acción resolutoria quedaría pendiendo del deudor incumplido, o sea, de quien, por su comportamiento, ha dado lugar a que ella se proponga, lo que en derecho resulta inadmisibile. Para que fuera posible oír al deudor en la alegación de la extinción de la acción resolutoria, tendría, como se dice, que apoyarse en su propio incumplimiento que dio lugar a la quiebra, lo que es tanto como decir, en su propia torpeza ("Nemo auditur propriam turpitudinem allegans").

Todo lo que hasta este momento se ha expresado lleva, por consiguiente, a la Sala a concluir que a pesar de que el Tribunal hubiera caído —como en efecto cayó— en los yerros de apreciación probatoria que en los cargos que se despachan le adjudican los recurrentes, tales errores no son trascendentes. En verdad, a pesar de que el Tribunal hubiera advertido que las sociedades demandantes concurrieron a las reuniones preliminares del concordato a hacer valer allí los créditos por cuya falta de pago se inició el presente proceso, o de que hubiera tomado en consideración que más adelante se decretó la quiebra del comprador, su decisión, de todas maneras, no habría podido ser otra que la efectivamente tomada, o sea, no habría dicho nada distinto a que estando presentes los elementos axiológicos de la pretensión resolutoria del contrato de compraventa, ella tenía que prosperar, sin que sobre su eficacia tuvieran alguna incidencia los factores anotados.

Los cargos, en consecuencia, no se abren paso.

Cargo tercero

De la demanda de Boris Spiwak Knorpel.

Se acusa en él la sentencia, por ser directamente violatoria, por indebida aplicación, del artículo 1548 del Código Civil y por falta de aplicación de los artículos 1º, 2º, 822, 98, 200 y 201 del Código de Comercio y los artículos 633, 768, 769, 2079 y 2349 del Código Civil.

En orden a sustentar el cargo, expresa el recurrente que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 1548 del Código Civil por hacer extensivos los efectos de la resolución del contrato a la sociedad "Hotel Dann Colonial Limitada" que, como se halla demostrado en el proceso, es poseedora de buena fe.

Transcribe luego apartes jurisprudenciales de la sentencia proferida por esta Corporación el 17 de agosto de 1987, para recordar que el Tribunal tuvo por probada la mala fe de la sociedad "Hotel Dann Colonial Limitada", fundándose en que uno de sus representantes legales, el señor Darío Cárdenas Martínez, conocía de la existencia de la condición resolutoria en el primer contrato celebrado por este con las sociedades aquí demandantes.

Afirma entonces el recurrente que, aunque el *ad quem* acepta que la persona jurídica es diferente de los socios individualmente considerados, yerra al decir que "si el representante engaña a la sociedad responderá frente a ella, pero no puede su conducta culposa, dolosa, o simplemente omisiva causar perjuicios a terceros..." y yerra, así mismo, al partir de la presunción de mala fe en la contratación al señalar que "...normalmente los contratos se presume que se desarrollan de buena fe. En este caso ocurre algo bien diferente..." Y esos yerros tuvieron ocurrencia porque si el Tribunal tuvo por probada la calidad de comerciantes de las partes involucradas en el negocio jurídico atacado en la litis, debió aplicar, entonces, las normas que regulan la actividad o actividades de los comerciantes y sus actos mercantiles, cuales son las contenidas en el Código de Comercio en concordancia con las normas pertinentes de carácter civil, como lo ordenan los artículos 1º, 2º y 822 de aquel estatuto, que de haber sido tenidas en cuenta por el Tribunal lo hubiesen conducido a determinaciones absolutamente contrarias a las tomadas en el fallo acusado.

Abordando el tema de la mala fe que el *ad quem* le atribuye a la empresa "Hotel Dann Colonial Limitada", señala el impugnante que el yerro del sentenciador estriba en que, contrariando lo establecido por los artículos 98, 200 y 201 del Código de Comercio y 2079 del Código Civil, no cayó en la cuenta de que las personas jurídicas son entes autónomos, independientes de los socios individualmente considerados y sus representantes responden ante terceros por los perjuicios que por dolo o culpa a los demás, y no la sociedad por ellos representada. Transcribe en este pasaje de la impugnación las normas antes citadas, lo mismo que los artículos 768 y 769 del Código Civil, los comentarios de un tratadista nacional y parte de la sentencia proferida por la Corte el 12 de noviembre de 1959, para reafirmar que la sociedad "Hotel Dann Colonial Limitada" es un tercero de buena fe.

Hace hincapié, por último en el hecho de que el coadyuvante tiene legitimación para sustentar el recurso de casación, así la parte coadyuvante no lo haya hecho, porque además de ser aceptado doctrinariamente, el señor Boris Spiwak Knorpel es socio, en un cincuenta por ciento, de la sociedad demandada cuyo curador *ad litem*, de otra parte, propuso como medio de defensa la excepción "genérica".

Cargo cuarto

De la demanda de Boris Spiwak Knorpel.

En él, se acusa la sentencia del Tribunal por vía indirecta, de ser violatoria por indebida aplicación, de los artículos 1548 del Código Civil y por falta de aplicación de los artículos 1º, 2º, 822, 98, 200 y 201 del Código de Comercio y los artículos 633, 768, 769, 2079 y 2349 del Código Civil, como consecuencia de los errores de hecho en que incurrió en la apreciación de varias pruebas.

En la demostración del cargo, el recurrente empieza por señalar que el Tribunal incidió en yerro fáctico, al no dar por demostrado estándolo, que "Hotel Dann Colonial Limitada" es una persona jurídica independiente de los socios y representantes legales individualmente considerados; en no dar por demostrado que el título escriturario presentado por la vendedora "Inversiones Cárdenas Parra Ltda." al "Hotel Dann Colonial Ltda." no contenía ni tácita ni expresamente, condición resolutoria alguna; en dar por demostrado, sin estarlo, que "Hotel Dann Colonial Ltda." es poseedora de mala fe; en no dar por demostrado estándolo que esta misma sociedad, a través de su junta de socios, obró con diligencia y cuidado en la designación de sus representantes; en no dar por demostrado estándolo que uno de los representantes legales de la sociedad "Hotel Dann Colonial Ltda.", señor Darío Cárdenas Martínez, es responsable ante terceros de sus actuaciones dolosas, culposas u omisivas; en afirmar, contra el mandamiento legal y la evidencia procesal, que si bien los contratos se presumen desarrollados de buena fe "en este caso ocurre algo bien diferente..." y, finalmente, en no dar por demostrado estándolo que el tercero coadyuvante, señor Boris Spiwak Knorpel, socio y representante legal conjunto de la sociedad "Hotel Dann Colonial Ltda." actuó siempre de buena fe.

Las pruebas que fueron mal apreciadas por el Tribunal y que lo condujeron a declarar próspera la acción resolutoria, con la subsiguiente restitución de los inmuebles y pago de frutos civiles y naturales, lo mismo que perjuicios son, en concepto del recurrente, las siguientes:

a) La escritura pública número 1424 del 13 de agosto de 1981, otorgada en la Notaría Veintidós de Bogotá, porque allí el vendedor manifiesta que el inmueble que vende se halla libre de condiciones resolutorias y en la cláusula quinta de la misma, el vendedor manifiesta que renuncia a la condición resolutoria derivada de la forma de pago pactada. En apoyo de su tesis transcribe la sentencia proferida por la Corte el 17 de agosto de 1987.

b) La escritura pública número 1482 del 17 de marzo de 1982, de la Notaría Quinta de Bogotá, que contiene el contrato de compra-

venta sobre el mismo inmueble, celebrado entre las sociedades "Inversiones Cárdenas Parra Ltda." como vendedora, y "Hotel Dann Colonial Ltda." como compradora, en la cual consta, en la cláusula octava, que el inmueble transferido se halla libre de condiciones resolutorias y a paz y salvo por toda clase de impuestos. De allí resulta claro, dice el impugnante, que la compradora obró por conducto de sus representantes conjuntos "quienes son individualmente considerados frente a la sociedad y los socios" y que lo hizo de buena fe, basada en el título que le presentó la vendedora.

Igualmente, el Tribunal dejó de apreciar las siguientes pruebas que la censura enumera:

a) El certificado de existencia y representación de la sociedad comercial "Hotel Dann Colonial Ltda."

b) La escritura pública número 6397 de septiembre 24 de 1981 de la Notaría Quinta de Bogotá, mediante la cual se constituyó la sociedad "Hotel Dann Colonial Ltda.", que de haber sido apreciada correctamente por el Tribunal, hubiese concluido que la persona jurídica que se formó, es independiente de los socios individualmente considerados y de sus representantes.

c) El contrato de promesa de compraventa suscrito entre la sociedad "Inversiones Cárdenas Parra Ltda." y "Boris Spiwak Knorpel", en relación con el cincuenta por ciento del inmueble situado en la carrera 11 número 9-14/40 de Tunja.

d) Los recibos de pago del precio pactado, que aparecen a folios 100 a 113 del cuaderno número uno.

e) La promesa de compraventa suscrita entre "Inversiones Cárdenas Parra Ltda.", "Hotel Dann Colonial Ltda." y Boris Spiwak Knorpel, respecto del cincuenta por ciento del inmueble que aquí se litiga.

Al dejar de apreciar las anteriores pruebas, el sentenciador no tuvo por demostrado, estándolo, que tanto en la negociación del inmueble materia de la litis, como en la constitución de la sociedad "Hotel Dann Colonial Ltda.", el señor Boris Spiwak Knorpel ha actuado de buena fe, porque ha cumplido no sólo con sus obligaciones de socio aportante, sino también con las de posterior comprador del inmueble objeto del litigio. Tanto es así, se añade, que sólo se enteró de la existencia de este proceso al cumplirse la notificación del auto admisorio de la demanda, a uno de los gerentes conjuntos que tiene la sociedad "Hotel Dann Colonial Ltda.", sin haber tenido antes ninguna información sobre la controversia, que de así haber sido, no habría celebrado ninguna negociación ni hubiese desembolsado el dinero que pagó por los inmuebles.

Si el Tribunal, se dice en el remate del cargo, hubiese apreciado las pruebas antes indicadas, necesariamente habría concluido que quien hizo la negociación con la sociedad "Inversiones Cárdenas Parra Ltda.", fue el "Hotel Dann Colonial Ltda.", como persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados, entre quienes se encuentra el coadyuvante Boris Spiwak Knorpel, quien ha actuado de buena fe. La actuación de uno de los representantes de la sociedad,

Dario Cárdenas Martínez, no implica la responsabilidad de la sociedad o persona jurídica, como lo afirma el *ad quem*, sino que aquel se hace responsable directo frente a terceros a quienes se les haya causado daño por dolo, culpa u omisión, como lo ordena la ley.

Pide por último el impugnante que, al casarse la sentencia la Corte, en sede de instancia, revoque la del *a quo* y en su lugar declare improcedente la acción resolutoria (cargos primero y segundo); o, al prosperar el cargo tercero y cuarto, se case parcialmente la sentencia para que la Corte, obrando como fallador de instancia, revoque la de primera y en su reemplazo declare probada la buena fe de la sociedad "Hotel Dann Colonial Ltda.", que los efectos de la resolución del contrato no la afecten, que las cosas deben quedar en el estado como se encuentran actualmente y que dicha sociedad no está obligada a la restitución de los inmuebles ni al pago de los frutos civiles y naturales producidos por el bien.

Se considera:

Según se acaba de ver, los anteriores cargos hallanse orientados a impugnar la sentencia en tanto que en ella se decreta la extensión de los efectos de la resolución a la sociedad "Hotel Dann Colonial Ltda.", tercero subadquirente del bien, decisión cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 1548 del Código Civil, aplicable al caso porque el artículo 822 del Código de Comercio le sirve de norma habilitante, en razón de que este ordenamiento no se ocupa de la susodicha extensión de los efectos de la resolución judicialmente declarada, y aquí la naturaleza del contrato puesto en cuestión es típicamente mercantil.

Prevía la puntualización precedente, se ha de anotar primeramente que el cargo tercero es pasible de críticas similares a las dirigidas al cargo primero de ambas demandas, toda vez que habiéndose optado por la vía directa, en el ataque se disiente de los hechos según los vio el *ad quem*. Ciertamente, el recurrente orienta todo su esfuerzo argumentativo a realzar la buena fe con que habría actuado el "Hotel Dann Colonial Ltda." y uno de sus representantes, cuando, según él, el Tribunal lo que tuvo por probada fue la mala fe de la sociedad.

"La violación directa de la ley sustancial —ha dicho desde vieja data la Corte— implica... por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y que por consiguiente no exista reparo que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba. Corolario obligado de lo anterior es el de que, en la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. En tal evento..., la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; pero en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier con-

sideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas" (G. J., t. CXLVI, pág. 60).

Esa no conformidad del recurrente con la comprensión que de los hechos tuvo el juzgador, es materia de primordial importancia para la suerte del litigio, es falla técnica que le veda a la Sala el adentrarse en el análisis de fondo de la censura propuesta.

Para lo que al despacho del cargo cuarto concierne, y más exactamente, para evaluar si en realidad se dan los yerros de apreciación probatoria que en él se le enrostran al Tribunal, es oportuno recordar lo que la Corte expuso en su sentencia del 18 de agosto de 1987 en torno al problema de fondo que en este cargo se suscita:

"5. Según los alcances del artículo 1548 del Código Civil, la condición resolutoria consta en el título no sólo cuando expresamente la han convenido (las partes), como cuando A le vende un predio a B con dos años de plazo para pagar el precio, estipulándose además que si no lo paga en dicho término el contrato de compraventa quedará resuelto por ese hecho, sino también cuando A le vende a B el inmueble con dos años de plazo para pagar el precio, plazo este que consta en la escritura.

"Si con posterioridad y estando pendiente la condición resolutoria el bien lo adquiere un tercero, al cumplirse luego la condición, y tener este conocimiento de la existencia de la misma, queda expuesta a los efectos de la resolución.

"6. Por el contrario, la condición no consta en el título y, por ende, no afecta a los terceros adquirentes de un bien raíz, cuando es oculta, o sea, cuando no se exterioriza, como sucede en el evento de que en la escritura pública contentiva del contrato de compraventa el vendedor A declara haber recibido del comprador B el monto total del precio del bien, cuando ciertamente no fue así. En esta hipótesis, a pesar de la declaración escrituraria sobre el pago del precio por el comprador, existe una condición resolutoria tácita, puesto que este no ha cumplido con su obligación de pagar el precio; empero, es oculta porque no consta en el título o escritura pública inscrita y, por tanto, los terceros adquirentes no podían enterarse de su existencia, lo cual se traduce en que, en tales circunstancias, no los afecta la resolución.

"7. Lo hasta aquí expuesto permite concluir que la condición resolutoria expresa o tácita aparente, cuando consta en el título escriturario, la resolución del negocio jurídico afecta a los terceros adquirentes. A contrario sensu, si la condición resolutoria es tácita oculta, como sucede en el ejemplo últimamente señalado, se tiene, entonces, que como evidentemente no consta o aparece en el título y, por ende, es desconocida para los terceros subadquirentes, estos están de buena fe y, al cumplirse la condición, sus efectos en forma alguna puede afectarlos, según el alcance e inteligencia del artículo 1548 del Código Civil" (G. J., t. CLXXXVIII, año de 1987, 2º semestre págs. 114-115).

Así, pues, al tercer adquirente del bien inmueble únicamente le es dable alegar su buena fe cuando la condición no constaba en el título. Mas si esa condición aparece consignada, según el entendimien-

to que de tal hecho se ofrece en la sentencia preinserta, queda, por ello, catalogado como de mala fe, desde luego que la ley, con el empleo de unos términos tan concretos como los del artículo 1548, le cierra el paso a la alegación de cualquier otra circunstancia exculpativa. Esta posibilidad, ante la aperiencia de la condición, sería tanto como permitir, aquí también, que se invoque la propia torpeza como eximente de responsabilidad, por ser palmar que si el tercero adquirió el bien sin caer en cuenta que en los títulos se encontraba una condición, a nadie más puede culpar de su ligereza y tampoco, por supuesto, puede decir que su comportamiento se ha caracterizado por la buena fe en un trance semejante.

Obviamente, el título en el que la condición debe figurar es aquel que corresponde a la parte que la hace valer. En tal virtud, a ese título el tercero subadquirente no le podrá oponer el suyo, aun cuando en él ya no conste la condición. Aparte de que sobre el primer adquirente del bien gravita de entrada la condicionalidad de su derecho, con que esa condición, así sea tácita, aparezca en el título respectivo, queda establecido el otro requisito indispensable para que ella se pueda esgrimir, con eficacia, en frente de los titulares sucesivos de ese derecho. Todo ello se desprende con claridad meridiana del artículo 1548 del Código Civil.

En el anterior orden de ideas, el Tribunal, en el presente caso, sólo tenía que detenerse a examinar si en la escritura pública número 785 del 20 de mayo de 1981 de la Notaria Doce de Bogotá, constaba la condición resolutoria tácita proveniente del no pago del precio por parte del comprador del inmueble para determinar si la misma podía producir efectos en contra de los terceros adquirentes. Ello hizo y, por ende, su decisión se ajusta a la ley. Ahora, si su examen del problema lo condujo a mirar otros aspectos que resultan del todo innecesarios para el adecuado fundamento de aquella, no por tal causa es atinado que en casación el cargo se desvíe hacia ellos, tratando de que se identifique la buena fe donde no tiene por qué ser buscada, pues no obstante que se reputara como certero el enjuiciamiento del impugnante al respecto, su ataque, de todos modos, sería vano puesto que el auténtico —e incontrovertido— apoyo del fallo continuaría incólume.

Así las cosas, los cargos tercero y cuarto tampoco se abren paso.

Decisión:

En virtud de lo discurrecido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, No casa la sentencia de 23 de junio de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario seguido por Promociones Colombianas Urrea Delgado S. C., en liquidación y Villamil Pardo e Hijos Limitada en frente de Darío Cárdenas Martínez y las sociedades Inversiones Cárdenas Parra Limitada y Hotel Dann Colonial Limitada.

Costas en el recurso de casación a cargo de ambos recurrentes, por partes iguales. Tásense en su oportunidad.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Rafael Romero Sierra, Eduardo García Sarmiento, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL

Magistrado Ponente
CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

Bogotá, D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil tres (2003)

EXTRACTO JURISPRUDENCIAL – NUEVA LEGISLACIÓN.

El contratante cumplido puede válidamente ejercitar las acciones alternativas de que trata el artículo 1546 del Código Civil.

Sobre este particular aspecto atinente a la manera como el contratante cumplido puede válidamente ejercitar las acciones alternativas de que trata el artículo 1546 del Código Civil, la jurisprudencia de la Corte (v. gr. G.J. CLIX, primera parte, p 306; CCXXXIV, p 678; XLIX, p 315, sentencia 023 del 7 de marzo de 2000, exp. 5319, entre otras,) ha precisado que paralela a la acción de cumplimiento (por la vía ejecutiva o la ordinaria, según el caso), el contratante cumplido, o que estuvo presto a cumplir, tiene en su haber -frente al contratante incumplido y a su arbitrio- la posibilidad de acudir al juez para que declare la resolución de la respectiva negociación, en orden a satisfacer su legítimo derecho a que no preserve su vigencia dicho negocio jurídico bilateral, ni por eso, a permanecer sujeto indefinidamente a las obligaciones contraídas en virtud de su celebración. Por consiguiente, como efecto de la citada disposición legal, sólo al contratante cumplido o allanado a cumplir, incumbe decidir si ejerce o no la acción en comento, la que coexiste, de manera alternativa y no conjunta, con la de cumplimiento forzado, ello es claro.

Mientras no se satisfaga ontológica y jurídicamente la prestación debida -y exigible- al contratante cumplido, éste podrá intentar la acción de resolución contractual, se insiste, en forma alternativa a la de cumplimiento, y no conjunta o a la vez (simultaneidad real de acciones), pues aquella "es opuesta o contraria al cumplimiento, por lo que mediante su ejercicio la parte que la plantee no habrá de ver realizado el objeto de la prestación, ni directa ni indirectamente ..." y que, "en el plano legal, no se supedita o subordina al derecho a obtener el cumplimiento, pues la ley, sin ninguna restricción o exigencia en uno u otro sentido, le ofrece al contratante la oportunidad para que, en frente del deudor transgresor, escoja entre la acción de cumplimiento y la de resolución del contrato" (sentencia de Casación Civil del 10 de diciembre de 1990).

3. Con el propósito de establecer la vigencia efectiva y el alcance de la máxima latina mencionada por el recurrente (*electa una vía non datur recursus ad alteram*), puntualizó la Corte que, "... nada autoriza para sostener que si se implora el cumplimiento de la prestación no sea posible después, incluso cuando ha mediado el desistimiento de la pretensión, demandar la resolución del contrato. El que las acciones sean alternativas no entraña que el acreedor se vea colocado en la disyuntiva consistente en que si pide el cumplimiento le quede, por tal causa, clausurada la oportunidad para solicitar la resolución ... A raíz de esto se ha dicho que la resolución es procedente aún después de proferida sentencia en que se ordene el cumplimiento de la obligación, pues aquella carece de efectos novativos" (subrayado fuera de texto, sentencia de Casación Civil del 10 de diciembre de 1990).

En la citada providencia se sostuvo que ejercida la acción de cumplimiento no se debe inferir que el actor ha renunciado a la otra, pues "semejante entendimiento de la cuestión equivaldría a dejar a la parte atada al contrato de manera indefinida cundo obtenida una sentencia favorable al cumplimiento, no obstante, en la práctica se encuentra que carece de los medios para hacer efectiva la prestación a cargo del deudor" (CCIV, pág. 131).

Pero no significa lo anterior que *ex proffeso* y con meridiana explicitud –sobre todo en el último de los fallos en mención-, la Corte hubiera supeditado la viabilidad de la acción resolutoria incoada

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

luego de desistida la de cumplimiento, a la ausencia de "utilidad práctica" de ésta, toda vez que la referencia fáctica que en ella se hace, hunde sus raíces más en el propósito de ejemplificar que de excluir otras hipótesis, igualmente válidas. Tanto es así, que el '*casus*' empleado persigue desmentir la creencia de que el ejercicio de la acción de cumplimiento, *per se*, implicaba una renuncia en punto de la acción de resolución.

En esa oportunidad, así como antes y después, de manera inveterada ha precisado la Sala que la acción resolutoria procede, mientras no se haya satisfecho la prestación debida al contratante cumplido, según los requisitos que fluyen del texto del artículo 1546, a saber: "a) que el contratante contra el cual se dirige la demanda haya incumplido lo pactado a su cargo, y b) que el contratante que la proponga haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo" (CLII, pág. 87).

Sin embargo, debe reconocerse que si bien en dicha ocasión –y en el sentido indicado– además de reconocerse claramente la legítima potestad de mudar de una acción a otra, concretamente de la acción de cumplimiento a la resolutoria, se aludió a ese evento –esto es, a la carencia “de medios para hacer efectiva la prestación a cargo del deudor”– no ha sido explícita y concluyente la jurisprudencia de la Corte, en orden a fijar una directriz inequívoca ante la ausencia de disposición expresa en Colombia, muy al contrario de lo sucedido en otras legislaciones, que regule o discipline si puede el acreedor variar la vía previamente seleccionada (la de cumplimiento, v. gr.) por la otra (la resolutoria), sin perjuicio, claro está, de las luces brindadas. Es así como debe decirse que antes –en 1926– había sostenido: “la Corte considera que el principio sentado por el Tribunal¹, si bien exactamente riguroso en el derecho romano, no lo es en el derecho moderno, pues que si el acreedor ha fracasado en sus acciones para la ejecución de un contrato, no puede en justicia quedar inhabilitado para recuperar por medio de la resolución las cosas que ha entregado, si no ha obtenido el equivalente de sus prestaciones a causa del incumplimiento del deudor”. Por tanto, continuó la Sala: “el acreedor no puede ocurrir simultáneamente a dos remedios que se excluyen, y que una vez que ha prosperado uno de los remedios elegidos, queda el otro eliminado; pero en ningún caso puede entenderse la disposición en el sentido de que intentada sin éxito cualquiera de las dos acciones concedidas al acreedor para hacer efectivo su derecho, no pueda hacer uso de la otra en subsidio, como defensa del incumplimiento del deudor” (Casación Civil del 28 de mayo de 1926).

Más adelante, en el año 1940, estando vigente la preceptiva procesal de la época, sostuvo que “cuando se ejercita pues la acción resolutoria del contrato, habiéndose iniciado antes la de cumplimiento del pacto, es necesario para que sea recibida aquella, que el juicio en que se demanda el cumplimiento no esté vigente, que haya terminado por alguno de los medios legales o que se demuestre que no obstante el esfuerzo del acreedor, no ha podido éste, en el juicio de cumplimiento, obtener la contraprestación” (XLIX, p 317).

Ref: Exp: No. 7451

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso la demandada ANA GLADYS HITSCHERICH DE BELTRAN contra la sentencia del 26 de marzo de 1998 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario que promovió ALEJANDRO AMPLE ALCAYDE contra la recurrente.

ANTECEDENTES

1. Con demanda que por reparto correspondió conocer al Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, pidió el demandante ALEJANDRO AMPLE que, por incumplimiento

¹ Se refería la Corte a que el Tribunal que dictó la sentencia objeto de casación en aquella oportunidad, había sostenido que el artículo 1546 del Código Civil consagraba un derecho alternativo (cumplimiento o resolución), a punto tal que hecha la elección por el acreedor debía éste continuar con la pretensión escogida pues la otra había dejado de existir.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

de la demandada ANA GLADYS HITSCHERICH de su obligación de pagar el precio de la cosa vendida, se decretara la resolución del contrato de compraventa celebrado entre ellos por escritura pública 1880 del 13 de octubre de 1981, otorgada ante la Notaría 27 de Bogotá; que, consecuencialmente, se ordenara la cancelación del registro de la venta contenida en ese instrumento y que se dispusieran las restituciones de rigor.

2. Como sustrato de sus pedimentos, adujo los hechos que así se compendian:

A. Mediante la referida escritura, ALEJANDRO AMPLE vendió a ANA GLADYS HITSCHERICH el apartamento 101 del Edificio Bifamiliar Cosgaya, situado en la calle 121 No. 15 A 23 de esta ciudad. Se convino como precio de la venta, según promesa de contrato que le precediera, la cantidad de \$4'575.000.00, que debía ser pagada en varios instalamentos, el primero por \$2'075.000.00 y el saldo de \$2'500.000.00 en 18 cuotas semestrales, del 15 marzo de 1979 hasta el 15 de septiembre de 1987.

B. No obstante lo pactado en el contrato preparatorio, en la citada escritura pública se consignó como precio de la negociación la suma de \$2'500.000.00; allí se dijo también que el vendedor había recibido \$833.333.34 y que el excedente, la suma de \$1'666.666.66, sería pagado en 12 cuotas semestrales, a partir del 15 de marzo de 1982, acorde con sendas letras de cambio que para la fecha de la escritura suscribió la compradora, quien, además, garantizó su obligación con hipoteca de primer grado que extendió sobre el mismo inmueble materia de la venta susodicha.

C. La demandada no canceló las letras de cambio (ocho), cuyos vencimientos se presentaron entre el 15 de marzo de 1984 y el 15 de septiembre de 1987, pese a que ocupaba el predio en disputa desde el 11 de septiembre de 1978.

D. De manera infructuosa, el vendedor intentó el recaudo judicial forzoso respecto del pago de la parte del precio insatisfecha y como la compradora persistió en su actitud de incumplimiento, el actor optó "por la acción resolutoria", desistiendo "de la exigencia de pago".

3. Negó la demandada los hechos fundamentales del libelo y propuso las excepciones perentorias que denominó: a) "cosa juzgada", fincada en que el demandante inició proceso ejecutivo hipotecario contra la demandada para obtener el pago de las letras de cambio, proceso en el cual se ordenó el remate del bien y pago al acreedor y se **"encuentra en la etapa de liquidación del crédito"**. Adujo, además, que el ejecutante y acá actor ha tratado de desistir de las pretensiones en el proceso ejecutivo, **"lo cual le fue negado por el juzgado y en este momento se surte el recurso de apelación de tal decisión"**, a más de que la ejecutada ha hecho pago de la obligación mediante la consignación de su importe. b) "opción extinguida" pues como la acción de resolución del contrato y la acción de cumplimiento no son acumulables sino excluyentes, en este caso el demandante optó por el cumplimiento al iniciar el ejecutivo hipotecario; y c) "pago" dado que la demandada, en el proceso ejecutivo consignó el

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

valor del crédito y las costas en desarrollo del artículo 537 del Código de Procedimiento Civil.

A manera de previas, propuso las excepciones de "cosa juzgada" y "pleito pendiente", las que le fueron falladas adversamente en la audiencia en que sin éxito se intentara la conciliación del litigio (fls 99 a 106, cdno 5), en cumplimiento del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, decisión que, apelada por la demandada, fue confirmada por el Tribunal el 8 de agosto de 1994.

4. Agotado el trámite del caso, el *a quo* profirió sentencia el 7 de marzo de 1997, mediante la cual desestimó las pretensiones del demandante, quien apeló de la decisión. El Tribunal, al desatar la alzada en providencia de 26 de marzo de 1998, revocó esa sentencia para en su lugar declarar "no probadas las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada" (fl 158, cdno 21); y en cambio ordenar la resolución del aducido contrato, así como las restituciones mutuas y la condena en costas de ambas instancias a la parte vencida.

5. Contra el fallo del *ad quem*, ambas partes interpusieron recurso de casación. Posteriormente, la parte actora desistió del impetrado por ella, correspondiendo ahora decidir el de la demandada.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Con base en copia de la precitada escritura pública, el *ad quem* dio por cierta la celebración del invocado contrato de compraventa del inmueble, al igual que lo convenido en torno al pago de la negociación, en los términos aducidos en el libelo introductorio, ya resumidos en líneas precedentes.

2. Luego, con apoyo en copia del expediente del proceso ejecutivo promovido por el mismo vendedor contra la señora Hitscherich de Beltrán, del que conociera el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, concluyó que el demandante -con soporte **en algunas de las letras de cambio "marcadas con los números 7 al 18"**- intentó el recaudo judicial de su importe y que "dicho proceso ejecutivo, evidencia por sí sólo y sin lugar a dudas el incumplimiento en que incurrió la compradora ... **al no haber pagado la totalidad del precio convenido**, pues el pago que pretendió hacer con las citadas letras de cambio se resolvió, al no haberse descargado de cualquier manera tales instrumentos" (fl 152, cdno. 21), por lo que, "cumplida entonces la condición resolutoria a que alude el art. 882 del C. de Co., es decir, frustrado el pretendido pago", se "abrió" para el acreedor la posibilidad de acudir a la "acción causal que tampoco se encontraba extinguida por el solo hecho de la emisión de los títulos valores de que se trata, tal como así lo dispone el art. 643 *ibídem* y lo corrobora la falta de convenio en ese sentido" (fls. 152 y 153 *ib*).

3. Agregó el *Ad quem* que en virtud de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, estaba legalmente autorizado el demandante para solicitar la ejecución forzada de la

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

prestación debida o la resolución del contrato, en ambos casos con la respectiva indemnización de perjuicios. Advirtió que el actor, antes de "pedir la resolución del contrato por incumplimiento de la compradora", intentó "obtener el pago del precio impagado (sic) mediante el cobro por la vía ejecutiva de las ocho letras de cambio suscritas a su favor por la demandada"; que "esta gestión no tuvo éxito alguno, tal como se observa de las copias que de dicha ejecución se allegaron a este proceso" y que "después de más de nueve años de litigio y sin obtener el recaudo de la obligación demandada, el demandante optó por desistir de la pretensión allí encaminada, petición que le fue aceptada finalmente" (fl 153).

Añadió seguidamente que como "las letras de cambio se encontraban involucradas en el proceso ejecutivo mencionado, sin posibilidad alguna de que hubieren llegado a **manos de terceros ajenos a la relación causal ... el peligro que pretende evitar el art. 882 del C. Com.**, al exigir la devolución de los instrumentos o la garantía de que no se presentarán perjuicios al deudor con su no devolución no existía" (fl 153).

4. Luego de anticipar la prosperidad de las pretensiones, aludió a las excepciones de mérito planteadas por la demandada. Así, señaló el *ad quem* que la de "cosa juzgada" no ameritaba pronunciamiento adicional, por haber sido despachada, adversamente, en la fallida audiencia de conciliación (fl 154).

Después de destacar que pese a que de conformidad con los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, la acción para perseguir el pago del precio de la venta no puede ser ejercitada conjuntamente con la de tipo resolutorio, precisó que "nada se opone a que tales pretensiones se encaminen en juicio ordinario subsidiaria o alternativamente, o **que, iniciada una, se desista de ella para entablar la otra...**", pues "nada impide a la parte cumplida, renunciar una o varias acciones ya que ellas no miran el interés público y no ha sido prohibida su renuncia" (fl 154).

Tampoco el Tribunal encontró probada la excepción de "pago" propuesta por la señora Hitscherich de Beltrán, por cuanto "el pluricitado proceso ejecutivo con título hipotecario **... terminó por el desistimiento que de las pretensiones allí encaminadas presentó el demandante**, después de más de nueve años sin obtener pago alguno. De suerte que la consignación que en aquel efectuó irregularmente la parte demandada no puede tener los efectos de un pago válido. Dicha consignación por valor de \$5'000.000.00 a que **alude la demandada ... no obedece a la liquidación legalmente efectuada y aprobada y** en razón a ello, tal proceso no terminó por pago de la obligación, pues además, ella se hizo cuando ya se había presentado el desistimiento y se encontraba en trámite la segunda instancia que resolvería sobre la procedencia de tal petición" (fl 154).

5. En esos términos, anunció el Tribunal la necesidad de revocar la providencia apelada y la viabilidad de la resolución contractual reclamada, por lo que procedió a motivar su decisión en punto tocante con las "obligaciones restitutorias a cargo de las partes que recibieron las respectivas prestaciones o parte de ellas", para lo cual explicó las operaciones aritméticas que creyó aplicables al caso.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

LA DEMANDA DE CASACION

Contra el fallo de segunda instancia la demandada interpuso dos cargos, enderezados ambos por la primera de las causales previstas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que la Corte estudiará en el orden propuesto.

CARGO PRIMERO

En este cargo se acusó la sentencia del Tribunal de vulnerar, por aplicación indebida, los artículos 1546 y 1939 del Código Civil y, por falta de aplicación, los artículos 342, 332, 512, 187 y 523 del Código de Procedimiento Civil, como consecuencia de error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda del ejecutivo hipotecario, la hipoteca, su inscripción y vigencia, el embargo y secuestro del inmueble hipotecado, la sentencia que ordenó la venta del inmueble, el avalúo del ejecutivo hipotecario y su firmeza, así como el desistimiento del ejecutivo hipotecario.

Para sustentar este cargo, afirmó el recurrente que si bien el contratante cumplido tiene frente al incumplido la acción de cumplimiento de la obligación y la resolutoria del contrato, éstas son alternativas, a "potestad" del primero, sin que se piense que el ejercicio de una de ellas implique la renuncia de la otra, salvo "que la utilizada prospere y existan los medios para hacer efectiva la prestación" (fls 12 y 13).

Agregó que, "cuando en el ejercicio de una acción alternativa, el demandante obtiene sentencia favorable y existen los medios para hacerla valer, no puede, por un acto de voluntad, **desconocer la sentencia e intentar la otra acción ... pues esa posibilidad se** extinguió en el momento en que la sentencia favorable cuyas condenas no son ilusorias, quedó en firme". De lo contrario, esas acciones no serían alternativas sino acumulativas y "se daría al traste con el principio de "definitividad" inherente a las sentencias judiciales (fls 13 y 14 *ib*).

2. Señaló que "una vez pronunciada la sentencia definitiva", el desistimiento, más que tal, constituía una renuncia, por no estar encaminada, propiamente, "a terminar el pleito, pues éste ya ha terminado con la sentencia", debiendo asumirse ese acto volitivo, entonces, "como una renuncia a los derechos que se han adquirido por virtud **de la sentencia ... como una dejación voluntaria de esos derechos**" (fl 14).

3. Previa la invocación de los artículos 4º del Código de Procedimiento Civil y 228 de la Carta Política, el impugnante insistió en que si se obtiene la efectividad del derecho reconocido por la ley sustancial, "no es lícito recurrir a otro 'procedimiento' so pretexto de que el primero fue inane" y que por tal razón, que se dio en este asunto, resultaba comprometido el interés para obrar, como "presupuesto material para la sentencia de fondo", ya que ese interés "deja de ser serio cuando el demandante desecha la decisión judicial que le accede a su '*petitum*' en una decisión con todos los visos y garantías de efectividad" (fl 15)

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Acotó que el desconocimiento de la cosa juzgada vulneraba “el derecho fundamental ... a obtener seguridad jurídica respecto de la solución de sus conflictos”, afectándose “por igual a quien fue demandante como a quien fue demandado, y su obligatoriedad lo es tanto para el uno como para el otro”, constituyendo “derecho del deudor que el acreedor no le exija nada más ni nada distinto de lo establecido en la sentencia” (fls 17 a 19, *ib*).

4. Adujo el recurrente que “la pretensión ejecutiva-hipotecaria despachada favorablemente por la sentencia” no arrojaba “como resultado obligado la imposibilidad **práctica del pago, como erradamente lo indica el fallo acusado**”, pues, en su momento, bien pudo el ejecutante solicitar el remate del predio hipotecado, acorde con el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil, opción que no podía ejercer el ejecutado dado que no existía liquidación en firme del crédito demandado (fl 21).

De esta forma, el casacionista reprochó al Tribunal porque “tuvo por probado, sin estarlo, que la acción ejecutiva hipotecaria era inútil en la práctica”. Añadió que la carga de la prueba de la mencionada “inocuidad” incumbía al demandante; que por el contrario, era ostensible **la “utilidad práctica” de esa ejecución, pues el pago de la acreencia**, que no incluía intereses, estaba asegurado con la hipoteca constituida sobre el disputado inmueble, gravamen que “a la fecha de la demanda ejecutiva estaba **inscrita y vigente**”; **que el bien fue “embargado y secuestrado sin oposición**”; **que, en noviembre de 1991, fue avaluado en \$90'000.000.00, superando con exceso, los \$3'221.700.00 “que demandaba el ejecutante” y que el *ad quem* “cercenó”, en su “realidad demostrativa”, los elementos probatorios antes relacionados, pues de haberlos apreciado de manera “completa”, hubiera advertido que el proceso ejecutivo no era “fallido” y, por tanto, “no tendría cabida la acción resolutoria escogida en reemplazo de la de cumplimiento ejecutivo y en consecuencia no habría aplicado los artículos 1546 y 1930 del Código Civil” (fls 22 y 23, *ib*).**

5. Así, según la censura, por falta de aplicación, fue transgredido, a su vez, el artículo 342 del Código de Procedimiento Civil por cuanto el Tribunal no dio al desistimiento “las consecuencias que allí se pregonan”, así como los artículos 332 y 512 *ibídem*, por desconocimiento de los efectos inherentes a la cosa juzgada, a lo que se llegó por la “indebida apreciación de las pruebas ‘en conjunto’ como lo dispone el artículo 187 del C. de P. C.”, que “también se infringió por falta de aplicación” (fl 23 *ib*).

Por último, el casacionista adujo que “las probanzas indicadas obran en el plenario, legal y oportunamente recaudadas; es manifiesto el yerro fáctico, su preterición y recorte, como que ninguna atención le merecieron al juzgador de instancia, al punto que ninguna mención, ni expresa ni aún implícita, aparece de ellas en el fallo acusado”, pues de lo contrario el Tribunal habría encontrado improcedente la pretensión resolutoria.

CONSIDERACIONES

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

1. El cargo, conforme se historió en precedencia, se encamina a resaltar la comisión de errores evidentes y trascendentes de hecho que, en sentir del recurrente, condujeron al Tribunal a no dar por demostrado, estándolo, que era útil, esto es, que no era ilusoria o inane, la acción de cumplimiento forzado de la obligación ejercida por el actor en el proceso ejecutivo hipotecario contra la demandada. Utilidad que por tanto le vedaba, según el censor, la posibilidad al actor de incoar, en proceso separado y ulterior, la resolución del contrato, cuyo cumplimiento, paradójicamente, estaba reclamando por la vía ejecutiva con evidentes resultados favorables desde el punto de vista práctico.

Al punto, el recurrente determina algunas pruebas (alusivas a la existencia de la hipoteca para garantizar el pago, al embargo del inmueble hipotecado, a la ejecutoriedad de la sentencia de segunda instancia que ordenó la venta en pública subasta de dicho inmueble, así como al avalúo en firme del mismo en la suma de \$90.000.000,00 frente al valor de la deuda) que –para el censor- conducen a tener por demostrado que en el proceso ejecutivo el actor iba a obtener el recaudo efectivo del saldo del precio adeudado, vale decir, tenía alcanzado el éxito de su acción de cumplimiento forzado. De allí que este andamiaje lo erija sobre la base de considerar **que “enfrente de una acción bipolar –cumplimiento y resolución- el contratante puede abandonar una vía resuelta y optar por la otra, únicamente en el caso en que se vea que el resultado práctico de la primera es o será inane, porque en este caso el derecho procesal no cumplió su misión de hacer efectivo el derecho sustancial.** A contrario, cuando la sentencia obtenida en la vía escogida sí puede ser hecha efectiva, la otra vía le queda clausurada y tendrá plena aplicación el principio conforme al cual *‘electa una via no datur recursus ad alteram’* ” (el subrayado no es del texto original).

2. Sobre este particular aspecto atinente a la manera como el contratante cumplido puede válidamente ejercitar las acciones alternativas de que trata el artículo 1546 del Código Civil, la jurisprudencia de la Corte (v. gr. G.J. CLIX, primera parte, p 306; CCXXXIV, p 678; XLIX, p 315, sentencia 023 del 7 de marzo de 2000, exp. 5319, entre otras,) ha precisado que paralela a la acción de cumplimiento (por la vía ejecutiva o la ordinaria, según el caso), el contratante cumplido, o que estuvo presto a cumplir, tiene en su haber -frente al contratante incumplido y a su arbitrio- la posibilidad de acudir al juez para que declare la resolución de la respectiva negociación, en orden a satisfacer su legítimo derecho a que no preserve su vigencia dicho negocio jurídico bilateral, ni por eso, a permanecer sujeto indefinidamente a las obligaciones contraídas en virtud de su celebración. Por consiguiente, como efecto de la citada disposición legal, sólo al contratante cumplido o allanado a cumplir, incumbe decidir si ejerce o no la acción en comento, la que coexiste, de manera alternativa y no conjunta, con la de cumplimiento forzado, ello es claro.

Mientras no se satisfaga ontológica y jurídicamente la prestación debida -y exigible- al contratante cumplido, éste podrá intentar la acción de resolución contractual, se insiste, en forma alternativa a la de cumplimiento, y no conjunta o a la vez (simultaneidad real de acciones), pues aquella “es opuesta o contraria al cumplimiento, por lo que mediante su ejercicio la parte que la plantee no habrá de ver realizado el objeto de la prestación,

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

ni directa ni indirectamente ..." y que, "en el plano legal, no se supedita o subordina al derecho a obtener el cumplimiento, pues la ley, sin ninguna restricción o exigencia en uno u otro sentido, le ofrece al contratante la oportunidad para que, en frente del deudor transgresor, escoja entre la acción de cumplimiento y la de resolución del contrato" (sentencia de Casación Civil del 10 de diciembre de 1990).

3. Con el propósito de establecer la vigencia efectiva y el alcance de la máxima latina mencionada por el recurrente (*electa una vía non datur recursus ad alteram*), puntualizó la Corte que, "... nada autoriza para sostener que si se implora el cumplimiento de la prestación no sea posible después, incluso cuando ha mediado el desistimiento de la pretensión, demandar la resolución del contrato. El que las acciones sean alternativas no entraña que el acreedor se vea colocado en la disyuntiva consistente en que si pide el cumplimiento le quede, por tal causa, clausurada la oportunidad para solicitar la resolución ... A raíz de esto se ha dicho que la resolución es procedente aún después de proferida sentencia en que se ordene el cumplimiento de la obligación, pues aquella carece de efectos novativos" (subrayado fuera de texto, sentencia de Casación Civil del 10 de diciembre de 1990).

En la citada providencia se sostuvo que ejercida la acción de cumplimiento no se debe inferir que el actor ha renunciado a la otra, pues "semejante entendimiento de la cuestión equivaldría a dejar a la parte atada al contrato de manera indefinida cundo obtenida una sentencia favorable al cumplimiento, no obstante, en la práctica se encuentra que carece de los medios para hacer efectiva la prestación a cargo del deudor" (CCIV, pág. 131).

Pero no significa lo anterior que *ex proffeso* y con meridiana explicitud –sobre todo en el último de los fallos en mención-, la Corte hubiera supeditado la viabilidad de la acción resolutoria incoada luego de desistida la de cumplimiento, a la ausencia de "utilidad práctica" de ésta, toda vez que la referencia fáctica que en ella se hace, hunde sus raíces más en el propósito de ejemplificar que de excluir otras hipótesis, igualmente válidas. Tanto es así, que el 'casus' empleado persigue desmentir la creencia de que el ejercicio de la acción de cumplimiento, *per se*, implicaba una renuncia en punto de la acción de resolución.

En esa oportunidad, así como antes y después, de manera inveterada ha precisado la Sala que la acción resolutoria procede, mientras no se haya satisfecho la prestación debida al contratante cumplido, según los requisitos que fluyen del texto del artículo 1546, a saber: "a) que el contratante contra el cual se dirige la demanda haya incumplido lo pactado a su cargo, y b) que el contratante que la proponga haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo" (CLII, pág. 87).

Sin embargo, debe reconocerse que si bien en dicha ocasión –y en el sentido indicado- además de reconocerse claramente la legítima potestad de mudar de una acción a otra, concretamente de la acción de cumplimiento a la resolutoria, se aludió a ese evento –esto es, a la carencia "de medios para hacer efectiva la prestación a cargo del deudor"-

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

no ha sido explícita y concluyente la jurisprudencia de la Corte, en orden a fijar una directriz inequívoca ante la ausencia de disposición expresa en Colombia, muy al contrario de lo sucedido en otras legislaciones, que regule o discipline si puede el acreedor variar la vía previamente seleccionada (la de cumplimiento, v. gr.) por la otra (la resolutoria), sin perjuicio, claro está, de las luces brindadas. Es así como debe decirse que antes —en 1926- **había sostenido**: “la Corte considera que el principio sentado por el Tribunal², si bien exactamente riguroso en el derecho romano, no lo es en el derecho moderno, pues que si el acreedor ha fracasado en sus acciones para la ejecución de un contrato, no puede en justicia quedar inhabilitado para recuperar por medio de la resolución las cosas que ha entregado, si no ha obtenido el equivalente de sus prestaciones a causa del incumplimiento del deudor”. Por tanto, continuó la Sala: “el acreedor no puede ocurrir simultáneamente a dos remedios que se excluyen, y que una vez que ha prosperado uno de los remedios elegidos, queda el otro eliminado: pero en ningún caso puede entenderse la disposición en el sentido de que intentada sin éxito cualquiera de las dos acciones concedidas al acreedor para hacer efectivo su derecho, no pueda hacer uso de la otra en subsidio, como defensa del incumplimiento del deudor” (Casación Civil del 28 de mayo de 1926).

Más adelante, en el año 1940, estando vigente la preceptiva procesal de la época, **sostuvo que “cuando se ejercita pues la acción** resolutoria del contrato, habiéndose iniciado antes la de cumplimiento del pacto, es necesario para que sea recibida aquella, que el juicio en que se demanda el cumplimiento no esté vigente, que haya terminado por alguno de los medios legales o que se demuestre que no obstante el esfuerzo del **acreedor, no ha podido éste, en el juicio de cumplimiento, obtener la contraprestación”** (XLIX, p 317)

4. Efectuado el ‘*excursus*’ jurisprudencial que antecede, resulta de la mayor utilidad, a fin de establecer las bases sobre las cuales debe auscultarse el presente caso, fijar los alcances que, en el derecho patrio, tiene la posibilidad de que esa facultad del acreedor, enderezada a pedir el cumplimiento o la resolución, pueda ser objeto de mutación o variación, luego de haber escogido aquél, primigeniamente, una de las dos opciones de que dispone, por mandato legal.

4.1. Para el logro del anunciado objetivo, importa tener presente que ese derecho a que el acreedor opte por una u otra pretensión, de vieja data, es reconocido universalmente por numerosas legislaciones y por la jurisprudencia, a diferencia de lo que ocurrió en el **Derecho Romano, en el que la acción resolutoria no se conoció “como remedio para aniquilar una convención bilateral por incumplimiento de uno de los contratantes”** (G.J. CLIX, p. 309), dado que si bien podía tener lugar para el preciso caso de la *lex commissoria* —a través de una estipulación especial de origen netamente convencional, que no se sobrentendía-, su desarrollo y generalización para otros contratos diversos al

² Se refería la Corte a que el Tribunal que dictó la sentencia objeto de casación en aquella oportunidad, había sostenido que el artículo 1546 del Código Civil consagraba un derecho alternativo (cumplimiento o resolución), a punto tal que hecha la elección por el acreedor debía éste continuar con la pretensión escogida pues la otra había dejado de existir.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

de compraventa, tuvo lugar en el Derecho Canónico, merced al penetrante aporte de la Escuela de los Canonistas, al mismo tiempo que fue objeto de estudio por los Glosadores y Comentaristas, instituto éste que, *'a posteriori'*, maduró y se aquilató gracias a las contribuciones –galas- de Dumoulin, Domat y Pothier, fundamentalmente, éste último inspirador de numerosas normas adoptadas ulteriormente en el código napoleónico, de marcado influjo en la codificación chilena y, por ende, en la colombiana, en lo que concierne a la figura de la resolución del contrato por incumplimiento.

Es por ello por lo que se concibe hoy esta opción entre la pretensión resolutoria y la de **cumplimiento**, *'ministerio legis'*, como una inequívoca muestra del acerado respeto al derecho de crédito radicado en cabeza del acreedor insatisfecho, *'quid'* del asunto sometido al escrutinio de la Corte. Mas, en lo tocante con el alcance del precitado derecho de opción del *accipiens*, no puede hablarse de reglas unívocas en el Derecho comparado, como quiera que este tópico, ciertamente, ha sido objeto de variada y, en veces, divergente disciplina preceptiva.

De la misma manera, en lo tocante con el específico aspecto que ocupa la atención de la Sala, esto es, el referido a la posibilidad de que el acreedor renuncie a la pretensión que -*ex ante*- escogió (v. gr. la de cumplimiento forzado) y a continuación prosiga o comience a reclamar la otra (la resolución del contrato), también diversas han sido las soluciones que la ciencia jurídica y los ordenamientos foráneos le han dado al tópico en cuestión, que van -históricamente- desde la prohibición de variar la elección realizada (*electa una vía non datur recursus [regressus] ad alteram*) del Derecho Romano³ y del derecho español medieval de las Siete Partidas, hasta la autorización expresa para realizar el cambio de pretensión, en determinado sentido y bajo ciertos supuestos, generalmente del cumplimiento a la resolución y sólo en tanto aquél haya resultado frustráneo. Y, por supuesto, legislaciones hay que guardan silencio en este sentido, como la de Colombia, que sigue al Código Chileno de don Andrés Bello, quien en lo pertinente abrevó, para la factura de las normas que regulan el asunto *sub examine*, en el código napoleónico -como se anticipó-, respecto del cual la doctrina, mayoritariamente, pregona la facultad del acreedor de actuar en doble vía, esto es, que puede pasar de la pretensión resolutoria a la de cumplimiento, o de esta a aquella, sin restricción.

En resumidas cuentas, ello es neurálgico para el desenlace de este caso-, el tratamiento legal del *jus variandi* -que es como en la dogmática contemporánea de **ordinario se conoce a la facultad de “variar” de una opción previamente escogida** a la otra- registra en la historia y en el Derecho Comparado una gama de alternativas, de suyo asimétricas: proscripción expresa de migrar; autorización para hacerlo en cierto

³ Con todo, debe resaltarse que en el Digesto del emperador Justiniano, figura el siguiente pasaje de autoría del togado Papiniano en el que solo se proscribe el derecho a variar la acción, en un solo sentido: “tan pronto se ha incurrido en el supuesto de la cláusula (comisoria), deberá determinar el vendedor si quiere ejercitar su derecho comisorio o prefiere reclamar el precio; porque si hace valer el comisorio, después no puede ya variar” (Digesto 18, 3, 4.2).

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

sentido, previo el cumplimiento de ciertas exigencias; o sólo en determinada vía (del cumplimiento a la resolución, pero no a la inversa); o, finalmente, ausencia de regulación expresa de la figura en comento, de lo que se ha derivado la posibilidad de transitar de una a otra, sin limitaciones puntuales, motivo por el cual no es dable asignarle al tema un tratamiento uniforme, merced a la diversidad de orientaciones **normativas. Tanto es así que en función del ‘modus operandi’ del ‘jus variandi’**, en sede contractual, modernamente se estructuran regímenes restrictivos –con mayor o menor intensidad, según el caso- y de amplio espectro.

4.2. Por consiguiente, en aras de registrar solo algunos casos de legislaciones foráneas que regulan el asunto de diverso modo (pluralidad preceptiva), puede señalarse, por vía de ejemplo, que en Italia se dispuso que *“La resolución puede ser demandada aun cuando se hubiere promovido el juicio para obtener el cumplimiento, pero no puede pedirse el cumplimiento cuando haya sido demandada la resolución”* (Artículo 1453 del Código Civil italiano).

En España, el proyecto de don Florencio García Goyena del año 1851 –contemporáneo de don Andrés Bello-, luego de sentar el principio aceptado de la condición resolutoria **implícita en los contratos bilaterales, estableció que “el perjudicado podrá escoger entre** exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses, *pudiendo adoptar este segundo medio aun en el caso de que, habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligación”*. Ya en el texto definitivo (artículo 1124 C.C. español) se precisó el alcance del *jus variandi*, **al disponerse que “el perjudicado podrá exigir el cumplimiento o la resolución** de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, *cuando éste resultare imposible”, término éste que ha sido explicado por la jurisprudencia ibérica, con el fin de no limitar -en demasía- el derecho en comentario, enfatizando en que “no hace referencia, sin más y únicamente, a la [imposibilidad] física, objetiva o de hecho, sino también a la jurídico económica, es decir, a la frustración (no a la mera conveniencia) del acreedor por la deficiencia, anormalidad, tardanza o demora excesiva del deudor en el cumplimiento, que ya no será purgativo por la desaparición del interés en el contraprestación originariamente pactada convertida en inútil o perjudicial por esa resistencia a cumplir” (Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de noviembre de 1983, corroborada en fallo del 26 de enero de 1990, entre varios).*

En Argentina se dispuso en 1968 (artículo 1204 C.C.), que *“la parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato, pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado la resolución”*.

En cuanto al Código Civil francés (artículo 1184: *“...La parte respecto de la cual el compromiso no fue ejecutado, tiene la elección, o de obligar a la otra parte a la*

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

ejecución del contrato cuando ello sea posible, o de demandar la resolución con los **daños y perjuicios...**”), si bien el punto no fue expresamente disciplinado, la doctrina franco-belga (Demolombe, Larombiere, Laurent, Baudry-Lacantinèrie, Planiol, De Page, Esmein, Starck, Rolland y Boyer, entre otros), en general, se muestra de acuerdo en que nada en esa codificación obsta para que el acreedor varíe la opción inicialmente escogida -cualquiera de las dos que haya preferido utilizar en primer lugar-, en vista de que el optar por una no supone renunciar a la utilización de la otra.

En efecto, resulta elocuente que en la señalada doctrina, a pesar de no existir texto legal expreso -o precisamente por ello-, se haya llegado a la conclusión que de manera concisa revela el siguiente pasaje procedente de la pluma autorizada de Planiol y Ripert: **“El acreedor podrá a su elección pedir el cumplimiento o la resolución** (artículo 1184, párr 2º); por consiguiente, mientras no se haya hecho pronunciamiento en cuanto a la resolución, el acreedor que la hubiere solicitado puede interesar el cumplimiento, y a la inversa, puede, después de haber pedido el cumplimiento, reclamar la resolución, pero no cuando hubiere previamente renunciado a una de las dos soluciones, sin que **signifique tal renuncia el hecho de elegir en primer término una de las dos acciones**”⁴. Postura que *‘a posteriori’*, también ha mantenido la *‘communis opinio’* gala, tal y como se aprecia en la obra de los autores Weill y Terré, según la cual, **“aun después de haber reclamado la ejecución forzada, el acreedor puede, en el curso de la instancia, demandar la resolución”**⁵

4.3. En compendio, puede afirmarse que como ese derecho potestativo del acreedor ha recibido en las diversas codificaciones un tratamiento disímil, y más aún, como la posibilidad de que el acreedor migre de la opción que previamente escogió hacia la otra **alternativa** (*‘jus variandi’*; **consurso electivo**; **derecho a la reconsideración**; **mutación de acciones**, etc.), ha sido asimismo regulada con alcances diversos, debe estar muy atento el intérprete a esa realidad, concretamente en aplicación de soluciones ofrecidas por doctrinantes de cada país, vista la desemejante normatividad que los Estados han adoptado en el punto.

5. Ahora bien, en lo que atañe al derecho colombiano, dueño de una realidad normativa no siempre coincidente con la de otras naciones –como tangencialmente se esbozó-, debe afirmarse que ni de la escueta lectura del artículo 1546 del Código Civil Colombiano (artículo 27 del Código Civil), ni del contexto normativo en que se desdobra el reconocimiento del derecho crediticio del contratante cumplido o que estuvo presto a cumplir (artículo 30 ib), y ni de la historia fidedigna del establecimiento de la condición resolutoria tácita (etiología de la obra codificadora a cargo del señor Bello),⁶ se

⁴ Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Juan Bauto Ed. La Habana., 1927, Tomo VI, p 599.

⁵ Weill, Alex y Terré, François, Droit Civil (Les obligations), Dalloz, Paris, 1986. Cfme: F. Terré; Ph. Simler e Y. Lequette. Les Obligations, París, 1996, p 516.

⁶ Es de señalar que en el proyecto de 1853 de don Andrés Bello se indicaba en el segundo inciso: “pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

desprende que se consagre en el ordenamiento patrio aquel requisito, por plausible que parezca –o pueda llegar a parecer-, atinente a que el acreedor esté facultado para demandar la resolución contractual cuando previamente ha incoado su cumplimiento, sólo si éste ha resultado fallido, inane o sin éxito. Y no es dable tampoco inferirlo –como tampoco lo infiere la doctrina y jurisprudencia francesas, con fundamento un en texto igualmente silente al respecto-, pues estaría el intérprete adicionando una exigencia que la norma no contempla, a más de incluir un requisito procesal, por vía de agregación, en desmedro de la clara prevalencia de la eficacia del derecho sustancial comprometido en el debate (artículo 228 de la Constitución Política). Baste sólo agregar, siguiendo a Demolombe, que la estructura moderna de la figura de la resolución contractual es más particular, habida cuenta que en regímenes como el francés –y también en el colombiano- se **“deja a la parte la elección tendiente a la ejecución y la acción tendiente a la resolución”**, por manera, continúa el autor, que **“si se nos opone el adagio: ‘electa una via non datur recursus ad alteram’, responderemos con Merlin que ‘este adagio no está escrito en términos generales ni positivos en ninguna ley antigua ni moderna’”**⁷.

Sin embargo, como todo derecho, éste que se analiza –el *jus variandi*- está limitado; no es absoluto, como de antaño fue reconocido por la Corte a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, en relación con los derechos subjetivos, y ahora de modo expreso está instituido en la Constitución como deber de toda persona, **en tanto ésta ha de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” (artículo 95-1 C.P.), canon constitucional reflejo de la conocida máxima ‘qui iure suo utitur, neminem laedere debet’** (el ejercicio de un derecho no debe lesionar otro derecho).

De lo que se sigue que si bien en Colombia, y a la luz de la legislación positiva actual, no puede ser tenido como requisito inexorable del precitado *jus variandi* la inutilidad práctica en el ejercicio de la primera acción –por lo demás de verificación ulterior o subsiguiente-, tampoco puede sostenerse, de manera general y para todos y cada uno de los casos, que ese derecho no pueda verse limitado de cara a fenómenos de

cumplimiento del contrato, o, si no fuere ya posible cumplirlo, la indemnización de perjuicios”. Este inciso fue materia de modificación en el proyecto definitivo de 1855.

⁷ Traité des contrats..., citado por José Merlich-Orsini, La resolución del contrato por incumplimiento, Temis, 1983, p 284. Es de precisar que la supraindicada máxima latina, no es de recibo, así expresada, ni siquiera en sistemas como el español –y de paso en Panamá-, en el cual expresamente se subordina la validez de la migración de la acción de cumplimiento a la resolutoria a la imposibilidad de lograr o alcanzar dicho cumplimiento (artículo 1124 C.C.), de suerte que su radio de acción, allí, está restringido o condicionado por ministerio de la ley, al contrario de lo que acaece en Francia, en Chile y en Colombia, entre otros ordenamientos. En este sentido, expresa el autor Mario Clemente M., que “conforme al Código Civil español, rige, en sede de resolución por incumplimiento, el principio ‘electa una via non datur recursus ad alteram’, con la única excepción de que el cumplimiento, por el que primeramente se optó, haya resultado imposible”. Conclusión ésta que el autor explica con base en la diversidad legislativa internacional. Es así como pone de presente que “si comparamos este régimen [el español] con los propios del derecho francés e italiano podemos observar notables diferencias” (La facultad de resolver los contratos por incumplimiento, Tirand lo Blanch, Valencia, 1998, p 208 y 210)(El subrayado es ajeno al texto original).

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

aquilatado reconocimiento jurisprudencial y aún constitucional, como, por vía de ejemplo, tiene lugar en el caso del ejercicio abusivo del derecho o de los derechos.

En definitiva, no es dable sentar en estos eventos pautas jurisprudenciales abstractas y **aplicables a todas las hipótesis, de espaldas al ‘factum’ emergente de cada caso particular**, digno de invariable examen particular. De ahí que como lo señalara recientemente esta Corporación, “la respuesta adecuada, cualquiera que ella sea (haz de alternativas), solo emergerá después de auscultar ... el ‘casus’”, ya que “este es el encargado, en forma privativa, de darle fisonomía, justificación y plasticidad a la estructura teórica ‘per se’ ayuna de fuerza si no se armoniza con el ‘factum’, o sea con el elocuente dictado que dimana de los hechos” (Sentencia del 30 de septiembre de 2002, Exp. 4799).

6. En pocas palabras, con arreglo al esquema de la condición resolutoria tácita se consagra en Colombia el derecho potestativo y alternativo del acreedor cumplidor, a pedir el cumplimiento o la resolución del contrato incumplido por su cocontratante, sin que medie –‘ex lege’- regulación expresa en punto del derecho a variar la pretensión primigeniamente escogida, *a fortiori*, sin contemplar explícitamente requisito alguno para el ejercicio del *jus variandi*, que, en línea de principio, debe entenderse incluido dentro de la amplia órbita de facultades del acreedor, en procura de preservar y proteger inalterado, en toda su dimensión, la acreencia de que es titular (tutela del derecho crediticio). No en vano, rectamente entendida, en el precepto contenido en el **artículo 1546 del C.C. se entronizan las dicientes expresiones: “pedir a su arbitrio” referidas a la “resolución o el cumplimiento”, arbitrio éste que no tiene por qué eclipsarse**, a pretexto de reflexiones doctrinales cimentadas –o influidas- por textos legislativos diferentes, por granadas que ellas resulten.

No obstante, huelga resaltar que dicho *jus variandi*, como todo derecho subjetivo, es relativo, de modo que la potestad de variar o migrar de una pretensión a la otra está limitada, entre otras causas, por el acerado deber a cargo del acreedor de no incurrir en ejercicio abusivo del mismo, en claro desmedro de principios tan capitales como el de la buena fe, también de rango constitucional (artículo 83 C.P.) y de indiscutida vigencia y resonancia jurídicas (vid. Sentencia del 3 de septiembre de 2001)

7. A pesar de que con fundamento en las anteriores consideraciones resulta pertinente concluir que el cargo que se estudia no puede prosperar, debe resaltarse que las copias del proceso ejecutivo muestran, que lo que en principio hubiera parecido ser el cobro coactivo de una obligación suficientemente garantizada con hipoteca, resultó ser un dilatado proceso en el que se presentaron muy disímiles obstáculos, que pudieron haber precipitado y aun ofrecido un sustento para la utilización -en tanto se configuraba un interés serio y legítimo- del *jus variandi* por parte del acreedor.

En efecto, se trató de un proceso ejecutivo hipotecario (demanda presentada el 31 de agosto de 1984) en el que el demandante ALEJANDRO AMPLE, haciendo uso de la cláusula aceleratoria pactada en la escritura pública 1880 del 13 de octubre de 1981,

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

otorgada ante la Notaría 27 de Bogotá, intentó cobrar coactivamente las letras 11 (que venció el 15 de marzo de 1984) a 18 que, juntas, sumaban \$3.221.700,00.

Al contestar la ejecutada y demandada GLADYS HITSCHERICH, anexó título de consignación por concepto de las letras onceava y duodécima que para ella eran las que estaban vencidas. Pero ese título luego le fue devuelto, ante insistencia de ella, quien alegó la naturaleza del proceso, esto es, que se trataba de un hipotecario en **donde únicamente cabía el pago con el “solo producto” del remate del bien hipotecado.** El proceso no prosiguió propiamente un curso fluido, toda vez que la demandada se opuso acerbamente y por diversos medios –incluso el penal, al denunciar al ejecutante por usura- a la prosperidad de la acción ejecutiva, alegando prejudicialidad, y en fin, ejerciendo su legítimo derecho de defensa que, a la postre, originó una insatisfacción persistente de la acreencia, una creciente demora –aunada al retardo que condujo a la demanda ejecutiva- para el cumplimiento en el pago de la obligación. Y no se diga que la consignación que, por atribución del artículo 537 del Código de Procedimiento Civil, hizo la demandada, fue en realidad un pago, pues aunque es cierto que el proceso ejecutivo estaba vigente para cuando ella la efectuó, también lo es que el demandante – desde una perspectiva material- había desistido del proceso y estaba pendiente de que se pronunciara el Tribunal acerca de la apelación respecto a la denegación de ese desistimiento por parte del *a quo*. Es decir, no obstante que el proceso continuó su curso ante el juez de primera instancia, la apelación del auto que denegó la solicitud de desistimiento no se había resuelto. Mas, decidida ella y admitida en segunda instancia la terminación del proceso por desistimiento del actor, perdió basamento jurídico el pretendido pago que por consignación intentó tardíamente –luego de más de seis años- la demandada, aspecto éste que no puede ser soslayado, en orden a auscultar la conducta, *‘in casu’*, del demandante, sólo para los efectos que resulten pertinentes – como no lo es en aquellos regímenes que, como el español, son limitativos en punto al *‘modus operandi’* del *‘jus variandi’*, **dado que en ellos se tiene muy en cuenta, para legitimar la migración de la acción de cumplimiento a la resolutoria, la precitada “tardanza, resistencia o demora excesiva del deudor”, según se anotó en precedencia-**

Con todo, además del interés razonable legítimo del acreedor en variar la opción inicialmente escogida por la tardanza del efectivo pago que por la vía ejecutiva del cobro judicial buscaba, debe advertirse que se aprecia en los pormenores que del proceso se han relevado, que la efectividad de la satisfacción del derecho crediticio no queda en sí misma garantizada por el solo hecho de contar el acreedor con una garantía hipotecaria suficiente, pues vicisitudes de diversa índole –diferentes de la aludida tardanza- pueden frustrar el deseado pago, como la presentación de embargos preferentes por créditos fiscales, laborales, etc, que dejen remanentes –si acaso- insuficientes para cubrir el monto del crédito cobrado.

Por último, y no obstante que las consideraciones jurídicas precedentes de suyo socavan el fundamento del cargo en cita, es pertinente agregar que en este caso no puede decirse que haya cometido error de hecho manifiesto –o sea colosal y paladino- el Tribunal por no deducir de las pruebas señaladas por la censura, que el proceso

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

ejecutivo en las descritas circunstancias iba camino al éxito. Fue un dilatado y complejo trámite que terminó por otorgarle al demandante una razón objetivamente atendible para ejercer su *jus variandi*, en los términos –amplios- del artículo 1546 del Código Civil patrio, máxime si de tiene en cuenta el mencionado carácter tuitivo de este precepto, específicamente en lo que atañe a los derechos del acreedor que ha visto frustrada su acreencia, *latu sensu*.

Resulta pertinente que la Corte advierta, por último, que el análisis realizado en el despacho de este cargo, se circunscribió a los precisos límites que trazó la censura (carta de navegación de la Corte), de modo que otros aspectos muy tangencialmente abordados en estas consideraciones, atinentes a puntos anejos a la extensión del *jus variandi*, como el ejercicio simultáneo de las alternativas inmersas en el artículo 1546 del Código Civil, no fueron escrutados de fondo, dado que la censura no elevó acusación individual y sustantiva al respecto.

El cargo, en consecuencia, no está llamado a prosperar.

CARGO SEGUNDO

En este cargo se acusó la sentencia por haber dejado de aplicar el Tribunal los artículos 5 y 8 de la Ley 153 de 1887; 230 de la Constitución Política; 1911, 1925, 1010 y 737 del Código Civil; 867 y 962 del Código de Comercio y 187 del Código de Procedimiento Civil; y haber aplicado indebidamente los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, como consecuencia de la "errónea apreciación" de "la demanda del ejecutivo hipotecario, la **hipoteca, su inscripción y vigencia ... la consignación acompañada a la contestación de la demanda hipotecaria ... la consignación efectuada el 7 de septiembre de 1993 ... el desistimiento del ejecutivo, el rechazo de esa petición y su revocación por la vía de la apelación**" y "el dictamen pericial practicado dentro de este proceso ordinario" (fl 29, cdno 23).

En sustento de lo anterior, aseguró el censor que el demandante "abusó de su derecho al solicitar la resolución del contrato fundado en la falta de pago de una parte ínfima del precio" (fl 29), e hizo cita profusa de Jurisprudencia y Doctrina al respecto, para acotar que "los contratos se hacen para cumplirlos, no para resolverlos", agregando que sólo aquellos de singular importancia y "no cualquier incumplimiento autoriza para recabar del juez la declaratoria del aniquilamiento del vínculo contractual" (fl 32).

Agregó que el principio de "la equidad" previsto en el artículo 230 de la Constitución Política, "como criterio auxiliar, no como accesorio", y aún "principal para la interpretación y aplicación de la norma, como lo proclama el art. 5° de la Ley 153 de 1887" (fl 29), orienta las disposiciones de los artículos 1911, 1925, 1010 y 737 del Código Civil y 867, 962 y 872 del Código de Comercio, cuyo contenido parcialmente reprodujo con el propósito de establecer que el *ad quem* debió aplicarlas acorde con el artículo 8 de la citada Ley 153, ya que, en su criterio, no le es dable al juez excusarse de decidir un asunto pretextando ausencia de texto legal.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Apoyado en el dictamen pericial practicado en esta actuación, el censor, luego de ofrecer las operaciones aritméticas que creyó pertinentes, aseguró que, "Ample inició el proceso ejecutivo cuando sólo se le debía el 3% del precio pactado en la promesa, equivalente al 5% del precio pactado en la escritura", o, en otras palabras, que la demanda ejecutiva se interpuso el 7 de septiembre de 1984, cuando "sólo la letra número 11 se encontraba vencida, es decir, se encontraba en mora un saldo por capital de \$138.888.88", al paso que el precio de la negociación alcanzaba la cifra de \$4'575.000.00" (el subrayado pertenece al texto original, fl 38).

Con base en ello, concluyó el censor, el fallo acusado "sin más análisis, fulmina la resolución", sin "parar mientes" en la realidad demostrativa" de las siguientes circunstancias de índole probatoria:

1) Dentro del "proceso ejecutivo, y concomitante con la contestación de la demanda hipotecaria, la demandada consignó lo correspondiente a dos cuotas (letras), así: a) la No. 11 que había vencido el 15 de marzo de 1984 y que era la única vencida al momento de presentación de la demanda; b) la No. 12 que venció en el interregno" (fl 39, cdno 23).

2) Esa consignación "no mereció ninguna atención; el demandante ejecutante ha debido recibirla, si lo que realmente quería era el pago, y el juzgado ha debido aceptarla, a términos del art. 1650 del C.C.", pues "allí había controversia sobre la cantidad y se estaba pagando una cantidad no disputada" (fl 40, *ib*).

3) La referida ejecución "transcurrió con la disputa de la cantidad debida y terminó **con la sentencia desestimatoria de las excepciones ... ejecutoriada esta, la demandada consignó el total adeudado el 7 de septiembre de 1993 ... Ample desistió el 30 de junio de 1993 ... el desistimiento había sido rechazado por auto de fecha 2 de julio de 1993 ... y tan solo vino a ser aceptado, por la vía de la apelación por auto cuya fecha no es legible, notificado el 23 de mayo de 1994. Por consiguiente la consignación de lo adeudado se hizo cuando aún estaba vigente el ejecutivo hipotecario**" (fl 40).

En palabras del censor, "las pruebas indicadas obran en el proceso legal y **oportunamente aportadas han de ser apreciadas 'en conjunto' como lo dispone** el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, que también se dejó de aplicar. Si el fallador las hubiere tenido en cuenta en su plena realidad demostrativa, habría concluido que la falencia de Ana Gladys de Beltrán ocurrió en UNA cuota, constitutiva **de una 'ínfima parte' del precio**" y además, **que esa contratante "siempre mantuvo su ánimo serio de perseverar en el negocio y de pagar, como se evidencia con las consignaciones que estuvieron a órdenes del demandante Ample y que éste no se allanó a recibirlas, ni siquiera hizo la mas mínima mención a ellas"** (fl 41 *ib*).

Como consecuencia de lo anterior, pidió el recurrente que como el Tribunal, finalmente, se equivocó al aplicar los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, su fallo debía ser

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

casado, para que la Corte, en sede de instancia, confirmara el pronunciamiento del *a quo*, aunque "por otros motivos".

CONSIDERACIONES

En apretada síntesis, en este cargo el censor le endilga al Tribunal error de hecho por no deducir que el actor había abusado de su derecho de resolver el contrato siendo que la demandada sólo había incumplido un mínima parte del precio acordado, y desconoció además que la demandada "siempre mantuvo su ánimo serio de perseverar en el negocio y de pagar, como se evidencia con las consignaciones que estuvieron a órdenes del demandante Ample y que éste no se allanó a recibirlas" (fl 41, cdno 23). Al punto acusa al Tribunal de haber apreciado erróneamente varias pruebas, alusivas a anterior proceso ejecutivo en el que el demandante intentó el cobro coactivo del saldo adeudado por el demandado, pruebas de las que, en su criterio, se desprende con diafanidad el pretendido abuso del derecho del demandante.

Hay que advertir que el Tribunal no se detuvo expresamente a examinar si el incumplimiento de la demandada recaía sobre una parte ínfima del precio convenido por las partes con relación al precio materia de la disputada compraventa, ni si -de verificarse esa hipótesis- la acción resolutoria no podía salir adelante. Mas cabe pensar, que al encontrar procedente la declaración de resolución de la compraventa, implícitamente el Tribunal hubo de reconocer que el incumplimiento aducido por el vendedor era suficiente para aplicar el anunciado efecto resolutorio.

Ahora bien, es cierto que la Corte, con toda precisión, ha sostenido que "en rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra" y que, "como lo expresa José Mélich Orsini en su obra intitulada "La Resolución del Contrato por Incumplimiento",... el criterio que debe guiar a los juzgadores "tendrá que ser razonado a partir del argumento de que el incumplimiento debe evaluarse objetivamente, teniendo en cuenta el interés del acreedor que se trata de satisfacer con la conducta del deudor, y que tal interés ha sido ya sustancialmente satisfecho, bastando por ello ahora con la vía del cumplimiento forzoso en especie o por equivalencia, para satisfacer ese residual **interés insatisfecho**" (op. cit. Ed. Temis, 1979, pág. 200) ... De manera que ... para que el rechazo de la acción resolutoria se avenga o sea congruente con la equidad, se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagarlo que el deudor mantuvo siempre; el aquietamiento del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora, que él consintió, etc." (sent. de septiembre 11 de 1984).

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Pero en el caso presente, las argumentaciones dispensadas, *in concreto*, no demuestran el anunciado error de hecho, menos con la intensidad exigida en la esfera casacional, toda vez que para las operaciones aritméticas que se incluyen en el cargo a **efectos de establecer que la demandada sólo “debía el 3% del precio pactado en la promesa, equivalente al 5% del precio pactado en la escritura”**, se describió la situación al momento de la demanda ejecutiva pero no cuando el actor formuló la demanda ordinaria de resolución de la compraventa, que es el *momentum* jurídico que interesa a la jurisdicción tener en cuenta en este caso. Por tanto, no resulta suficiente el esfuerzo argumentativo desplegado para comprobar que el saldo del precio adeudado, para la fecha de la demanda ejecutiva, apenas alcanzaba un 3% del convenido primigeniamente. Aun así, ese 3% tampoco se dio para el momento escogido por el censor, en vista de que cuando el demandante demandó el cumplimiento del saldo adeudado, dio expresa aplicación a la cláusula acceleratoria pactada en la escritura pública contentiva del contrato, y así, no sólo el demandado resultó a deber una cuota – que era la que estaba vencida e insoluta- sino todas las siguientes a la onceava, cuyos vencimientos aún no habían acaecido, pero que fueron anticipados en virtud de la predicha cláusula. Debe recordarse que en el presente proceso se está definiendo la suerte de la demanda ordinaria de resolución contractual y no la ejecutiva, ya agotada en virtud del desistimiento presentado, en su oportunidad, por la parte allí ejecutante. Por manera que, desde esta perspectiva, si bien es cierta la doctrina que se invoca en el libelo casacional, tampoco es menos cierto que el monto de lo adeudado cuando se inició el proceso ordinario, era otro distinto.

En efecto, la demanda ordinaria resolutoria, presentada el 17 de junio de 1993, se fundó en la falta de pago de las letras de cambio (ocho), cuyos vencimientos acaecieron, semestral y sucesivamente, entre el 15 de marzo 1984 y el 15 de septiembre de 1987, giradas por los siguientes montos: las dos primeras, por \$384.000.00 c/u, las dos siguientes, por \$397.500.00, c/u; las dos vencidas en el año de 1986, por \$412.500.00 c/u y las dos últimas, por \$416.850.00, también cada una, lo que totalizó, para el momento en que se formuló la demanda ordinaria, la suma de \$ 3'221.700.00 (fl 37, cdno. 1), cifra que frente al total de la negociación (capital más intereses), no corresponde al 3%, sino a más del 37%, pues el precio más los intereses involucrados en las cuotas antedichas, era de \$8.651.300,00. Un saldo insoluto que, por lo anotado, no puede estimarse de ínfimo, y menos en sede de casación, en donde la aludida estimación debe ser el producto de un error ostentoso del Tribunal, pues dicha calificación es una cuestión de hecho del resorte de esa Corporación, que sólo podrá ser objeto de pronunciamiento de fondo por la Corte, si acusa protuberante y colosal equivocación.

En conclusión, debe señalarse que en la medida en que el error de hecho total que el recurrente explicó e intentó demostrar no pudo cometerlo el Tribunal, según lo dan a entender las anteriores cifras, es patente que el aludido abuso del derecho por demandar la resolución contractual no existió, bajo la perspectiva que el cargo plantea.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Y si se analiza el otro yerro que le endilga el recurrente al Tribunal, a saber, el relativo a que éste no apreció correctamente que la demandada había consignado en el ejecutivo las cuotas onceava y duodécima sin que mereciera alguna atención del demandante, amén de haber consignado el total de lo adeudado cuando aún estaba el proceso ejecutivo vigente, debe señalarse que en efecto, el Tribunal sí apreció en concreto la última consignación, pues de la misma da cuenta en su sentencia cuando señala que **“la consignación que en aquel (el proceso ejecutivo, agrega la Corte) efectuó irregularmente la parte demandada no puede tener los efectos de un pago válido. Dicha consignación por valor de \$5.000.000,00 a que alude la demandada haber hecho en aquel proceso ejecutivo, no obedece a liquidación legalmente efectuada y aprobada y en razón a ello, tal proceso no terminó por pago de la obligación” (fl 154 cdno 21).**

Mas, al margen de las consideraciones del Tribunal, las cuales se enderezaron a desestimar la excepción de pago alegada por la demandada en el proceso ordinario, es lo cierto que dicha Corporación no dejó constancia de haberse planteado un abuso del derecho del demandante por haber iniciado un proceso ordinario de resolución a pesar **de haber tenido “a la mano” la posibilidad del recaudo efectivo del saldo impagado,** dado que la deudora hizo consignaciones en el ejecutivo. Lisa y llanamente el Tribunal consideró que sí tenía derecho el actor para incoar la resolución luego del desistimiento de la pretensión de cumplimiento.

Si se aprecia bien, la respuesta a la crítica que se desarrolla en esta parte de la acusación, implica volver a tratar lo que se analizó en el cargo anterior, a saber: si es posible que el actor reclame la resolución contractual luego de haber desistido del cumplimiento forzado que primigeniamente pretendió. En efecto, en últimas envuelve de muy sugestiva manera, pero con otro cariz, lo mismo que se había argüido en el cargo anterior, en punto de la ineficacia de la pretensión de cumplimiento como requisito para incoar la resolución contractual, pues si se dice ahora que como el actor pudo cobrarse lo que le adeudaban con las consignaciones que la demandada efectuó, y que por no haberlo hecho y en cambio haber preferido resolver el contrato cometió abuso del derecho, es retornar al problema de si ha de acreditarse inexorablemente la ineficacia o inutilidad de la acción de cumplimiento para incoar la resolución. Y ya se examinó que tal exigencia –en sí misma- no la contempla el ordenamiento. Lo que no significa que no pueda darse nunca un abuso del derecho en el ejercicio del *jus variandi*, según ya se dijo, solo que éste supondrá entonces, como todo abuso del derecho de litigar, una actuación sin interés serio, guiada por el ánimo de dañar, temeraria o de mala fe, como lo señala el artículo 72 del Código de Procedimiento Civil, actuaciones de ese talante que –en este caso- no se vislumbran siquiera, con solo afirmar que la demandada consignó y el actor no recaudó. Recuérdese que la Corte ha precisado sobre el punto **que “quien cometa abuso en la elección de las vías de derecho, es decir, en sus actuaciones procesales, también debe indemnizar el daño que cause, mas sólo cuando su proceder haya sido temerario o malicioso” (G.J. CXLVII, p 82).**

Por lo señalado, en consecuencia, el cargo no prospera.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia que el 26 de marzo de 1998, profirió la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por ALEJANDRO AMPLE ALCAYDE contra ANA GLADYS HITSCHERICH DE BELTRAN.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente. Tásense.

Notifíquese

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

MANUEL ISIDRO ARDILA VELASQUEZ

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO

CESAR JULIO VALENCIA COPETE

Código de Comercio de Colombia – Decreto 410 de 1971

ARTÍCULO 831. Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

Sentencia No. T-219/95

**CONTRATO DE DEPOSITO EN CUENTA DE AHORROS-Error
del particular/BANCO CAFETERO-Irregularidad**

La relación existente entre la peticionaria y la entidad bancaria demandada es de tipo contractual. El contrato de depósito en cuenta de ahorros celebrado entre ellas, faculta a la primera a hacer en la entidad consignaciones de dinero en los formularios del banco, debidamente diligenciados, y obliga a la segunda a recibir dichas sumas y abonarlas en la cuenta del cliente.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA-Requisitos

Son tres los requisitos que deben probarse para que se declare la existencia de un enriquecimiento de esta índole y se ordene la devolución de los bienes correspondientes: 1) un enriquecimiento o aumento de un patrimonio; 2) un empobrecimiento correlativo de otro, y 3) que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico.

**ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA/ACCION DE TUTELA-
Improcedencia/DERECHOS FUNDAMENTALES-
Inexistencia/CONFLICTO CONTRACTUAL**

En principio, la vía judicial a disposición del afectado para evitar la consumación de un enriquecimiento injustificado es el proceso civil ordinario. Sin embargo, podría en ciertos eventos pensarse que este medio de defensa no es idóneo y que, obligar al afectado a acudir a él, resulta contrario a los principios de efectividad de los derechos fundamentales y de economía, eficacia y celeridad de la administración, cuando concurren pruebas objetivas de la existencia del enriquecimiento sin causa - entre ellas la confesión de la posible parte demandada - que harían innecesario el trámite de un juicio ordinario. Si bien en el presente caso se observa la existencia de todos los elementos para que se configure un enriquecimiento sin causa, no obstante, el derecho a la propiedad afectado por la no devolución del dinero no exhibe naturaleza fundamental. La acción de tutela se revela definitivamente improcedente en la situación concreta examinada, ya que tampoco se verifica la vulneración de un derecho constitucional fundamental. Para la recuperación de su dinero y el resarcimiento de los

perjuicios sufridos, la peticionaria tiene a su disposición los medios de defensa judicial que la ley establece frente a este tipo de lesiones de orden patrimonial.

MAYO 17 DE 1995

Ref.: Expediente T-62131

**Actor: AMPARO OCAMPO
VARGAS**

Magistrado Ponente:

**Dr. EDUARDO CIFUENTES
MUÑOZ**

Temas:

- Improcedencia de la acción de tutela para resolver conflictos contractuales

- Improcedencia de la acción de tutela como medio judicial para impedir el enriquecimiento sin causa

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

S E N T E N C I A

En el proceso de tutela número T-62131, promovido por la señora AMPARO OCAMPO VARGAS contra el BANCO CAFETERO.

ANTECEDENTES

1. Amparo Ocampo Vargas abrió una cuenta de ahorros en el Banco Cafetero, Sucursal del Barrio Restrepo de Santa Fe de Bogotá, el 23 de octubre de 1987. Como número de cuenta se le asignó el 05506760-7.

2. Los días 9 de abril y 21 de mayo de 1994, la señora Ocampo consignó doscientos sesenta mil (\$ 260.000) pesos y ciento cincuenta mil (\$150.000), respectivamente, para un total de cuatrocientos diez mil pesos (\$410.000). Sorprendida porque dicha suma de dinero no aparecía abonada en su cuenta de ahorros, en septiembre del mismo año se dirigió al Banco para indagar la causa de esta anomalía. En el Banco le informaron que había utilizado en sus consignaciones el formato de cuenta corriente, por lo que su dinero había sido depositado en la cuenta corriente de Alba Rocío Velasco González, cuenta ésta identificada con el mismo numero que la cuenta de ahorros de la señora Ocampo.

3. Ante los esfuerzos fallidos para obtener la devolución de su dinero, Amparo Ocampo Vargas interpuso acción de tutela contra el Banco Cafetero, por violación de sus derechos fundamentales al trabajo y a la propiedad. Solicita por esta vía la devolución de su dinero.

3.1 Manifiesta que frente a la reclamación elevada al banco, su subgerente negó cualquier responsabilidad de la entidad, aduciendo que el error había sido de la actora y limitándose a proporcionarle el teléfono y los datos de la cliente en cuya cuenta corriente fueron consignados los dineros.

3.2 Indica que en varias ocasiones ha reclamado, a Alba Rocío Velasco González, el reintegro del dinero, sin que éste le haya sido devuelto.

3.3 Agrega que es madre soltera, que trabaja como operaria en una fábrica de confecciones y que las sumas extraviadas constituyen sus ahorros con los que proyecta adquirir una máquina fileteadora para independizarse.

3.4 A juicio de la petente, "no es justo" que su dinero vaya a parar a manos de otra persona cuando en el formato de la consignación se indicó de manera clara el nombre de la titular de la cuenta.

4. En la diligencia de inspección judicial practicada por el juez de tutela, el subgerente del banco, Miguel Antonio Brand, reconoce que un mismo número puede ser utilizado para la identificación de una cuenta de ahorros y de una cuenta corriente y que esta circunstancia podría ocasionar confusiones, pero que la asignación de los números de cuenta depende del departamento de sistemas. Sostiene que al hacer los asientos correspondientes, el sistema se guía exclusivamente por el número y no por el nombre del cuentahabiente. Respecto del problema de la señora Ocampo, afirma que cuando se hizo el reclamo, la cuenta corriente en la que se realizó erróneamente la consignación ya estaba saldada, por lo que el banco procedió a suministrarle a la peticionaria los datos de la cuentacorrientista.

5. A solicitud del juez de tutela, el subgerente del Banco hizo entrega del extracto de abril de 1994 correspondiente a la cuenta corriente 05506760-7 de Alba Rocío Velasco González, en el que efectivamente aparecen consignaciones en efectivo de las sumas mencionadas por la petente y en los días subsiguientes a las fechas en que se efectuaron los respectivos depósitos.

6. La Superintendencia Bancaria, en respuesta a lo solicitado por el juez de instancia, informó que no existe normatividad alguna que reglamente la asignación de los números a las cuentas corrientes y a las cuentas de ahorros. Corresponde a cada establecimiento de crédito regular este procedimiento, teniendo en cuenta los principios y las responsabilidades propias de la prestación de los servicios financieros.

7. Alba Rocío Velasco González declara que no ha tenido tiempo para dirigirse al banco y constatar los extractos, pero que su intención es reembolsar a la peticionaria los dineros consignados en forma equivocada en su cuenta corriente, luego de que efectúe la entrega de un local, ya que piensa irse a vivir a los Estados Unidos. En relación con los motivos que la llevaron en julio de 1994 a cancelar la cuenta corriente que tenía en el Banco Cafetero, expresa que su determinación obedeció a que "no me entendí con el gerente".

8. El Juzgado Treinta Ocho Penal Municipal, mediante sentencia del 23 de enero de 1995, rechazó por improcedente la acción de tutela.

8.1 Advierte el fallador de instancia que en el presente caso, recae una gran responsabilidad sobre la entidad bancaria debido a su negligencia en verificar los nombres de los cuentahabientes en el momento de realizar los abonos en cuenta.

8.2 Igualmente, califica de indebida la actuación de la señora Alba Rocío Velasco quien, luego de enterarse de lo ocurrido, pese a manifestar su ánimo de devolver el dinero ajeno, no ha procedido a hacerlo.

8.3 El juez de tutela reconoce que los intereses de la actora han sido vulnerados. Sin embargo, estima que en el presente caso la acción es improcedente por existir otros medios de defensa judicial, como son la posibilidad de acudir ante la justicia ordinaria para recuperar el dinero erróneamente consignado, en parte por la culpa notoria de la entidad bancaria, y ante la justicia penal a fin de que se investigue la conducta de la señora Alba Rocío Velásquez González, por el aprovechamiento indebido del dinero, equivocadamente consignado en su cuenta.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Pretensión de la solicitante

1. La petente pretende que se ordene la devolución del dinero erróneamente consignado en una cuenta corriente diferente a la suya. La acción de tutela se dirige contra el Banco Cafetero, Sucursal Barrio Restrepo, ya que la omisión de la entidad en verificar el nombre de la cliente que inadvertidamente utilizó un formulario de consignación inadecuado, ocasionó la disminución patrimonial que ahora busca remediar mediante la intervención judicial del juez de tutela.

Pese a que la solicitud de tutela menciona a otro particular - Alba Rocío Velasco González - involucrado en el conflicto patrimonial, la acción no se dirige en su contra, no obstante que las pruebas aportadas al proceso permiten comprobar que el dinero cuya devolución se demanda ingresó a la esfera patrimonial de la mencionada persona. Es así como la peticionaria, sin conocimientos jurídicos que le permitieran distinguir un aspecto de otro, confunde la posible responsabilidad de la entidad bancaria, deducible de la culpa en que habría incurrido al tramitar los depósitos dinerarios, con el

enriquecimiento injustificado de la titular de la cuenta corriente en la que fueron abonados sus ahorros.

Naturaleza de la relación jurídica entre banco y cliente y responsabilidad por errores en la consignación

2. La relación existente entre la peticionaria y la entidad bancaria demandada es de tipo contractual. El contrato de depósito en cuenta de ahorros celebrado entre ellas, faculta a la primera a hacer en la entidad consignaciones de dinero en los formularios del banco, debidamente diligenciados, y obliga a la segunda a recibir dichas sumas y abonarlas en la cuenta del cliente. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de octubre 5 de 1982, al referirse a las obligaciones y responsabilidades de las partes en un contrato de cuenta corriente, hizo algunas consideraciones predicables también del contrato de depósito en cuenta de ahorros y que son relevantes en el presente caso. En dicha oportunidad, la Sala de Casación Civil observó que resulta lógico que el banco esté facultado para rechazar las consignaciones hechas omitiendo los requisitos convenidos y que de ello "ninguna responsabilidad puede deducirse al banco, pues el rechazo queda justificado por haber incumplido el consignante las reglas que deben observarse en la elaboración de los respectivos formularios". De otra parte, agregó, otra consecuencia se seguiría si el banco acepta la consignación en la forma que la presenta el depositante, sin manifestar reparo alguno en el momento de recibirla o antes de hacer los asientos correspondientes. En cuanto a la concurrencia de culpas que se presenta en esta última situación, afirmó:

"Resulta entonces acompasado con la lógica y con la justicia, concluir que si el cuentacorrentista, por descuido suyo llena incorrectamente los formularios de consignación y el banco negligentemente los acepta así, y no rechaza la consignación defectuosa o no llama la atención sobre ese hecho criticable, uno y otro cometen notoria culpa. Ambos obran de manera descuidada, ambos son reos de negligencia indiscutible. La culpa concurrente es bien notoria, porque si el banco hubiera llamado la atención al depositante sobre los errores cometidos al completar los formularios, entonces ningún daño se hubiera podido causar. Por el contrario, si el Banco, incurriendo en negligencia inexplicable, acepta las defectuosas consignaciones, entonces su proceder o, mejor, su omisión, concurre con la culpa del cuentacorrentista a la producción del daño"^[1].

3. La actora funda la solicitud de tutela en el error cometido por el banco al recibir el formulario de consignación defectuoso y registrar el depósito en otra cuenta diferente a la suya, equivocación la que habría contribuido decididamente el hecho de que en la entidad se otorgan idénticos códigos numéricos a las cuentas corrientes y a las cuentas de ahorros.

No obstante la afectación de los intereses de la peticionaria, la Corte encuentra que la naturaleza de la presente controversia es eminentemente contractual y, por lo mismo, ajena a la competencia de los jueces de tutela. En efecto, cualquier responsabilidad que pudiera deducirse de la actuación negligente de la institución financiera, emana del incumplimiento del contrato respectivo y supone la dilucidación de la controversia patrimonial por la autoridad judicial competente. Esta Corporación ha sostenido sobre la improcedencia de la acción de tutela cuando lo que se pretende es resolver conflictos originados en relaciones contractuales, lo siguiente:

"Las diferencias surgidas entre las partes por causa o con ocasión de un contrato no constituyen materia que pueda someterse al estudio y decisión del juez por la vía de la tutela ya que, por definición, ella está excluida en tales casos toda vez que quien se considere perjudicado o amenazado en sus derechos goza de otro medio judicial para su defensa: el aplicable al contrato respectivo según su naturaleza y de conformidad con las reglas de competencia estatuidas en la ley"^[2].

En el mismo sentido, esta Corporación ha señalado:

"El derecho fundamental objeto de una acción de tutela debe corresponder a una consagración expresa y positiva efectuada directamente por el Constituyente que decide reservar ámbitos de la persona de la intromisión estatal o establece prestaciones y garantías que se incorporan como situaciones activas de poder de los sujetos oponibles al mismo. No tienen ese origen y mal puede pretender conferírseles ese carácter, las situaciones subjetivas activas o pasivas derivadas de la concesión recíproca de facultades que intercambian entre sí las partes de un contrato y que constituyen su contenido. Si bien la contratación es una manifestación de la libertad contractual y el ordenamiento le brinda reconocimiento, dentro de ciertos límites, hasta el punto de imponer judicialmente su cumplimiento, no por ello los derechos derivados de la matriz del contrato - que no de la Constitución - adquieren rango constitucional".^[3]

En consecuencia, la decisión denegatoria de la tutela solicitada será confirmada.

Improcedencia de la acción de tutela dirigida a impedir el enriquecimiento sin causa

4. El análisis de la procedencia de la acción de tutela respecto de la persona renuente a devolver el dinero de la peticionaria, está de antemano descartado al no haber sido aquella demandada en el presente proceso. No obstante, por considerarlo de interés doctrinario, la Sala se refiere a la improcedencia de este mecanismo constitucional para impedir que se produzca un enriquecimiento injustificado contrario al derecho, a la justicia y a la equidad.

La Corte Suprema de Justicia determinó que para que haya enriquecimiento sin causa se requiere que un patrimonio reciba un aumento a expensas de otro, sin una causa que lo justifique^[4]. Son tres, entonces, los requisitos que a su juicio deben probarse para que se declare la existencia de un enriquecimiento de esta índole y se ordene la devolución de los bienes correspondientes: 1) un enriquecimiento o aumento de un patrimonio; 2) un empobrecimiento correlativo de otro, y 3) que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico^[5].

En principio, la vía judicial a disposición del afectado para evitar la consumación de un enriquecimiento injustificado es el proceso civil ordinario. Sin embargo, podría en ciertos eventos pensarse que este medio de defensa no es idóneo y que, obligar al afectado a acudir a él, resulta contrario a los principios de efectividad de los derechos fundamentales y de economía, eficacia y celeridad de la administración, cuando concurren pruebas objetivas de la existencia del enriquecimiento sin causa - entre ellas la confesión de la posible parte demandada - que harían innecesario el trámite de un juicio ordinario. Por regla general, la suficiencia y notoriedad del acervo probatorio que pueda servir de fundamento a una pretensión, no permite desestimar la vía judicial ordinaria contemplada por la ley para tramitar un determinado asunto. De otra parte, en esta hipótesis, la procedencia de la acción de tutela - como mecanismo transitorio - que ordenara la devolución del dinero dependería de la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, particularmente del derecho a la propiedad

cuando se ve comprometido el derecho a la subsistencia o derecho al mínimo vital^[6], aspecto éste que se estudiará e continuación.

Si bien en el presente caso se observa la existencia de todos los elementos para que se configure un enriquecimiento sin causa - aumento patrimonial de Alba Rocío Velasco González por el abono erróneo en su cuenta de dineros ajenos, disminución patrimonial por la salida involuntaria de parte de sus recursos, y carencia de causa jurídica que sustente la transferencia patrimonial -, sin que sobre estos extremos se presente controversia entre las potenciales partes de un juicio ordinario - Alba Rocío Velasco admite ante el juez de tutela el abono irregular de las sumas de dinero y afirma su voluntad de devolverlas -, no obstante, el derecho a la propiedad afectado por la no devolución del dinero no exhibe naturaleza fundamental. En efecto, como expresamente lo manifiesta la actora, aquél constituye el ahorro destinado a la compra de una máquina en la que fincaba sus esperanzas de independizarse económicamente de la empresa donde trabaja. Así las cosas, la acción de tutela se revela definitivamente improcedente en la situación concreta examinada, ya que tampoco se verifica la vulneración de un derecho constitucional fundamental. Para la recuperación de su dinero y el resarcimiento de los perjuicios sufridos, la peticionaria tiene a su disposición los medios de defensa judicial que la ley establece frente a este tipo de lesiones de orden patrimonial.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 23 de enero de 1995, proferida por el Juzgado Treinta Ocho Penal Municipal.

SEGUNDO.- LIBRESE comunicación al mencionado Juzgado, con miras a que se surta la notificación de esta providencia, según lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

(Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diecisiete (17) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995)).



^[1]Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de octubre de 1982. M.P. Dr. Germán Giraldo Zuluaga

^[2]Corte Constitucional. Sentencia T-594 de 1992. MP Dr. José Gregorio Hernández Galindo

^[3]Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 1993. MP Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

^[4]Corte Suprema de Justicia. Sentencias 19 de agosto de 1935, 19 de septiembre de 1935 y 9 de noviembre de 1936.

^[5]Corte Suprema de Justicia. Sentencia 26 de marzo de 1958

^[6]Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1992

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado ponente
JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil doce (2012)
Discutido y aprobado en Sala de veintitrés (23) de octubre de dos mil doce (2012)

Referencia: 54001-3103-006-1999-00280-01

Se decide el recurso de casación que la sociedad Termotasajero S.A. E.S.P., interpuso frente a la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2010, por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, dentro del proceso ordinario por ella iniciado en contra de Centrales Eléctricas del Norte de Santander - CENS- S.A. E.S.P., en el que intervino como tercero *ad-excludendum* la Cooperativa Multiactiva de Trabajadores de Productora de Papeles S.A., “Coopropal en liquidación”.

ANTECEDENTES

1. La actora solicitó declarar “*la existencia de un enriquecimiento sin causa*” de la demandada, en la medida en que el patrimonio de ésta registró un crecimiento correlativo e injustificado a costa de su empobrecimiento; condenar a la accionada al pago de US\$1.830.000,00 –dineros desembolsados para el arreglo de la planta de generación de energía-, y US\$3.149.350,00 a título de lucro cesante o “*incremento en costos de operación*” –o el equivalente en pesos colombianos de una y otra suma-; adicionalmente, el reconocimiento

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

de intereses al amparo de los artículos 884 y 886 del Código de Comercio.

2. El *petitum* se sustentó, en síntesis, así:

a) La Nación (Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Minas y Energía) era propietaria de la planta térmica de generación de energía eléctrica de Tasajero, que a su vez era explotada por la sociedad Centrales Eléctricas del Norte de Santander (CENS) S.A. ESP. en calidad de tenedora, pues aquella y ésta celebraron el 1º de agosto de 1996 un contrato de arrendamiento cuya duración se extendía hasta 1998.

b) El 17 de noviembre de 1996, por Escritura Pública No. 2490 de la Notaría 4ª de Cúcuta, fue constituida la sociedad Termotasajero S.A. E.S.P., cuyo objeto social es la generación y comercialización de energía eléctrica.

c) A dicha sociedad, el 28 de noviembre de 1996, mediante la Escritura Pública No. 4087 de la Notaría 33 de Bogotá, la Nación, además de adquirir la calidad de accionista, le aportó algunos activos, entre ellos, la planta térmica aludida en el literal a, cuya entrega material se produjo el día 22 de enero de 1997.

d) En la cláusula 16 del contrato de arrendamiento que la Nación había suscrito con la demandada, vigente para la época de aquellos acontecimientos, fue pactada como causal de terminación la enajenación de la planta térmica, por lo que su aportación a Termotasajero S.A., condujo a aplicar la estipulación y a la finalización –de común acuerdo- de la relación de tenencia el 10 de febrero de 1997 (hecho 4).

e) En el mismo negocio jurídico, la arrendataria (CENS S.A. E.S.P.) había adquirido el compromiso de contratar con

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

una compañía de seguros la reparación de los perjuicios derivados de cualquier eventualidad que sufriera la planta mencionada –cláusula 5ª, numeral 12- y el lucro cesante que de allí pudiese surgir, razón por la cual suscribió un contrato de seguro con la Previsora S.A.

En la estipulación contractual que obligaba al aseguramiento, la tenedora también asumió la obligación de retornar la planta en las condiciones en que la recibió, una vez culminado el contrato de arrendamiento.

f) El 26 de septiembre de 1996, la máquina sufrió algunos daños, quedando inactiva desde el día 28 siguiente hasta el 4 de agosto de 1997 (hecho 7º).

g) La accionante con sus propios recursos y en cumplimiento de lo pactado con la convocada en documento de 21 de enero de 1997, dispuso los arreglos necesarios para poner nuevamente a funcionar la planta (hecho 8º).

h) Debido a la existencia del seguro contratado (pólizas No. RMU0240046 y RMU0240047) y a que el amparo convenido comprendía el daño emergente y el lucro cesante derivados de las averías de la máquina, la arrendataria –tomadora y beneficiaria- formuló la respectiva reclamación y luego de multitud de reuniones, ofertas y contraofertas, le fueron reconocidas algunas sumas de dinero por uno y otro concepto. Los términos de la concertación a la que llegaron la aseguradora, los reaseguradores y la beneficiaria, informan de un pago total de USD\$6.900.000,00, atribuibles a “*incremento de Costos de Operación –ICO-*” y daños materiales (hechos 22 y 23).

Agregó el actor que en la última reunión llevada a cabo en la ciudad de Miami (Estados Unidos), y en la que se convino el monto indemnizado, estuvo presente tanto su representante legal como el de

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

la demandada. Allí fue aceptado que el pago se realizara a “CENS-TERMOTASAJERO” (hecho 22).

i) La indemnización reconocida comprendió el periodo de septiembre de 1996 a agosto de 1997; empero, el contrato de arrendamiento había terminado el día 10 de febrero de este último año, luego la demandada recaudó unos dineros que, en estrictez, no le pertenecían, por cuanto la cesación de la tenencia comportó, así mismo, la culminación de todo vínculo con el bien. A partir de esa situación la actora reclamó a la antigua arrendataria, por un lado, la restitución de los dineros que había cancelado para restablecer el funcionamiento de la planta y, por el otro, el reconocimiento de un porcentaje de la indemnización (hechos 26 y 30).

j) El día 21 de enero de 1997, demandante y demandada, suscribieron un acuerdo de sustitución patronal y, como consecuencia de ello, CENS, liquidó a Termotasajero S.A., la parte proporcional de primas de los seguros existentes entre los cuales quedó incluido el de daño y lucro cesante de la planta de energía. A raíz de dicha liquidación, la actora pagó a la arrendataria la suma de \$175.093.559,57 (hechos 15 y 16).

k) Parte de las sumas sufragadas para volver a poner en funcionamiento la planta le fueron canceladas a la sociedad Termotasajero S.A. (\$250.000.000,00), habida cuenta de que ésta los había desembolsado (hecho 17).

l) En comunicación de 8 de septiembre de 1998, CENS, le hace conocer a Termotasajero S.A., que *“la Junta Directiva de la empresa, no comparte los planteamientos de su comunicación respecto a los derechos que le corresponden legalmente a CENS S.A., ESP, como poseedor de la póliza de seguros, para la liquidación y distribución de la indemnización por ICO, por lo cual recomiendan*

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

negociar razonablemente los porcentajes que corresponden a cada una de las partes....' (se subraya)" (hecho 24).

m) Mediante comunicación de 24 de septiembre de 1998, CENS le hace conocer a Termotasajero S.A., que la "*Junta Directiva no acepta el reparto de las sumas de dinero que se van a recibir de la aseguradora*" –líneas originales- (hecho 27).

n) La demandante, nuevamente, le hace conocer a la demandada su intención de repartir la indemnización recibida y le propone que de los 308 días en que estuvo paralizada la planta de energía, la correspondiente a 114 días le sea reconocida a CENS, y la restante, los otros 194, a Termotasajero S.A. (hechos 29 y 32).

o) A la fecha, CENS no ha honrado sus obligaciones para con la actora (hecho 35).

3. La demandada se opuso a las pretensiones, formulando la excepciones denominadas "*ausencia de los requisitos sustanciales del enriquecimiento injusto*", "*derecho legítimo a la indemnización por perjuicios recibidos*" y "*carencia del derecho por falta de fundamento fáctico de éste*" (fls. 382 a 394 cdno. 1B).

Por su parte, la Cooperativa Multiactiva de Trabajadores de Papeles S.A. –COOPROPAL S.A.- presentó demanda de intervención *ad excludendum*.

4. Agotado el trámite procesal, el *a quo* pronunció sentencia desestimando las pretensiones de la demandante y del tercero; fallo confirmado por el *ad quem* al desatar las apelaciones interpuestas por los vencidos (fls. 701 a 735 cdno. 1C y 48 a 78 cdno. de 2ª inst.).

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Luego de historiar la actuación procedió a memorar el artículo 831 del Código de Comercio; plasmó algunas reflexiones atinentes al enriquecimiento sin causa; con fundamento en jurisprudencia de esta Corporación, resaltó las exigencias que deben verificarse para acoger las pretensiones propias de esta clase de asuntos, y resolvió la situación de la intervención del tercero *ad-excludendum*, concluyendo que no le asiste razón alguna al pretender el derecho debatido.

2. A renglón seguido, en punto de las súplicas, disertó: *“Conforme a la póliza U0240046, aportada tanto por la parte demandante como por la demandada, CENS tomó con la Previsora S.A., el seguro para amparar la rotura de maquinaria y el lucro cesante por rotura de la misma. Se presentó el siniestro en vigencia del contrato de arrendamiento, el cual terminó el 10 de febrero de 1997, fecha en la cual la Nación en forma unilateral lo dio por terminado.*

“Siendo ello así, conforme a las normas mercantiles que rigen el contrato de seguro, la aseguradora al haberse reportado y acreditado el siniestro, debía pagarlo a CENS, por ser la asegurada y beneficiaria del seguro, circunstancia que no admite discusión alguna”.

Más adelante asentó: “Las pretensiones de la parte demandante están llamadas al fracaso por no configurarse ninguna de las exigencias que impone la ley, la doctrina y la jurisprudencia” (fl. 65 cuaderno del Tribunal; subrayas fuera de texto).

Seguidamente expresó:

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

“Siendo así las cosas, partiendo del desplazamiento patrimonial que hubo entre la Compañía de Seguros y CENS, brilla por su ausencia la legitimación en la causa de la Sociedad demandante, quien es extraña a la relación contractual entre CENS y la Compañía de Seguros y no puede entenderse bajo ninguna figura que por haberse aportado la planta a su favor se pueda pensar por vía de equivocación que el pago del siniestro queda incluido, pues con la misma razón tendría CENS que restituir todas las utilidades dentro del periodo entre el 28 de septiembre de 1996 y 4 de agosto de 1997 a favor de la sociedad demandante.

“La legitimación en la causa es condición de la pretensión y si no se encuentra satisfecha no puede encontrar prosperidad, por ello no habrá lugar a estudiar las excepciones propuestas por la parte demandada.

“Este Despacho con todas las pruebas que existen en el proceso llega a la conclusión que la PREVISORA S.A., aceptó la reclamación de CENS al encontrarla debidamente probada, por la ocurrencia del daño, pero no encuentra por la vía invocada por el demandante transformar la relación jurídica para condenar a CENS a favor de la Sociedad demandante cuando sin esfuerzo se demuestra que nunca hubo un empobrecimiento del demandante por la suma que recibió la sociedad demandada desde el punto de vista correlativo o lógico, sin entrar la Sala a considerar la transacción que celebró TERMOSATAJERO S.A., (sic) con la Nación, por lo tantas veces dicho que lo que interesa a este proceso es verificar si hubo el pretendido enriquecimiento injusto” –hace notar la Corte- (fl. 66).

Y finalizó precisando que: “Entonces, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada aclarando el numeral segundo que se niegan las pretensiones por falta de legitimación en la causa por activa” (fl. 67); decisión de la que un integrante de la Sala se apartó por

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

considerar que sí era procedente acceder a las súplicas de la demandante.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Al amparo de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, un único cargo –replicado- se formula a la sentencia, el cual pasa a resolverse.

CARGO UNICO

1. Por la vía indirecta, denuncia la transgresión de los artículos 831, 1083 y 1088 del Código de Comercio, 1602 del Código Civil, y 5 y 8 de la Ley 153 de 1887, como consecuencia de errores de hecho manifiestos en la apreciación probatoria, por pretermisión y cercenamiento de las evidencias incorporadas al proceso.

2. Aduce que el sentenciador dejó de apreciar varios medios demostrativos y otros no los sopesó en su verdadera dimensión; yerros que lo condujeron a concluir, en lo esencial, que la actora no estaba legitimada para actuar y que, en todo caso, no había padecido el empobrecimiento denunciado y menos que de manera correlativa, se hubiese visto afectado en forma favorable el patrimonio de la arrendataria.

a) Reseña las siguientes pruebas que, en su sentir, no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal:

i) El acta de entrega de los “*archivos de personal determinación y formalización del pasivo laboral*” (fls. 38 y ss., cdno. 1A; 154, cdno. archivo CENS), de donde se desprende la sustitución

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

patronal entre Termotasajero S.A., E.S.P., y CENS, que tuvo lugar el 21 de enero de 1997.

ii) Los documentos relativos a la reclamación que la demandada efectuó a la aseguradora y que informan que tal proceder tuvo ocurrencia después del 21 de enero de 1997, cuando ya la planta estaba bajo el control de la demandante (fls. 28, 29 y ss., 37, 38 y ss., 43 y ss., y 51 y ss., cdno. archivo CENS).

iii) La contestación al hecho 15 de la demanda (folio 283, cuaderno 1 B), en donde la accionada acepta que entregó físicamente la planta térmica, a la actora, el día 22 de enero de 1997.

iv) La comunicación que el 24 de junio de 1997, el señor Luís Alberto Rangel B. –representante de CENS- remite al señor Edgar Daniel Molina R. –asistente del presidente de Termotasajero S.A.–, en la que alude, entre otras circunstancias, a las fechas de vencimiento de las pólizas existentes, los porcentajes que a cada empresa corresponde asumir y, la manifestación explícita en cuanto a la participación fraccionada de la indemnización pendiente por la rotura de la planta (fls. 58 y ss., cdno. 1A).

v) Los folios 209, 210 y 211 –del mismo cuaderno-, relativos a la cuenta de cobro y pago de la misma, por reintegro de porcentajes atribuibles a los programas de seguros.

vi) El testimonio del señor Héctor J. Romero Quevedo, ajustador de seguros contratado por la Previsora S.A., alusivo a los daños de la planta; las gestiones adelantadas por la actora para restablecer su servicio; los convenios con los técnicos para tales propósitos; el desarrollo de las conversaciones en procura de la indemnización, las reuniones celebradas, incluyendo la de Miami con ese fin, y el monto definitivo de las indemnizaciones (fl. 11 y ss., cdno. de pruebas de la demandante).

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

vii) La declaración del señor Edgar Daniel Molina T. – director de división de la planta, tanto al servicio de la actora como de la demandada-, en donde alude a los periodos en que una y otra empresa –Termotasajero S.A.,y CENS- resultaron afectadas y los gastos en que cada una de ellas incurrió para poner a funcionar la planta (fl. 30, cdno. *ídem*).

viii) La versión de Argenis María Acosta L., jefe jurídica de CENS, en la cual da cuenta de la asunción, por parte de la demandante, de los arreglos de la planta generadora de energía y, a la vez, el rechazo de aquella sociedad de asumir los respectivos costos, habida cuenta de que la máquina ya había sido entregada a la actora (fls. 59 y ss.).

ix) El interrogatorio al señor Luís Alberto Rangel Becerra, representante legal de CENS, en donde informa desde qué fecha asumió Termotasajero el control de la planta (27 de enero de 1997), quién cubrió los gastos de su reparación, el valor definitivo de la indemnización y los pormenores de la reunión celebrada en Miami (fls. 33 y ss., cdno. de pruebas de la parte actora).

x) El legajo que el gerente de CENS remitiera al vicepresidente técnico de la Previsora S.A., en donde propone que Termotasajero continúe con la reclamación del siniestro, planteando que, en todo caso, los derechos de una y otra sociedad derivados del suceso no resultarían afectados (fls. 217 y 218, cdno. 1 A).

xi) Los documentos obrantes a folios 155 y ss., 158 y 159 del cuaderno de “*archivo de CENS*”, relacionados con los estudios anejos a la reclamación e indemnización y, en particular, con la decisión de la demandada de no ceder el contrato de seguro pero sí reintegrar a Termotasajero S.A., “*los porcentajes proporcionales*” del pago que la aseguradora llegase a hacer.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

xii) Los escritos obrantes a folios 212, 213 y 214 del cuaderno 1 A., alusivos a la cuenta de cobro que la actora presentara a la Previsora S.A., por la suma de \$250.000.000,00, y al pago que esta última efectuara por concepto del avance en la reclamación por los daños sufridos por la planta.

xiii) Los documentos relacionados con los pagos que la actora realizó para recuperar la máquina, los efectuados por la aseguradora a la demandada por razón de la indemnización, al igual que las vigencias y el número de las pólizas afectadas (fls. 171 y ss. y 143, cdno. de “*Archivo de CENS*”, y 241, cdno. 1 A).

xiv) La comunicación de 8 de febrero de 1999, emanada del vicepresidente técnico de la Previsora S.A. y dirigida a Termotasajero S.A., en la que se le remite la relación de pagos que aquella efectuó a CENS, por concepto del lucro cesante y el saldo pendiente (fl. 258, cdno. 1 A).

xv) El testimonio del señor Jaime Humberto Rueda, asesor de Termotasajero S.A., quien expuso que le constan algunas circunstancias del daño de la térmica; la reclamación, y los acuerdos entre la actora y la demandada sobre la forma de adelantar la reclamación y la distribución de la indemnización lograda que, en concreto, se realizó atendiendo el tiempo que cada una tuvo la máquina a su cargo (fls. 133 y ss., cdno. de pruebas parte demandada).

xvi) Los documentos que dan cuenta de los contratos celebrados por la actora con la sociedad Mitsubishi Corporation para la recuperación de la planta de energía y los pagos efectuados por tal concepto (fls. 405 a 455, cdno. 1 C); el aviso a la aseguradora sobre la existencia real del siniestro y que CENS continuaría a cargo del trámite de la reclamación (fls. 219 a 237, cdno. 1 A), y el acta No. 4 en la que se recoge la reunión de 26 de mayo de 1998 –a la que asistieron las

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

partes, la aseguradora, los ajustadores, reaseguradores y corredores de seguros-, en donde se estableció que el valor a indemnizar que se llegase a aprobar debería contar con la anuencia de la actora y la demandada (fls. 149 a 153, cdno. de “*Archivo de CENS*”).

xvii) El escrito a través del cual CENS le informa a la Previsora S.A., el valor mínimo que está dispuesta a aceptar como indemnización y el periodo que comprendía la misma (fl. 107, cdno. *ídem*).

xviii) La comunicación que la Previsora remitió a Termotasajero S.A., informando sobre el monto indemnizado y el tiempo que la misma comprendió (fl. 258, cdno. 1 A).

xix) La propuesta de distribución de la indemnización, remitida por la demandante a la sociedad arrendataria (fl. 252 y ss., *ídem*).

xx) Las comunicaciones que la jefe de la oficina jurídica y el gerente de la demandada le dirigieron al presidente de la actora, en las que le informan sobre algunas gestiones para concretar el lucro cesante y, además, le solicitan algunos documentos sobre el particular e impartir determinadas instrucciones (fl. 160 y 163, cdno. “*Archivo CENS*”); aquella que el representante de CENS le remite al asesor legal de Termotasajero, haciéndole conocer que no está de acuerdo con los planteamientos sobre la forma de distribuir entre las dos compañías la indemnización (fl. 165, *ídem*); y la referida al rechazo de la propuesta de reparto de dichas sumas (fl. 251, cdno. 1 A).

xxi) La carta que el presidente de la actora le remitió al gerente de CENS, relacionada con la manifestación del último con respecto a que la junta directiva de su representada no autoriza desembolso alguno por reparto de la indemnización, hasta tanto se exponga el fundamento legal necesario; a lo cual se le respondió que el

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

soporte pertinente lo constituye, por un lado, el pago que Termotasajero efectuó para la reparación de la planta y, por otro lado, alusivo al lucro cesante, por el hecho de que la planta estuvo sin funcionar durante el período del 28 de septiembre de 1996 al 4 de agosto de 1997 (fl. 186, cdno. de “*Archivo CENS*”).

xxii) El escrito que reposa a folio 167 del cuaderno “*Archivo de CENS*”, a través del cual se le hace conocer al presidente de Termotasajero que la junta directiva de CENS, dispuso designar un amigable componedor para lograr y formalizar una conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación y avalada por el Tribunal Administrativo.

xxiii) El documento obrante a folio 180 *ídem*, en donde el presidente de la actora le remite al de CENS una relación de precios y de documentos sobre el costo de compra de energía, poniendo en evidencia que a esta última sociedad no se le generó ningún sobrecargo o incremento en costos de operación, mientras que la demandante tuvo que asumir las erogaciones fijas de operación sin contraprestación alguna debido a que la planta no estaba funcionando.

xxiv) El acta contentiva del acuerdo suscrito el 6 de julio de 1998 –en la ciudad de Miami– por los reaseguradores, el demandante, la demandada, los ajustadores y los corredores de seguros, sobre el monto de la indemnización y la forma en que debía cancelarse esa suma (fls. 238 y ss., cdno. 1 A); así como la constancia de la conciliación entre la aseguradora y CENS, en la que se hace referencia al acuerdo de pago convenido en la citada ciudad (fl. 22 y ss., cdno. de pruebas de la actora).

xxv) El indicio surgido en contra de la demandada a partir de la actitud procesal asumida por ella. Concretamente, de la respuesta a la demanda –hechos 15 y 19– (fls. 383 y 384, cdno. contestación demanda principal), concerniente con reintegros

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

proporcionales de primas de seguros, donde se excluye expresamente la póliza afectada por el siniestro; manifestación que riñe con el material probatorio, particularmente con la comunicación del gerente de CENS a la Previsora S.A. en la que señala que no existe póliza de seguros distinta a la que se pretende hacer efectiva (fl. 107, cdno. de “*Archivo de CENS*”).

Señala que los yerros enrostrados privaron al Tribunal de ser persuadido acerca de las siguientes circunstancias: a) que la planta estuvo paralizada entre el 28 de septiembre de 1996 y el 4 de agosto de 1997; b) que el 21 de enero de 1997, la sociedad demandante se hizo cargo de dicha máquina; c) que la reparación tuvo lugar después de haber sido entregada físicamente a la actora y que a la misma concurrió la accionante; d) que debido al daño de la planta y atendiendo que la nueva propietaria la recibió el 21 de enero de 1997, es evidente que sufrió daño por razón del ICO (lucro cesante); e) además, de que el fallador hubiese visto que Termotasajero S.A. asumió el pago proporcional de algunas primas por razón de los seguros, aunque la cesión de dichos contratos no fue propiciada por CENS; empero, sí se convino que aquélla participara en la “dinámica” para cobrar la indemnización; f) que Termotasajero recibió un anticipo por cuenta de las reparaciones que asumió y, también, que CENS estuvo de acuerdo en compartir, proporcionalmente, la indemnización recibida de la Previsora S.A.; g) que la demandada buscó la colaboración de la convocante para sustentar la reclamación ante la aseguradora, y una vez obtenida la indemnización dilató el pago a Termotasajero S.A.

b) Prosigue denunciando que se cercenó o valoró fraccionadamente el contrato de transacción celebrado entre la Nación y Termotasajero S.A. (fls. 615 a 634, cdno. 1 C), puesto que su deficiente lectura condujo al *ad quem* a ignorar que dicho acuerdo excluyó, expresamente, todo lo relacionado con la reclamación e indemnización derivadas de la rotura de la planta de generación de

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

energía, es decir, que el acuerdo transaccional no involucró el proceso de marras; desatención que a su vez lo llevó a considerar que la actora no estaba legitimada en la causa, bajo la creencia de que el objeto de la transacción incluía este litigio.

3. Pasa a indicar que “[e]l cúmulo de errores cometidos en la apreciación de las pruebas incidieron en la resolución que adoptara el Tribunal: Ellas le habrían tenido que demostrar que el perjuicio por el daño de la planta generadora de energía eléctrica y la parálisis de su funcionamiento por más de diez meses afectó no solo a CENS, sino también a TERMOTASAJERO S.A. ESP.; que, habida cuenta de tal circunstancia, ambas empresas, velando cada una por sus propios intereses, colaboraron armónicamente para el reconocimiento del siniestro por la compañía aseguradora, y por el pago de la respectiva indemnización; que el pago de los perjuicios efectuado por la compañía aseguradora cubrió no solo el daño emergente, sino también todo el tiempo que duró la parálisis de la planta; que ese pago lo recibió CENS, la que, sin embargo, se ha negado injustificadamente a transferirle a TERMOTASAJERO S.A. ESP., la parte proporcional que en dicha indemnización le corresponde; (...)” (fl. 39, cdno. de la Corte).

4. Finalmente, luego de citar jurisprudencia nacional y doctrina foránea, concluye aseverando que el artículo 1602 del Código Civil fue aplicado indebidamente, pues no se tuvo en cuenta que la acción interpuesta es una excepción al principio de la *res inter alios acta*, por tanto fue desacertado considerar que la actora no estaba legitimada para reclamar los dineros que la aseguradora pagó a la demandada –máxime cuando dicha indemnización cubrió la totalidad de los perjuicios–; que no se hizo operar debidamente el artículo 1083 del Código de Comercio, puesto que el siniestro indemnizado afectó a Termotasajero, a pesar de que CENS hubiese sido titular del interés asegurable en determinado momento; que los artículos 831 y 1088 ídem se dejaron de aplicar, normas que proscriben el enriquecimiento

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

sin justa causa y que el contrato de seguro se convierta en fuente de lucro para el asegurado, toda vez que a la sociedad contra la cual se dirigieron las pretensiones le fueron pagados unos perjuicios que no sufrió y que la demandante sí soportó, y que los artículos 5 y 8 de la Ley 153 de 1887 también fueron desatendidos.

CONSIDERACIONES

1. El *ad quem*, en su fallo, desechó las pretensiones de la actora habida cuenta de no encontrarla legitimada para perseguir el recaudo de los dineros que una compañía de seguros pagó a la demandada, como indemnización por el siniestro –daño- acaecido respecto de la planta térmica de generación de energía eléctrica de Tasajero, y por cuanto no encontró configurados los elementos propios del enriquecimiento sin causa.

Así las cosas, atendiendo las características de la controversia judicial, la Corte centrará su estudio en dos aspectos basilares, los efectos de los contratos frente a terceros y el enriquecimiento sin causa, en pos de averiguar si le asiste o no razón al casacionista, o si por el contrario, el Tribunal acertó en su decisión. En otras palabras, se averiguará si la sociedad actora tiene o no alguna injerencia en la relación contractual de aseguramiento que la pasiva celebró con La Previsora S.A., o si dicho negocio surte efectos frente a aquella, y en qué medida puede pretender válidamente un reconocimiento sobre la indemnización cancelada por la aseguradora.

a) El contrato –“*acuerdo dispositivo de intereses para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas*” (Sent. Cas. Civ. de 1 de julio de 2008, exp. 06291-01)- celebrado con plena observancia de las exigencias legales, formales y materiales, constituye fuente de obligaciones (artículo 1494 del

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Código Civil) para quienes concurren a su celebración, es decir, tiene fuerza vinculante para las partes (artículo 1602 ídem, *res inter alios acta*), y en línea de principio, no produce efectos respecto de terceros, abstracción hecha de determinados supuestos fácticos consagrados en el ordenamiento jurídico (*res inter alios acta, aliis nec nocere, nec prodesse postest*).

En tal sentido, “*parte, estricto sensu, es el titular del derecho, rectius, interés constitutivo del acto dispositivo, independientemente de su celebración por sí o por conducto de otra persona (G.B. Ferri, Parte del negozio, Enciclopedia del diritto, vol. XXI, Milano, Giuffré, 1981, pp. 901 ss.) y, a contrario sensu, tercero, por exclusión, es el sujeto extraño o ajeno al interés dispuesto en virtud del negocio jurídico.*

“*El contrato, en efecto, es norma, precepto o regla negocial vinculante de las partes, únicas legitimadas para deducir o controvertir los derechos y prestaciones derivados de su existencia, a diferencia de los terceros, respecto de quienes, ni los perjudica, ni los favorece (res inter alios acta, aliis nec nocere, nec prodesse postest), es decir, el principio general imperante es el de la relatividad de los contratos cuyo fundamento se encuentra en la esfera de la autonomía privada, la libertad contractual y la legitimación dispositiva de los intereses de cada persona*” (Sent. Cas. Civ. de 1 de julio de 2008, exp. 06291-01).

Sin embargo, en precisos eventos el contrato proyecta sus consecuencias a terceros (*penitus extranei*), lo cual no constituye un rompimiento ni infravaloración de la *res inter alios acta*, sino el reconocimiento de que “*no es extraño que los contratantes, en ejercicio de semejante posibilidad de*

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

autodeterminación, desconozcan unos mínimos parámetros de rectitud y lealtad, especialmente frente a sus acreedores, desbordando los límites que emergen de sus derechos. Justamente, en esas eventuales desviaciones, anida o yace la bondad de algunas medidas tendientes a neutralizar conatos de fraude por parte del deudor, o los intentos deliberados de ahondar su insolvencia afectando las obligaciones insolutas, atendiendo que, sin duda alguna, hipótesis de tal temperamento ponen en entredicho la garantía de los acreedores, pues clarificado está que la prenda general de sus derechos es su patrimonio. Y, precisamente, aquellas situaciones en donde campea a plenitud la libre y espontánea voluntad de los interesados en acordar una manera particular de vinculación contractual, no emerge absoluta y si bien, en línea de principio, como ya se reseñó, la determinación de los contratantes goza de la garantía legal de que los terceros no pueden entrometerse, tal prerrogativa se desvanece frente a no pocos eventos en los que los estipulantes desvían su proceder, asumiendo conductas reprochables; instante en que dejan de gozar de alternativa semejante y, subsecuentemente, abren puertas para que se revisen los actos o negocios celebrados con el fin de reivindicar valores de mayor jerarquía como la lealtad y buena fe, entre otros, que pudieran resultar menoscabados. Desde luego, según se vio, esta fisura al régimen de contratación no implica una patente de corso a cualquier tercero para involucrarse más allá de lo necesario en cuanto a dejar a buen recaudo sus intereses o, dado el caso, las buenas costumbres o el orden público” (Sent. Cas. Civ. de 25 de enero de 2010, exp. 01041-01).

Entonces, resulta palmario que la relatividad del negocio jurídico se ve permeada por especialísimas circunstancias; luego, por vía de excepción, es posible la afectación de un tercero por los pactos celebrados entre otros

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

sujetos alrededor de un determinado contrato, lo que le autorizaría a involucrarse en el mismo o, cuando menos, adelantar acciones tendientes a morigerar sus consecuencias; lo que quiere decir que, *“de ordinario, los efectos del negocio jurídico son plenos entre las partes y no respecto de terceros, cuyos intereses escapan a la esfera dispositiva de las partes, careciendo de eficacia, en sentido negativo o positivo, salvo en las precisas situaciones fácticas disciplinadas por el ordenamiento (estipulación por otro, contrato a favor de terceros, etc.); la cesión de créditos y de contrato de prestaciones correlativas, es inoponible al deudor y a la contraparte por ausencia de notificación y, en su caso, de aceptación (arts. [1959] y ss. C.C.); el pacto de reserva de dominio al tercero de buena fe adquirente del bien mueble (arts. 1931 y 1933 C.C.); el pacto fiduciario a terceros (art. 1759 C.C.¹); el ‘pacto secreto, privado, reservado, simulado’ a terceros adquirentes del titular aparente (art. 1766 C.C.); las decisiones adoptadas por la asamblea o junta general de socios que no tengan carácter general, son inoponibles a los socios ausentes o disidentes (arts. 188 y 190 C. de Co.), y en general, el negocio no conocible por terceros, usualmente, por omisión de la publicidad exigible (arts. 901, arts. 29, 112, 121, 158, 190, 188, 196, 300, 313, 366, 499, 510, 528, 843, 894, 953, 1186, 1208, 1320, 1333 y 1573 del C. de Co.; 2 y 44 del Decreto 1250 de 1970)”* (Sent. Cas. Civ. de 1 de julio de 2008, exp. 00803-01).

Para el contrato de fiducia mercantil se ha señalado que, *“la posición jurídica del beneficiario interesado a cuyo favor se estipula el beneficio de la finalidad fiduciaria determinada por el constituyente, es la de tercero,(...) [a quien] el ordenamiento jurídico extiende su legitimación, otorgándole ciertos derechos,*

¹ Hoy derogado.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

*facultades y acciones, usualmente reservados a las partes del acto dispositivo; así, le confiere ‘además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley’, los de ‘[e]xigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas’, impugnar sus actos anulables en los casos legales y exigir la restitución de los bienes fideicomitidos, oponerse a medidas cautelares o de ejecución contra éstos o por obligaciones que no lo afectan si no lo hace el fiduciario, solicitar su remoción por causas justificadas y el nombramiento provisional de administrador (artículo 1235 Código de Comercio), demandar el inventario de los bienes recibidos (artículo 1231, ibídem) y también impone al fiduciario el deber de rendirle cuentas comprobadas de su gestión (artículo 1234, num. 8º, ejusdem), previendo su remoción cuando sus intereses resultan incompatibles (1239, num. 1º, C. de Co) y la extinción del contrato, entre otras causas, por muerte del beneficiario si así se acordó (artículo 1240, idem” (Sent. Cas. Civ. de 1 de julio de 2009, exp. 00310-01); *inter alia*.*

b) El principio del enriquecimiento sin causa (*unjust enrichment; enrichissement sans cause; ungerechtfertigte Bereicherung; L’Arricchimento senza causa*), originado en el Derecho Romano, encuentra plenitud conceptual en el aforismo de Pomponio –recogido en el Digesto 50.17.206–, según el cual “*por derecho natural es equitativo que ninguno se haga más rico con detrimento de otro y con injuria*” (*Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem*), o en palabras del mismo jurisconsulto, “*es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro*” (*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem*, Digesto

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

12.6.14), y ha sido recibido desde la antigüedad por diversos sistemas jurídicos.

Autorizada doctrina reporta las *condictiones* romanas –remedios otorgados para corregir determinadas injusticias derivadas de actos válidos- como manifestaciones originarias de la institución bajo estudio, particularmente, la *condictio ob causam datorum* o *condictio causa data causa non secuta*, establecida para los casos de disminución patrimonial a causa de una promesa o condición futura y lícita que no se llegaba a cumplir, o por una prestación derivada de un contrato real innominado que no se satisfizo; la *condictio indebiti*, otorgada a aquel que pagaba por error una deuda inexistente; la *condictio ob turpem causam*, instaurada para los eventos en que se había efectuado o prometido una prestación con causa inmoral; la *condictio ob iniustam causam*, aplicable cuando la prestación satisfecha no contradecía la moral pero sí al derecho, y la *condictio sine causa*, para todas las demás situaciones de desequilibrio patrimonial inequitativo –dentro de la que encajaba la *actio de peculio* o *in rem verso*, en principio concebida para aquellos que contrataban con un *alieni iuris* no autorizado por el *pater familias*, pero con el paso de los siglos considerada como el remedio “universal para corregir el enriquecimiento sin causa”- (J. Fábrega P., *El enriquecimiento sin causa*, Ed. La Estrella de Panamá, 1955).

El ordenamiento jurídico patrio, como integrante del sistema romano germánico, acogió algunas de las *condictiones* incorporándolas al Código Civil (tal es el caso de los artículos 2313 y siguientes que disciplinan el pago de lo no debido – *condictio indebiti*-, y 1747, contentivo de la *actio in rem verso* en su sentido primitivo), pero no reguló de manera general la figura *sub examine* sino hasta la aparición del Decreto 410 de 1971.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Ciertamente, antes de la entrada en vigencia del Código de Comercio, los asuntos que perseguían la declaratoria del enriquecimiento sin justa causa eran desatados –vía judicial- con base en los artículos 4, 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887, mientras que a partir de aquel se empezaron a analizar desde la perspectiva de su artículo 831, según el cual, “[n]adie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”, norma que estatuyó el principio expresamente, aunque de manera excesivamente escueta –en contraste al detalle con que el Código Civil Italiano de 1942 (artículos 2041 y 2042), inspirador de la compilación mercantil colombiana, regula la figura y la acción que de ella se deriva-.

No obstante lo anterior, es decir, a pesar del tardío reconocimiento explícito de la institución, la jurisprudencia de la Corte, además de abundante, ha sido pacífica en cuanto a la ocurrencia, regulación y corrección del desequilibrio inequitativo que el enriquecimiento sin causa genera, encaminándose “a prevenirlo o corregirlo (...) con preocupación justísima y creciente, de suerte que en la actual es mucho mayor la amplitud de las acciones o recursos de esa clase que la que hubo entre los romanos, por ejemplo, sin desconocer cómo ellos establecieron los varios de que son muestra la excepción y también acción de dolo, la *condictio*, en sus múltiples conceptos, etc.” (Sent. Cas. Civ. de 19 de septiembre de 1936, G.J. 1918, p. 435).

En efecto, para la prosperidad de la acción de enriquecimiento sin causa o *actio in rem verso*, desde siempre se ha exigido la producción de un enriquecimiento, ventaja, beneficio o provecho acaecido por el aumento del patrimonio –*lucrum emergens*- o la ausencia de su disminución –*damnum cessans*-; un empobrecimiento correlativo; que la ganancia –o ausencia de mengua- carezca de una causa justa, y que el

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

afectado no cuente con otros mecanismos para la satisfacción de su pretensión; o lo que es igual, “[l]a acción de *in rem verso* no puede prosperar ni tiene cabida con el solo hecho de que haya enriquecimiento de un lado, sino que necesita que haya empobrecimiento del otro, y no basta la existencia de estos dos factores, sino que se requiere su conjunción; más todavía, aun mediando ambos y relacionándose entre sí, puede no producirse, ya porque haya habido ánimo de liberalidad que excluye el cobro ulterior, ya porque la ley confiera acciones distintas, que naturalmente excluyen ésta, meramente subsidiaria, o autorice el enriquecimiento en referencia, como sucede v. gr. con la prescripción, con la prohibición de repetir lo dado por causa ilícita, o en relaciones como la de que es ejemplo la del art. 1994 del C. C. Al hablarse de ese enriquecimiento se agrega ‘sin causa’, lo que claramente indica cómo no pueden englobarse dentro de los casos de él aquellos en que sí es causado, como por ejemplo, los de prestaciones nacidas de contratos, a que ya se aludió” (Sent. Cas. Civ. de 19 de septiembre de 1936, G.J. 1918, p. 435).

Así lo reconoció la Corporación al consolidar su pensamiento sobre la materia cuando indicó que:

“A falta de una fórmula dogmática en nuestro C. Civil, como existe, tanto en las legislaciones suiza y alemana como en las posteriores a éstas, relativa al enriquecimiento sin causa, fuente de obligaciones, la jurisprudencia (entre nosotros con apoyo en los artículos 5, 8 y 48 de la ley 53 de 1887. Consúltense las sentencias de 19 de agosto y 19 de septiembre de 1935, las cuales contienen esta misma teoría), y la doctrina se han encargado de establecer su fundamento, delimitando el ámbito de su dominio y aplicación y precisando sus elemento constitutivos.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

“El enriquecimiento sin causa estriba en el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro.

“Los casos especiales de enriquecimiento sin causa contenidos en nuestro Código Civil, notoriamente en lo referente al pago de lo no debido, no destruyen la unidad de esta noción de derecho, fuente de obligaciones, por cuanto que las aludidas normas de aquella obra divergen sólo en las particularidades de esos casos.

“Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber:

“1º Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

“2º Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

“Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

“Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

“El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

“3° Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

“En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

“4° Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

“Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia

“5º La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

“El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado” (Sent. Cas. Civ. de 19 de noviembre de 1936, G.J. 1918, p. 474).

El planteamiento jurisprudencial traído a colación ha perdurado a lo largo de los tiempos, siendo copiosa su aplicación en las decisiones de la Sala; es así como en reciente fecha, memorando el decurso de la institución, se expuso:

“Hay que precisar, a ese respecto, que la jurisprudencia fundacional de lo que hoy es el querer de la ley, se orientaba a corregir las situaciones en las cuales el patrimonio de un sujeto de derecho sufría mengua, mientras otro acrecía sus haberes en la misma medida, sin que existiera una razón que explicara esa alteración, caso en el cual se imponía al juez el deber de adoptar los correctivos necesarios en procura de que se restableciera la equidad.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

“Justamente, acerca de esta materia, la Corte ha destacado que ‘el enriquecimiento sin causa, conforme lo tiene sentado la jurisprudencia, constituye una pretensión en sí misma considerada, que requiere su encausamiento por medio de una demanda que da origen al proceso jurisdiccional correspondiente.

“...la... pretensión planteada en el recurso extraordinario relativa al enriquecimiento sin causa, tal y como ha sido estructurada por la jurisprudencia nacional e internacional, reclama como uno de sus elementos definitorios e integradores, «que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos. Por lo tanto, carece igualmente de la acción in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El deberá sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia», doctrina ésta que no hace más que reiterar el anunciado carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa -o injustificado-, no solamente con arraigo en la esfera patria, sino también en el Derecho Comparado, en general, como se acotó, en el que se tiene establecido que la acción en comento es un típico «remedio supletorio», a fuer de «extraordinario» y, en modo alguno, una vía paralela encaminada a suplir -o a subvertir- los recursos y los procedimientos fijados con antelación por el ordenamiento jurídico. Y mucho menos un camino expedito para corregir los errores o las omisiones en que incurrió el demandante con antelación, pues como lo realzó esta corporación hace un apreciable número de lustros, «...carece igualmente de la acción el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho» (Sent. de Cas. del 1º de noviembre de 1918).

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

“En este sentido, la doctrina ciertamente es elocuente. A este respecto, el Profesor LUIS JOSSEERAND, puntualizó que, a lo expresado «...hay que añadir que la acción de ‘in rem verso’ se rehúsa también a quien perdió, por su culpa o por su hecho, otro medio de derecho; este deberá sufrir las consecuencias de su negligencia o de su imprudencia;... la acción de in rem verso, no pretende otra cosa que conjurar un hundimiento del orden jurídico que hubiera podido asegurarse bajo el égida de otra acción,...» (Derecho Civil, T. II, Vol. I, Edit. Bosch, Barcelona, 1.950, pág. 460)’ (Sent. Cas. Civ. de 10 de diciembre de 1999, Exp. No. 5294).

“Con posterioridad reiteró ‘...la más notable de las características de la acción de enriquecimiento incausado, cual es la de la subsidiariedad. Todo el mundo conoce que dicha acción se abre paso sólo en la medida en que no haya otro remedio que venga en pos del empobrecido. En otros términos, la vida de esta acción depende por entero de la ausencia de toda otra alternativa. Subsecuentemente, en el punto no es de recibo la coexistencia de acciones’ (Sent. Cas. Civ. de 11 de enero de 2000, Exp. No. 5208).

“Luego, tuvo la oportunidad de precisar que ‘...la estructuración doctrinal del enriquecimiento injusto, producto de la investigación científica del derecho, hizo que se le incluyese como fuente obligacional al lado de las que tradicionalmente se definían en las leyes, lo que sin duda da trazas visibles de una cierta soberanía.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

“La independencia y autonomía descritas arrojan la fúlgida conclusión de que en esta especial acción es de la incumbencia del actor demostrar que el patrimonio del demandado obtuvo «algo», y que esa obtención de la ventaja ha costado «algo» en el patrimonio suyo, de modo - que ha- de establecerse una conexión indubitable entre el enriquecimiento y el empobrecimiento correlativos. Más elípticamente, probar que la ventaja del demandado derivó de la desventaja del actor’ (Sent. Cas. Civ. de 25 de octubre de 2000, Exp. No. 5744).

“Y más recientemente recalcó que ‘en jurisprudencia reiterada desde tiempo atrás ha sostenido esta Corporación que la acción de enriquecimiento sin causa tiene cabida siempre que se den ciertas condiciones, como lo señaló el mismo recurrente. Estas son: que se haya producido un enriquecimiento, un empobrecimiento correlativo, que ese enriquecimiento carezca de una causa justa y que no tenga el afectado ningún otro medio para obtener la satisfacción de su pretensión por cuanto la acción in rem verso tiene carácter subsidiario.

“...Por otra parte, esta Corporación ha sostenido que la acción in rem verso a que da origen el enriquecimiento injusto únicamente procede cuando el demandante carece de cualquier otra acción, dada su naturaleza subsidiaria o residual, sin que pueda impetrarse en los eventos en que, como en el caso en estudio, existe de por medio un contrato que sirve de título al desequilibrio patrimonial entre las partes.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

“La Corte en relación con este tema ha dicho de tiempo atrás que «para que sea legitimada en la causa la acción in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquier otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o las que brotan de los derechos absolutos», y que «...es preciso que el enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción, puesto que la acción de in rem verso tiene un carácter esencialmente subsidiario». (G.J. Tomo XLIV, pág. 474, XLV, pág. 29 y Sent.053 de 22 de febrero de 1991). En el mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia 124 de 10 de diciembre de 1999’ (Sent. Cas. Civ. de 28 de agosto de 2001, Exp. No. 6673).

“También ha dicho ‘en cuanto al enriquecimiento injusto, fuente que es, como bien se sabe, de obligaciones, y que tiene lugar cuando independientemente de toda causa jurídica se presenta el desplazamiento o disminución de un patrimonio a expensas de otro, de largo tiempo atrás doctrina y jurisprudencia han determinado sus elementos integrantes, cuales son el aumento de un patrimonio y un empobrecimiento correlativo, amén de la carencia de causa o fundamento jurídico que justifique tal desplazamiento patrimonial, factores estos entre los cuales- y asunto es por cierto que salta a la vista-, es el último de los enunciados el que informa la figura y recoge el principio general de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de los demás, a lo que ha de agregarse que para estos efectos debe entenderse por causa, no aquella a que se refiere el artículo 1524 del código civil, sino la preexistencia de una relación o vínculo

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

jurídico entre el enriquecedor y el empobrecido que justifique el movimiento patrimonial. (Cas. 27 de marzo de 1939, XLVIII; 9 de junio de 1971; 26 de marzo de 1958).

“Por lo demás, a los elementos atrás enunciados han sido incorporadas aún otras dos condiciones, que más que componentes de la figura son requisitos para ejercer la acción a que da origen el fenómeno del enriquecimiento ilícito, como son: que ella no se intente contra disposición imperativa de la ley y que, dado su carácter netamente subsidiario, no se haya contado con otro medio para obtener satisfacción por la lesión injusta que le ha sido ocasionad’ (Sent. de Cas. de 21 de mayo de 2002, Exp. No. 7061).

“En el mismo sentido, es bueno recordar que ‘sobre la acción de enriquecimiento sin causa o actio in rem verso, de antaño la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado los requisitos que la estructuran, e invariablemente los ha considerado bajo la idea de que son acumulativos o concurrentes, y por lo tanto todos deben estar presentes para que esa acción pueda resultar exitosa.² (...) Dicha jurisprudencia ha sido reiterada en múltiples oportunidades como dan cuenta, entre otras, la Gacetas Judiciales XLVIII Pág. 130, L Pág. 40 y LXXXI Pág. 731; y en el mismo sentido pero especialmente en torno al carácter subsidiario de la acción, más recientemente en la sentencia No. 124 de 10 de diciembre de 1999 y en la sentencia de 28 de agosto de 2001, expediente 6673’ (Sent. de Cas. de 7 de Junio de 2002, Exp. No. 7360).

² Las mismas señaladas en la sentencia de 19 de noviembre de 1936.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

“Todo para hacer hincapié en que ‘desde el año 1935 esta Corporación en forma coincidente ha dicho que los requisitos estructurales de la actio in rem verso son acumulativos, debiendo concurrir todos para el éxito de la acción y dentro de las exigencias está la de que el envilecimiento patrimonial del demandante, nacido del enriquecimiento del demandado sea injustificado, es decir, que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no tenga una causa jurídica y, además, que el demandante para recuperar su bien carezca de cualquier otra acción originada por las fuentes legales’ (Sent. de Cas. de 18 de julio de 2005, Exp. No. 1999-0335-01).

“En tal acción, pues, subyace un imperativo moral, como que el ordenamiento jurídico no quiere patrocinar el acrecimiento económico de un sujeto a expensas de otro, cuando no existe ningún fundamento jurídico que lo justifique, postulado que encaja, desde luego, con la necesidad de dar a cada quien lo suyo, esto es, lo que verdaderamente le corresponde de acuerdo con los principios de justicia y equidad”. (Sent. Cas. Civ. de 7 de octubre de 2009, exp. 00164-01).

En síntesis, la acerada jurisprudencia en materia de enriquecimiento sin causa exige, tanto en materia civil como mercantil, que un individuo obtenga una ventaja patrimonial; que como consecuencia de dicha ganancia exista un empobrecimiento de otro sujeto, esto es, que entre el enriquecimiento y la mengua haya correlación y correspondencia, es decir, que se observe un nexo de causalidad, que uno se deba a u origine en el otro; que el *desplazamiento patrimonial se verifique sin causa jurídica que lo justifique*, o lo que es igual, que la relación patrimonial no

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

encuentre fundamento en la ley o en la autonomía privada; que el afectado no cuente con una acción diversa para remediar el desequilibrio; y, que, con el ejercicio de la acción no se pretenda soslayar una disposición legal imperativa.

2. En el caso analizado, como se recordará, el Tribunal dilucidó el conflicto a partir de considerar que la parte actora no tenía ningún vínculo en el contrato de seguro ajustado entre la Previsora S.A. y la hoy demandada, sociedad que, para esa época, fungía como arrendataria de la Central Térmica de Tasajero; y no lo tenía pues no era tomadora ni beneficiaria, luego, siguiendo los lineamientos del referido acuerdo, acaecido el siniestro, la indemnización debía pagarse a la beneficiaria y así se dispuso por la aseguradora. Pretender algún derecho de esa relación, según los planteamientos del fallador, desbordaba la potestad o facultad legal de la demandante. Amén de ello, razonó el *ad quem*, no se encontraron presentes los elementos jurisprudenciales y legales para la procedencia de la acción de enriquecimiento sin causa.

Por su parte, la censura señala que el colegiado de segunda instancia:

a) Omitió apreciar algunas probanzas, lo cual le impidió tener por demostrado que la Central Térmica estuvo paralizada entre el 28 de septiembre de 1996 y el 4 de agosto de 1997; que el 21 de enero de 1997, la actora asumió el manejo de la planta; que la reparación de los equipos fue efectuada por Termotasajero S.A. cuando éstos ya se encontraban en su poder; que la demandante como nueva propietaria de la central, al haberla recibido el 21 de enero de 1997, padeció un lucro cesante (ICO); que Termotasajero S.A. asumió el pago proporcional de algunas primas de los contratos de seguro, cuya cesión no le fue efectuada por CENS, y participó en la

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

formulación de la reclamación por el siniestro para cobrar la indemnización; que la convocante recibió un anticipo por cuenta de las reparaciones que asumió; que CENS estuvo de acuerdo en compartir, proporcionalmente, la indemnización recibida de la Previsora S.A., buscó la colaboración de la convocante para sustentar la reclamación ante dicha aseguradora, y una vez obtenida la indemnización dilató el pago a Termotasajero S.A.

b) Apreció indebidamente la transacción suscrita entre la impugnante y la Nación, lo que le impidió percatarse de que el objeto del presente litigio no fue transado.

3. Con respecto a los yerros fácticos por indebida valoración probatoria atribuidos al Tribunal, encuentra la Sala que, pese a la laboriosa y delicada estructuración de la impugnación y a los respetables argumentos que en ella se esgrimen, carecen de entidad –existencia, evidencia, notoriedad o trascendencia- para quebrar el fallo atacado.

En efecto, el *ad quem* asentó en su providencia que, entre la Nación y CENS existió un contrato de arrendamiento “*el cual terminó el 10 de febrero de 1997*”, en cuya vigencia se presentó el siniestro amparado por la póliza U0240046; que como consecuencia de la realización del riesgo asegurado, la planta de generación eléctrica, objeto de la relación de tenencia, “*tuvo que ser parada entre el 26 de septiembre de 1996 y el 4 de agosto de 1997*” (fl. 65, cdno. de 2ª inst.); que estando aún arrendada, la central térmica fue transferida por el Estado a Termotasajero S.A. “*a título de aporte*” al capital social, y que “*al momento de realizarse el aporte de la planta enrostran todas las pruebas que militan en el proceso ésta se encontraba fuera de servicio por el daño amparado con la póliza muchas veces mencionada, y en tal estado Termotasajero S.A., igualmente*

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

conocedora de esta situación, aceptó sin reparos el aporte” (fl. 66; subrayas fuera de texto).

De los pasajes transcritos se colige sin lugar a dudas que el juzgador no sólo se percató de la realización del riesgo asegurado, cubierto por la póliza U0240046, sino también de que el mismo condujo a la parálisis de la planta de generación eléctrica en un periodo determinado de tiempo (26 de septiembre de 1996 al 4 de agosto de 1997), durante y con posterioridad a la vigencia del contrato de arrendamiento (terminado unilateralmente por la Nación el 10 de febrero de 1997), y que la actora recibió el bien fuera de funcionamiento; razones más que suficientes para desestimar la comisión de las equivocaciones que se le endilgan y concluir que siempre tuvo presente la ausencia de reparación de la maquinaria por parte de la pasiva, con base en, se reitera, *“todas las pruebas que militan en el proceso”*.

Adicionalmente, recuérdese que no es necesario un pronunciamiento expreso sobre cada una de las evidencias obrantes en el plenario para tenerlas por observadas, esto es, si de la motivación y línea argumentativa del juez de instancia se puede extraer que no perdió de vista ninguna evidencia, no resulta viable acusarlo de haber pretermitido la apreciación física de los medios demostrativos (Sent. Cas. Civ. 095 de 27 de julio de 2007, exp. 00718-01)³.

³ “(...) el juzgador no pudo preterir la prueba testimonial, porque si bien no la mencionó expresamente, su conclusión denota que lo hizo implícitamente. En ese caso, como lo tiene dicho la Sala, lo que se presenta es una ‘deficiencia de expresión’ y no un error de ‘apreciación probatoria’ (Cfr. Cas. Civ. Sentencia de 5 de mayo de 1998, CCLII-1355), o como en otra ocasión lo señaló, ‘no se presume ignorancia de las pruebas por el sentenciador, cuando las conclusiones del pronunciamiento se justifican a la luz de las mismas pruebas’ (Sentencia No. 092 de 17 de mayo de 2001, reiterando doctrina anterior)”.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Del *sub examine*, no surge palmario ni resulta evidente que la autoridad denunciada haya pasado por alto que la planta fue reparada por la actora, quien incurrió en unos gastos que en alguna medida fueron reconocidos por CENS; que Termotasajero S.A. colaboró con la demandada de cara a efectuar la reclamación por el siniestro ante la Previsora S.A.; que hubo unas aproximaciones entre convocante y convocada para compartir la indemnización pagada por la aseguradora, y que aquella no recibió en servicio la central. Por el contrario, brota sin lugar a dudas que ninguno de estos episodios resultó suficiente para acreditar que a la demandante le asistía algún derecho a reclamar parte de la indemnización que recibió la otrora arrendataria, toda vez que *“es extraña a la relación contractual [de aseguramiento] (...) y no puede entenderse bajo ninguna figura que por haberse aportado la planta a su favor se pueda pensar por vía de equivocación que el pago del siniestro queda incluido”*, y en consecuencia, *“con todas las pruebas que existen en el proceso”* no es posible *“por la vía invocada por el demandante transformar la relación jurídica para condenar a CENS”*, habida cuenta de que las sumas percibidas por esta no le generaron un empobrecimiento correlativo a su contraparte (fl. 66).

Análogamente, no se aprecia que los pagos proporcionales por primas de seguro que la nueva propietaria de la termoeléctrica hizo a favor de la antigua tenedora, correspondan necesariamente a la póliza afectada por el siniestro –U0240046–, y si así lo hicieran, esto no desvirtúa o hace contraria a la lógica la apreciación del Tribunal en el sentido de que Termotasajero S.A. carece de legitimación alguna para pretender una indemnización derivada de un contrato de seguro del cual no es parte.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Tampoco se observa una indebida apreciación del contrato de transacción suscrito entre la Nación y la actora (fls. 615 a 634, cdno. 1C), pues el juzgador no insinuó siquiera que el resarcimiento que se pretende en el presente litigio hubiese sido objeto de dicho negocio jurídico, limitándose a señalar que del mismo se desprende la *“situación de la paralización de la planta”*, y tampoco se apoyó en éste para negar las pretensiones del libelo, por el contrario, tomó su decisión *“sin entrar (...) a considerar la transacción”* (fl. 66, cdno. de 2ª inst.).

4. Ahora bien, si se aceptase en gracia de discusión la ocurrencia de los yerros endilgados al fallo de segunda instancia, éstos, como se anticipó, carecen de notoriedad o evidencia, razón por la cual la providencia impugnada continuaría manteniéndose incólume, habida cuenta de que el *“error de hecho para que se estructure, además de trascendente, es decir, que sea el determinante de la decisión final, lo tiene dicho la jurisprudencia, debe ser ‘tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o en otros términos, de tal magnitud, que resulte contrario a la evidencia del proceso (...)’ (G.J. Tomo LXXVII, pág. 972)”* (Sent. Cas. Civ. de 12 febrero de 1998, exp. C-4730; subrayas fuera de texto); en otras palabras, para que un error de hecho se abra paso en casación, debe ser manifiesto, burdo, notorio, ostensible, de existencia inobjetable e indudable, al punto que la apreciación probatoria que sugiera el casacionista sea la única posible, y por ende, haga aparecer la de la sentencia como arbitraria, caprichosa e ilógica.

Sobre el particular, en lo que respecta al contrato de seguro celebrado entre CENS y La Previsora, contenido en la póliza U0240046 (fls. 48 a 57, cdno. 1 A, y 112 a 115, cdno. pruebas demandada), encuentra la Sala que corresponde a un

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

seguro de daños cuyo tomador, asegurado y beneficiario era la demandada, tal como lo avizó el Tribunal y lo han reconocido las partes; amparaba el daño emergente y el lucro cesante que CENS soportara como consecuencia de la “*destrucción o (...) rotura de maquinaria*”; fue afectado como consecuencia del siniestro acaecido alrededor del 26 de septiembre de 1996 (fl. 111, cdno. pruebas demandada), y en desarrollo de lo allí pactado la aseguradora pagó a la demandada las sumas que en el *sub lite* pretende la actora a título de enriquecimiento sin causa.

El negocio jurídico en cuestión se suscribió en cumplimiento del numeral 16 de la cláusula 5ª del convenio de arrendamiento signado entre la Nación –para entonces propietaria de la planta- y la demandada, según el cual la última “*en su condición de arrendatario (...) se obliga a: (...) 16. Constituir a favor de CENS una póliza que ampare el daño emergente y el lucro cesante de la PLANTA, que la proteja en el evento de presentarse un daño en la misma, por fuerza mayor o caso fortuito*” (fls. 244, 245, cdno. 1; 67 y 68, cdno. pruebas demandada).

De lo anterior se desprende que la suma de dinero transferida por la citada compañía de aseguramiento a la demandada, tuvo su fuente en el contrato y solamente afectó el patrimonio de aquella, en la medida en que tuvo que salir a resarcir –en ejercicio del giro ordinario de sus negocios- los perjuicios que el siniestro causó a la beneficiaria del contrato de seguro. En palabras del Tribunal, “*la Previsora S.A. aceptó la reclamación de CENS al encontrarla debidamente probada, por la ocurrencia del daño*” y “*el desplazamiento patrimonial que hubo [fue] entre*” estas dos empresas (fl. 66, cdno de 2ª inst.).

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Esta conclusión no se ve afectada por las pruebas que se reputan inapreciadas, pues ninguna de ellas, individual o colectivamente consideradas, permiten inferir que a la demandante le corresponde una porción de la indemnización derivada de un contrato de seguros que, en su condición de tercero ante el ligamen jurídico, ni la perjudica ni la favorece (*res inter alios acta, aliis nec nocere, nec prodesse postest*). Los pactos, pagos, conversaciones y hechos que las evidencias en controversia permitirían acreditar, no resultan relevantes para determinar el destinatario de la compensación monetaria, toda vez que el mismo se encuentra claramente estipulado en la póliza respectiva, ni mucho menos corresponden a aquellos eventos –atrás iterados- en los que la ley y la jurisprudencia han considerado que se puede resquebrajar o exceptuar “*la garantía legal de que los terceros no pueden entrometerse*” en los actos dispositivos de la voluntad de otros; dichas probanzas, a lo sumo, permitirían inferir que entre CENS y Termotasajero S.A. existió algún tipo de convenio que el segundo considera incumplido, pero que por su sola constatación excluiría la vía escogida para la reclamación de los derechos que de él pudiesen derivarse.

Por otra parte, desde la perspectiva del enriquecimiento sin causa o injustificado, encuentra la Corte que, de las pruebas, cuya deficiente observancia constituye el núcleo del reproche en esta sede, no se derivan los requisitos para la prosperidad de la *actio in rem verso*, en razón a que se echa de menos, entre otros, que el aumento o ganancia del patrimonio de la pasiva haya sido a expensas del de la actora, pues se insiste, el patrimonio disminuido con el pago de la indemnización fue el de la compañía de seguros. En tal sentido, no se encuentra acreditado que la posible mengua patrimonial de Termotasajero

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

S.A. se relacione con el incremento en los haberes de CENS; por el contrario, existe material probatorio suficiente para entender que el origen último del detrimento posiblemente sufrido por la demandante al sufragar los costos de la reparación fue haber aceptado o recibido —a título de aporte- la maquinaria fuera de servicio.

En consonancia con lo expuesto, y abstracción hecha de cual sociedad, si la demandada o la demandante, detenta la legitimación para recibir la indemnización de conformidad con el contrato de seguro, no puede señalarse que la primera se hubiera prevalido del interés asegurable de la segunda para percibir la indemnización por el lucro cesante (ICO) causado con posterioridad a la cesación del contrato de arrendamiento por el cual CENS S.A. E.S.P detentó la tenencia de la planta de generación eléctrica (lo que determinaría un cierto nexo o correlatividad), toda vez que en estricto sentido, habiéndose producido ya el siniestro correspondiente al amparo de rotura de maquinaria con anterioridad a la fecha de la entrega de la planta a Termotasajero S.A., no existía para esta riesgo alguno, cuya hipotética realización pudiera amenazar su patrimonio desde la óptica de la relación de aseguramiento⁴, toda vez que la contingencia que envuelve la definición del referido elemento esencial del negocio jurídico, conforme al art. 1083 del estatuto mercantil, se había mutado ya en certeza, por virtud, se repite, de la previa afectación de los equipos y la suspensión de la operación de los mismos.

Ahora bien, en el remoto evento en el que de los medios de convicción se pudiese extraer una correlatividad o conexidad entre los patrimonios de las partes involucradas, la

⁴ Señala el art. 1041 del Código de Comercio, que “**los hechos ciertos**, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, **no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro**”.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

acción de enriquecimiento injusto tampoco tendría cabida, pues, como atrás se explicó, las evidencias sustentarían la existencia de un pacto entre convocante y convocada, en virtud del cual, la acción a ejercer por el contratante cumplido no sería la que aquí se desata.

Al punto, pese a los ingentes esfuerzos de la actora en esta sede, el escrito introductor del proceso soporta la anterior argumentación, en la medida en que las pretensiones se dirigieron en primer lugar a procurar “[q]ue se declare la existencia de un enriquecimiento sin causa de (...) CENS derivado de (...) el incremento patrimonial indebido de dicha empresa y ocasionado al no trasladar las sumas equivalentes a la indemnización que le fuera pagada por la compañía de seguros (...) en el porcentaje correspondiente a los derechos de Termotasajero S.A. ESP sobre las sumas indemnizadas.” (fl. 277, cdno. 1A); luego, si a la demandante le asistía –con anterioridad al empobrecimiento denunciado, que solo se habría causado cuando se negó la demandada al traslado referido- el derecho a recibir una suma de dinero, y la obligación correlativa –preexistente al enriquecimiento- radicaba en cabeza de la convocada, no puede predicarse que la fuente del débito que se reclama tenga origen en el lucro indebido de la última, puesto que, según está planteada la pretensión transcrita, el vínculo entre los patrimonios no surgió intempestivamente y sin causa legítima, sino que se derivó de algún tipo de acuerdo al que, con anterioridad a los hechos que se alegaban como generadores del enriquecimiento sin justa causa, llegaron las partes.

En otros términos, la situación determinante del empobrecimiento de un sujeto, para los efectos del enriquecimiento sin causa, no puede ser el incumplimiento de una obligación preexistente, surgida de una fuente de diferente

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

naturaleza, que el demandado tenga contraída con quien invoca el resarcimiento patrimonial⁵; o lo que es igual, la acción de enriquecimiento sin justa causa no puede ser utilizada, como instrumento paralelo, para reclamar el cumplimiento de obligaciones preexistentes que por su propia disciplina cuentan con otros mecanismos legales para compeler a los individuos a honrarlas.

Finalmente, en cuanto a la inquietud que le asiste al casacionista en relación con que CENS S.A. se hubiese lucrado mediante el cobro de un seguro de daños, esa cuestión escapa a sus intereses y a los alcances de este proceso, ya que no se está sometiendo a indagación el contrato de seguro y sus efectos sobre quienes concurrieron a su celebración, sino el presunto desplazamiento patrimonial inequitativo entre demandante y demandada; y si tal lucro efectivamente existió, la perjudicada sería, sin lugar a discusión, La Previsora S.A., estando ésta en libertad de acudir a las autoridades para remediar el posible daño.

5. Por lo expuesto, el cargo no prospera.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la

⁵ Puede ser si el incumplimiento de una obligación que no vincule al demandado en calidad de deudor, como fue el caso que determinó el acogimiento de la figura por parte de la Corte de Casación francesa en sentencia de 15 de junio de 1892, en la que reconoció la *actio in rem verso* como el remedio frente al enriquecimiento, y es el punto de partida para la evolución jurisprudencial de la institución como un instrumento jurídico independiente. En efecto, en este histórico pronunciamiento se consideró que el propietario de un terreno se había enriquecido injustificadamente por el beneficio que reportó a su predio –cuya tenencia acababa de recobrar– la utilización de unos insumos que su arrendatario compró y no pagó, afectando el patrimonio del vendedor (P. Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, Utet Giuridica-Wolters Kluwer Italia S. r. l., 2008; Konstantinos D. Kerameus, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. X, *restitution, unjust enrichment and negotiorum gestio*).

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

República y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2010, por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, dentro del proceso ordinario de Termotasajero S.A. E.S.P. contra Centrales Eléctricas del Norte de Santander -CENS- S.A. E.S.P., en el que intervino como tercero *ad-excludendum* la Cooperativa Multiactiva de Trabajadores de Productora de Papeles S.A., “Coopropal en liquidación”.

Costas de casación a cargo del recurrente y a favor de la demandada. En su liquidación inclúyase la cantidad de seis millones de pesos (\$6.000.000,00) por concepto de agencias en derecho.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo pertinente.

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

MARGARITA CABELLO BLANCO

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado ponente
JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil doce (2012)
Discutido y aprobado en Sala de veintitrés (23) de octubre de dos mil doce (2012)

Referencia: 54001-3103-006-1999-00280-01

Se decide el recurso de casación que la sociedad Termotasajero S.A. E.S.P., interpuso frente a la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2010, por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, dentro del proceso ordinario por ella iniciado en contra de Centrales Eléctricas del Norte de Santander - CENS- S.A. E.S.P., en el que intervino como tercero *ad-excludendum* la Cooperativa Multiactiva de Trabajadores de Productora de Papeles S.A., “Coopropal en liquidación”.

ANTECEDENTES

1. La actora solicitó declarar “*la existencia de un enriquecimiento sin causa*” de la demandada, en la medida en que el patrimonio de ésta registró un crecimiento correlativo e injustificado a costa de su empobrecimiento; condenar a la accionada al pago de US\$1.830.000,00 –dineros desembolsados para el arreglo de la planta de generación de energía-, y US\$3.149.350,00 a título de lucro cesante o “*incremento en costos de operación*” –o el equivalente en pesos colombianos de una y otra suma-; adicionalmente, el reconocimiento

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

de intereses al amparo de los artículos 884 y 886 del Código de Comercio.

2. El *petitum* se sustentó, en síntesis, así:

a) La Nación (Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Minas y Energía) era propietaria de la planta térmica de generación de energía eléctrica de Tasajero, que a su vez era explotada por la sociedad Centrales Eléctricas del Norte de Santander (CENS) S.A. ESP. en calidad de tenedora, pues aquella y ésta celebraron el 1º de agosto de 1996 un contrato de arrendamiento cuya duración se extendía hasta 1998.

b) El 17 de noviembre de 1996, por Escritura Pública No. 2490 de la Notaría 4ª de Cúcuta, fue constituida la sociedad Termotasajero S.A. E.S.P., cuyo objeto social es la generación y comercialización de energía eléctrica.

c) A dicha sociedad, el 28 de noviembre de 1996, mediante la Escritura Pública No. 4087 de la Notaría 33 de Bogotá, la Nación, además de adquirir la calidad de accionista, le aportó algunos activos, entre ellos, la planta térmica aludida en el literal a, cuya entrega material se produjo el día 22 de enero de 1997.

d) En la cláusula 16 del contrato de arrendamiento que la Nación había suscrito con la demandada, vigente para la época de aquellos acontecimientos, fue pactada como causal de terminación la enajenación de la planta térmica, por lo que su aportación a Termotasajero S.A., condujo a aplicar la estipulación y a la finalización –de común acuerdo- de la relación de tenencia el 10 de febrero de 1997 (hecho 4).

e) En el mismo negocio jurídico, la arrendataria (CENS S.A. E.S.P.) había adquirido el compromiso de contratar con

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

una compañía de seguros la reparación de los perjuicios derivados de cualquier eventualidad que sufriera la planta mencionada –cláusula 5ª, numeral 12- y el lucro cesante que de allí pudiese surgir, razón por la cual suscribió un contrato de seguro con la Previsora S.A.

En la estipulación contractual que obligaba al aseguramiento, la tenedora también asumió la obligación de retornar la planta en las condiciones en que la recibió, una vez culminado el contrato de arrendamiento.

f) El 26 de septiembre de 1996, la máquina sufrió algunos daños, quedando inactiva desde el día 28 siguiente hasta el 4 de agosto de 1997 (hecho 7º).

g) La accionante con sus propios recursos y en cumplimiento de lo pactado con la convocada en documento de 21 de enero de 1997, dispuso los arreglos necesarios para poner nuevamente a funcionar la planta (hecho 8º).

h) Debido a la existencia del seguro contratado (pólizas No. RMU0240046 y RMU0240047) y a que el amparo convenido comprendía el daño emergente y el lucro cesante derivados de las averías de la máquina, la arrendataria –tomadora y beneficiaria- formuló la respectiva reclamación y luego de multitud de reuniones, ofertas y contraofertas, le fueron reconocidas algunas sumas de dinero por uno y otro concepto. Los términos de la concertación a la que llegaron la aseguradora, los reaseguradores y la beneficiaria, informan de un pago total de USD\$6.900.000,00, atribuibles a “*incremento de Costos de Operación –ICO-*” y daños materiales (hechos 22 y 23).

Agregó el actor que en la última reunión llevada a cabo en la ciudad de Miami (Estados Unidos), y en la que se convino el monto indemnizado, estuvo presente tanto su representante legal como el de

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

la demandada. Allí fue aceptado que el pago se realizara a “CENS-TERMOTASAJERO” (hecho 22).

i) La indemnización reconocida comprendió el periodo de septiembre de 1996 a agosto de 1997; empero, el contrato de arrendamiento había terminado el día 10 de febrero de este último año, luego la demandada recaudó unos dineros que, en estrictez, no le pertenecían, por cuanto la cesación de la tenencia comportó, así mismo, la culminación de todo vínculo con el bien. A partir de esa situación la actora reclamó a la antigua arrendataria, por un lado, la restitución de los dineros que había cancelado para restablecer el funcionamiento de la planta y, por el otro, el reconocimiento de un porcentaje de la indemnización (hechos 26 y 30).

j) El día 21 de enero de 1997, demandante y demandada, suscribieron un acuerdo de sustitución patronal y, como consecuencia de ello, CENS, liquidó a Termotasajero S.A., la parte proporcional de primas de los seguros existentes entre los cuales quedó incluido el de daño y lucro cesante de la planta de energía. A raíz de dicha liquidación, la actora pagó a la arrendataria la suma de \$175.093.559,57 (hechos 15 y 16).

k) Parte de las sumas sufragadas para volver a poner en funcionamiento la planta le fueron canceladas a la sociedad Termotasajero S.A. (\$250.000.000,00), habida cuenta de que ésta los había desembolsado (hecho 17).

l) En comunicación de 8 de septiembre de 1998, CENS, le hace conocer a Termotasajero S.A., que *“la Junta Directiva de la empresa, no comparte los planteamientos de su comunicación respecto a los derechos que le corresponden legalmente a CENS S.A., ESP, como poseedor de la póliza de seguros, para la liquidación y distribución de la indemnización por ICO, por lo cual recomiendan*

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

negociar razonablemente los porcentajes que corresponden a cada una de las partes....' (se subraya)" (hecho 24).

m) Mediante comunicación de 24 de septiembre de 1998, CENS le hace conocer a Termotasajero S.A., que la "*Junta Directiva no acepta el reparto de las sumas de dinero que se van a recibir de la aseguradora*" –líneas originales- (hecho 27).

n) La demandante, nuevamente, le hace conocer a la demandada su intención de repartir la indemnización recibida y le propone que de los 308 días en que estuvo paralizada la planta de energía, la correspondiente a 114 días le sea reconocida a CENS, y la restante, los otros 194, a Termotasajero S.A. (hechos 29 y 32).

o) A la fecha, CENS no ha honrado sus obligaciones para con la actora (hecho 35).

3. La demandada se opuso a las pretensiones, formulando la excepciones denominadas "*ausencia de los requisitos sustanciales del enriquecimiento injusto*", "*derecho legítimo a la indemnización por perjuicios recibidos*" y "*carencia del derecho por falta de fundamento fáctico de éste*" (fls. 382 a 394 cdno. 1B).

Por su parte, la Cooperativa Multiactiva de Trabajadores de Papeles S.A. –COOPROPAL S.A.- presentó demanda de intervención *ad excludendum*.

4. Agotado el trámite procesal, el *a quo* pronunció sentencia desestimando las pretensiones de la demandante y del tercero; fallo confirmado por el *ad quem* al desatar las apelaciones interpuestas por los vencidos (fls. 701 a 735 cdno. 1C y 48 a 78 cdno. de 2ª inst.).

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Luego de historiar la actuación procedió a memorar el artículo 831 del Código de Comercio; plasmó algunas reflexiones atinentes al enriquecimiento sin causa; con fundamento en jurisprudencia de esta Corporación, resaltó las exigencias que deben verificarse para acoger las pretensiones propias de esta clase de asuntos, y resolvió la situación de la intervención del tercero *ad-excludendum*, concluyendo que no le asiste razón alguna al pretender el derecho debatido.

2. A renglón seguido, en punto de las súplicas, disertó: *“Conforme a la póliza U0240046, aportada tanto por la parte demandante como por la demandada, CENS tomó con la Previsora S.A., el seguro para amparar la rotura de maquinaria y el lucro cesante por rotura de la misma. Se presentó el siniestro en vigencia del contrato de arrendamiento, el cual terminó el 10 de febrero de 1997, fecha en la cual la Nación en forma unilateral lo dio por terminado.*

“Siendo ello así, conforme a las normas mercantiles que rigen el contrato de seguro, la aseguradora al haberse reportado y acreditado el siniestro, debía pagarlo a CENS, por ser la asegurada y beneficiaria del seguro, circunstancia que no admite discusión alguna”.

Más adelante asentó: “Las pretensiones de la parte demandante están llamadas al fracaso por no configurarse ninguna de las exigencias que impone la ley, la doctrina y la jurisprudencia” (fl. 65 cuaderno del Tribunal; subrayas fuera de texto).

Seguidamente expresó:

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

“Siendo así las cosas, partiendo del desplazamiento patrimonial que hubo entre la Compañía de Seguros y CENS, brilla por su ausencia la legitimación en la causa de la Sociedad demandante, quien es extraña a la relación contractual entre CENS y la Compañía de Seguros y no puede entenderse bajo ninguna figura que por haberse aportado la planta a su favor se pueda pensar por vía de equivocación que el pago del siniestro queda incluido, pues con la misma razón tendría CENS que restituir todas las utilidades dentro del periodo entre el 28 de septiembre de 1996 y 4 de agosto de 1997 a favor de la sociedad demandante.

“La legitimación en la causa es condición de la pretensión y si no se encuentra satisfecha no puede encontrar prosperidad, por ello no habrá lugar a estudiar las excepciones propuestas por la parte demandada.

“Este Despacho con todas las pruebas que existen en el proceso llega a la conclusión que la PREVISORA S.A., aceptó la reclamación de CENS al encontrarla debidamente probada, por la ocurrencia del daño, pero no encuentra por la vía invocada por el demandante transformar la relación jurídica para condenar a CENS a favor de la Sociedad demandante cuando sin esfuerzo se demuestra que nunca hubo un empobrecimiento del demandante por la suma que recibió la sociedad demandada desde el punto de vista correlativo o lógico, sin entrar la Sala a considerar la transacción que celebró TERMOSATAJERO S.A., (sic) con la Nación, por lo tantas veces dicho que lo que interesa a este proceso es verificar si hubo el pretendido enriquecimiento injusto” –hace notar la Corte- (fl. 66).

Y finalizó precisando que: *“Entonces, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada aclarando el numeral segundo que se niegan las pretensiones por falta de legitimación en la causa por activa” (fl. 67);* decisión de la que un integrante de la Sala se apartó por

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

considerar que sí era procedente acceder a las súplicas de la demandante.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Al amparo de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, un único cargo –replicado- se formula a la sentencia, el cual pasa a resolverse.

CARGO UNICO

1. Por la vía indirecta, denuncia la transgresión de los artículos 831, 1083 y 1088 del Código de Comercio, 1602 del Código Civil, y 5 y 8 de la Ley 153 de 1887, como consecuencia de errores de hecho manifiestos en la apreciación probatoria, por pretermisión y cercenamiento de las evidencias incorporadas al proceso.

2. Aduce que el sentenciador dejó de apreciar varios medios demostrativos y otros no los sopesó en su verdadera dimensión; yerros que lo condujeron a concluir, en lo esencial, que la actora no estaba legitimada para actuar y que, en todo caso, no había padecido el empobrecimiento denunciado y menos que de manera correlativa, se hubiese visto afectado en forma favorable el patrimonio de la arrendataria.

a) Reseña las siguientes pruebas que, en su sentir, no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal:

i) El acta de entrega de los “*archivos de personal determinación y formalización del pasivo laboral*” (fls. 38 y ss., cdno. 1A; 154, cdno. archivo CENS), de donde se desprende la sustitución

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

patronal entre Termotasajero S.A., E.S.P., y CENS, que tuvo lugar el 21 de enero de 1997.

ii) Los documentos relativos a la reclamación que la demandada efectuó a la aseguradora y que informan que tal proceder tuvo ocurrencia después del 21 de enero de 1997, cuando ya la planta estaba bajo el control de la demandante (fls. 28, 29 y ss., 37, 38 y ss., 43 y ss., y 51 y ss., cdno. archivo CENS).

iii) La contestación al hecho 15 de la demanda (folio 283, cuaderno 1 B), en donde la accionada acepta que entregó físicamente la planta térmica, a la actora, el día 22 de enero de 1997.

iv) La comunicación que el 24 de junio de 1997, el señor Luís Alberto Rangel B. –representante de CENS- remite al señor Edgar Daniel Molina R. –asistente del presidente de Termotasajero S.A.–, en la que alude, entre otras circunstancias, a las fechas de vencimiento de las pólizas existentes, los porcentajes que a cada empresa corresponde asumir y, la manifestación explícita en cuanto a la participación fraccionada de la indemnización pendiente por la rotura de la planta (fls. 58 y ss., cdno. 1A).

v) Los folios 209, 210 y 211 –del mismo cuaderno–, relativos a la cuenta de cobro y pago de la misma, por reintegro de porcentajes atribuibles a los programas de seguros.

vi) El testimonio del señor Héctor J. Romero Quevedo, ajustador de seguros contratado por la Previsora S.A., alusivo a los daños de la planta; las gestiones adelantadas por la actora para restablecer su servicio; los convenios con los técnicos para tales propósitos; el desarrollo de las conversaciones en procura de la indemnización, las reuniones celebradas, incluyendo la de Miami con ese fin, y el monto definitivo de las indemnizaciones (fl. 11 y ss., cdno. de pruebas de la demandante).

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

vii) La declaración del señor Edgar Daniel Molina T. – director de división de la planta, tanto al servicio de la actora como de la demandada-, en donde alude a los periodos en que una y otra empresa –Termotasajero S.A.,y CENS- resultaron afectadas y los gastos en que cada una de ellas incurrió para poner a funcionar la planta (fl. 30, cdno. *ídem*).

viii) La versión de Argenis María Acosta L., jefe jurídica de CENS, en la cual da cuenta de la asunción, por parte de la demandante, de los arreglos de la planta generadora de energía y, a la vez, el rechazo de aquella sociedad de asumir los respectivos costos, habida cuenta de que la máquina ya había sido entregada a la actora (fls. 59 y ss.).

ix) El interrogatorio al señor Luís Alberto Rangel Becerra, representante legal de CENS, en donde informa desde qué fecha asumió Termotasajero el control de la planta (27 de enero de 1997), quién cubrió los gastos de su reparación, el valor definitivo de la indemnización y los pormenores de la reunión celebrada en Miami (fls. 33 y ss., cdno. de pruebas de la parte actora).

x) El legajo que el gerente de CENS remitiera al vicepresidente técnico de la Previsora S.A., en donde propone que Termotasajero continúe con la reclamación del siniestro, planteando que, en todo caso, los derechos de una y otra sociedad derivados del suceso no resultarían afectados (fls. 217 y 218, cdno. 1 A).

xi) Los documentos obrantes a folios 155 y ss., 158 y 159 del cuaderno de “*archivo de CENS*”, relacionados con los estudios anejos a la reclamación e indemnización y, en particular, con la decisión de la demandada de no ceder el contrato de seguro pero sí reintegrar a Termotasajero S.A., “*los porcentajes proporcionales*” del pago que la aseguradora llegase a hacer.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

xii) Los escritos obrantes a folios 212, 213 y 214 del cuaderno 1 A., alusivos a la cuenta de cobro que la actora presentara a la Previsora S.A., por la suma de \$250.000.000,00, y al pago que esta última efectuara por concepto del avance en la reclamación por los daños sufridos por la planta.

xiii) Los documentos relacionados con los pagos que la actora realizó para recuperar la máquina, los efectuados por la aseguradora a la demandada por razón de la indemnización, al igual que las vigencias y el número de las pólizas afectadas (fls. 171 y ss. y 143, cdno. de “*Archivo de CENS*”, y 241, cdno. 1 A).

xiv) La comunicación de 8 de febrero de 1999, emanada del vicepresidente técnico de la Previsora S.A. y dirigida a Termotasajero S.A., en la que se le remite la relación de pagos que aquella efectuó a CENS, por concepto del lucro cesante y el saldo pendiente (fl. 258, cdno. 1 A).

xv) El testimonio del señor Jaime Humberto Rueda, asesor de Termotasajero S.A., quien expuso que le constan algunas circunstancias del daño de la térmica; la reclamación, y los acuerdos entre la actora y la demandada sobre la forma de adelantar la reclamación y la distribución de la indemnización lograda que, en concreto, se realizó atendiendo el tiempo que cada una tuvo la máquina a su cargo (fls. 133 y ss., cdno. de pruebas parte demandada).

xvi) Los documentos que dan cuenta de los contratos celebrados por la actora con la sociedad Mitsubishi Corporation para la recuperación de la planta de energía y los pagos efectuados por tal concepto (fls. 405 a 455, cdno. 1 C); el aviso a la aseguradora sobre la existencia real del siniestro y que CENS continuaría a cargo del trámite de la reclamación (fls. 219 a 237, cdno. 1 A), y el acta No. 4 en la que se recoge la reunión de 26 de mayo de 1998 –a la que asistieron las

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

partes, la aseguradora, los ajustadores, reaseguradores y corredores de seguros-, en donde se estableció que el valor a indemnizar que se llegase a aprobar debería contar con la anuencia de la actora y la demandada (fls. 149 a 153, cdno. de “*Archivo de CENS*”).

xvii) El escrito a través del cual CENS le informa a la Previsora S.A., el valor mínimo que está dispuesta a aceptar como indemnización y el periodo que comprendía la misma (fl. 107, cdno. *ídem*).

xviii) La comunicación que la Previsora remitió a Termotasajero S.A., informando sobre el monto indemnizado y el tiempo que la misma comprendió (fl. 258, cdno. 1 A).

xix) La propuesta de distribución de la indemnización, remitida por la demandante a la sociedad arrendataria (fl. 252 y ss., *ídem*).

xx) Las comunicaciones que la jefe de la oficina jurídica y el gerente de la demandada le dirigieron al presidente de la actora, en las que le informan sobre algunas gestiones para concretar el lucro cesante y, además, le solicitan algunos documentos sobre el particular e impartir determinadas instrucciones (fl. 160 y 163, cdno. “*Archivo CENS*”); aquella que el representante de CENS le remite al asesor legal de Termotasajero, haciéndole conocer que no está de acuerdo con los planteamientos sobre la forma de distribuir entre las dos compañías la indemnización (fl. 165, *ídem*); y la referida al rechazo de la propuesta de reparto de dichas sumas (fl. 251, cdno. 1 A).

xxi) La carta que el presidente de la actora le remitió al gerente de CENS, relacionada con la manifestación del último con respecto a que la junta directiva de su representada no autoriza desembolso alguno por reparto de la indemnización, hasta tanto se exponga el fundamento legal necesario; a lo cual se le respondió que el

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

soporte pertinente lo constituye, por un lado, el pago que Termotasajero efectuó para la reparación de la planta y, por otro lado, alusivo al lucro cesante, por el hecho de que la planta estuvo sin funcionar durante el período del 28 de septiembre de 1996 al 4 de agosto de 1997 (fl. 186, cdno. de “*Archivo CENS*”).

xxii) El escrito que reposa a folio 167 del cuaderno “*Archivo de CENS*”, a través del cual se le hace conocer al presidente de Termotasajero que la junta directiva de CENS, dispuso designar un amigable componedor para lograr y formalizar una conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación y avalada por el Tribunal Administrativo.

xxiii) El documento obrante a folio 180 *ídem*, en donde el presidente de la actora le remite al de CENS una relación de precios y de documentos sobre el costo de compra de energía, poniendo en evidencia que a esta última sociedad no se le generó ningún sobrecargo o incremento en costos de operación, mientras que la demandante tuvo que asumir las erogaciones fijas de operación sin contraprestación alguna debido a que la planta no estaba funcionando.

xxiv) El acta contentiva del acuerdo suscrito el 6 de julio de 1998 –en la ciudad de Miami– por los reaseguradores, el demandante, la demandada, los ajustadores y los corredores de seguros, sobre el monto de la indemnización y la forma en que debía cancelarse esa suma (fls. 238 y ss., cdno. 1 A); así como la constancia de la conciliación entre la aseguradora y CENS, en la que se hace referencia al acuerdo de pago convenido en la citada ciudad (fl. 22 y ss., cdno. de pruebas de la actora).

xxv) El indicio surgido en contra de la demandada a partir de la actitud procesal asumida por ella. Concretamente, de la respuesta a la demanda –hechos 15 y 19– (fls. 383 y 384, cdno. contestación demanda principal), concerniente con reintegros

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

proporcionales de primas de seguros, donde se excluye expresamente la póliza afectada por el siniestro; manifestación que riñe con el material probatorio, particularmente con la comunicación del gerente de CENS a la Previsora S.A. en la que señala que no existe póliza de seguros distinta a la que se pretende hacer efectiva (fl. 107, cdno. de “*Archivo de CENS*”).

Señala que los yerros enrostrados privaron al Tribunal de ser persuadido acerca de las siguientes circunstancias: a) que la planta estuvo paralizada entre el 28 de septiembre de 1996 y el 4 de agosto de 1997; b) que el 21 de enero de 1997, la sociedad demandante se hizo cargo de dicha máquina; c) que la reparación tuvo lugar después de haber sido entregada físicamente a la actora y que a la misma concurrió la accionante; d) que debido al daño de la planta y atendiendo que la nueva propietaria la recibió el 21 de enero de 1997, es evidente que sufrió daño por razón del ICO (lucro cesante); e) además, de que el fallador hubiese visto que Termotasajero S.A. asumió el pago proporcional de algunas primas por razón de los seguros, aunque la cesión de dichos contratos no fue propiciada por CENS; empero, sí se convino que aquélla participara en la “dinámica” para cobrar la indemnización; f) que Termotasajero recibió un anticipo por cuenta de las reparaciones que asumió y, también, que CENS estuvo de acuerdo en compartir, proporcionalmente, la indemnización recibida de la Previsora S.A.; g) que la demandada buscó la colaboración de la convocante para sustentar la reclamación ante la aseguradora, y una vez obtenida la indemnización dilató el pago a Termotasajero S.A.

b) Prosigue denunciando que se cercenó o valoró fraccionadamente el contrato de transacción celebrado entre la Nación y Termotasajero S.A. (fls. 615 a 634, cdno. 1 C), puesto que su deficiente lectura condujo al *ad quem* a ignorar que dicho acuerdo excluyó, expresamente, todo lo relacionado con la reclamación e indemnización derivadas de la rotura de la planta de generación de

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

energía, es decir, que el acuerdo transaccional no involucró el proceso de marras; desatención que a su vez lo llevó a considerar que la actora no estaba legitimada en la causa, bajo la creencia de que el objeto de la transacción incluía este litigio.

3. Pasa a indicar que “[e]l cúmulo de errores cometidos en la apreciación de las pruebas incidieron en la resolución que adoptara el Tribunal: Ellas le habrían tenido que demostrar que el perjuicio por el daño de la planta generadora de energía eléctrica y la parálisis de su funcionamiento por más de diez meses afectó no solo a CENS, sino también a TERMOTASAJERO S.A. ESP.; que, habida cuenta de tal circunstancia, ambas empresas, velando cada una por sus propios intereses, colaboraron armónicamente para el reconocimiento del siniestro por la compañía aseguradora, y por el pago de la respectiva indemnización; que el pago de los perjuicios efectuado por la compañía aseguradora cubrió no solo el daño emergente, sino también todo el tiempo que duró la parálisis de la planta; que ese pago lo recibió CENS, la que, sin embargo, se ha negado injustificadamente a transferirle a TERMOTASAJERO S.A. ESP., la parte proporcional que en dicha indemnización le corresponde; (...)” (fl. 39, cdno. de la Corte).

4. Finalmente, luego de citar jurisprudencia nacional y doctrina foránea, concluye aseverando que el artículo 1602 del Código Civil fue aplicado indebidamente, pues no se tuvo en cuenta que la acción interpuesta es una excepción al principio de la *res inter alios acta*, por tanto fue desacertado considerar que la actora no estaba legitimada para reclamar los dineros que la aseguradora pagó a la demandada –máxime cuando dicha indemnización cubrió la totalidad de los perjuicios–; que no se hizo operar debidamente el artículo 1083 del Código de Comercio, puesto que el siniestro indemnizado afectó a Termotasajero, a pesar de que CENS hubiese sido titular del interés asegurable en determinado momento; que los artículos 831 y 1088 ídem se dejaron de aplicar, normas que proscriben el enriquecimiento

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

sin justa causa y que el contrato de seguro se convierta en fuente de lucro para el asegurado, toda vez que a la sociedad contra la cual se dirigieron las pretensiones le fueron pagados unos perjuicios que no sufrió y que la demandante sí soportó, y que los artículos 5 y 8 de la Ley 153 de 1887 también fueron desatendidos.

CONSIDERACIONES

1. El *ad quem*, en su fallo, desechó las pretensiones de la actora habida cuenta de no encontrarla legitimada para perseguir el recaudo de los dineros que una compañía de seguros pagó a la demandada, como indemnización por el siniestro –daño- acaecido respecto de la planta térmica de generación de energía eléctrica de Tasajero, y por cuanto no encontró configurados los elementos propios del enriquecimiento sin causa.

Así las cosas, atendiendo las características de la controversia judicial, la Corte centrará su estudio en dos aspectos basilares, los efectos de los contratos frente a terceros y el enriquecimiento sin causa, en pos de averiguar si le asiste o no razón al casacionista, o si por el contrario, el Tribunal acertó en su decisión. En otras palabras, se averiguará si la sociedad actora tiene o no alguna injerencia en la relación contractual de aseguramiento que la pasiva celebró con La Previsora S.A., o si dicho negocio surte efectos frente a aquella, y en qué medida puede pretender válidamente un reconocimiento sobre la indemnización cancelada por la aseguradora.

a) El contrato –“*acuerdo dispositivo de intereses para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas*” (Sent. Cas. Civ. de 1 de julio de 2008, exp. 06291-01)- celebrado con plena observancia de las exigencias legales, formales y materiales, constituye fuente de obligaciones (artículo 1494 del

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Código Civil) para quienes concurren a su celebración, es decir, tiene fuerza vinculante para las partes (artículo 1602 ídem, *res inter alios acta*), y en línea de principio, no produce efectos respecto de terceros, abstracción hecha de determinados supuestos fácticos consagrados en el ordenamiento jurídico (*res inter alios acta, aliis nec nocere, nec prodesse postest*).

En tal sentido, “*parte, estricto sensu, es el titular del derecho, rectius, interés constitutivo del acto dispositivo, independientemente de su celebración por sí o por conducto de otra persona (G.B. Ferri, Parte del negozio, Enciclopedia del diritto, vol. XXI, Milano, Giuffré, 1981, pp. 901 ss.) y, a contrario sensu, tercero, por exclusión, es el sujeto extraño o ajeno al interés dispuesto en virtud del negocio jurídico.*

“*El contrato, en efecto, es norma, precepto o regla negocial vinculante de las partes, únicas legitimadas para deducir o controvertir los derechos y prestaciones derivados de su existencia, a diferencia de los terceros, respecto de quienes, ni los perjudica, ni los favorece (res inter alios acta, aliis nec nocere, nec prodesse postest), es decir, el principio general imperante es el de la relatividad de los contratos cuyo fundamento se encuentra en la esfera de la autonomía privada, la libertad contractual y la legitimación dispositiva de los intereses de cada persona*” (Sent. Cas. Civ. de 1 de julio de 2008, exp. 06291-01).

Sin embargo, en precisos eventos el contrato proyecta sus consecuencias a terceros (*penitus extranei*), lo cual no constituye un rompimiento ni infravaloración de la *res inter alios acta*, sino el reconocimiento de que “*no es extraño que los contratantes, en ejercicio de semejante posibilidad de*

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

autodeterminación, desconozcan unos mínimos parámetros de rectitud y lealtad, especialmente frente a sus acreedores, desbordando los límites que emergen de sus derechos. Justamente, en esas eventuales desviaciones, anida o yace la bondad de algunas medidas tendientes a neutralizar conatos de fraude por parte del deudor, o los intentos deliberados de ahondar su insolvencia afectando las obligaciones insolutas, atendiendo que, sin duda alguna, hipótesis de tal temperamento ponen en entredicho la garantía de los acreedores, pues clarificado está que la prenda general de sus derechos es su patrimonio. Y, precisamente, aquellas situaciones en donde campea a plenitud la libre y espontánea voluntad de los interesados en acordar una manera particular de vinculación contractual, no emerge absoluta y si bien, en línea de principio, como ya se reseñó, la determinación de los contratantes goza de la garantía legal de que los terceros no pueden entrometerse, tal prerrogativa se desvanece frente a no pocos eventos en los que los estipulantes desvían su proceder, asumiendo conductas reprochables; instante en que dejan de gozar de alternativa semejante y, subsecuentemente, abren puertas para que se revisen los actos o negocios celebrados con el fin de reivindicar valores de mayor jerarquía como la lealtad y buena fe, entre otros, que pudieran resultar menoscabados. Desde luego, según se vio, esta fisura al régimen de contratación no implica una patente de corso a cualquier tercero para involucrarse más allá de lo necesario en cuanto a dejar a buen recaudo sus intereses o, dado el caso, las buenas costumbres o el orden público” (Sent. Cas. Civ. de 25 de enero de 2010, exp. 01041-01).

Entonces, resulta palmario que la relatividad del negocio jurídico se ve permeada por especialísimas circunstancias; luego, por vía de excepción, es posible la afectación de un tercero por los pactos celebrados entre otros

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

sujetos alrededor de un determinado contrato, lo que le autorizaría a involucrarse en el mismo o, cuando menos, adelantar acciones tendientes a morigerar sus consecuencias; lo que quiere decir que, *“de ordinario, los efectos del negocio jurídico son plenos entre las partes y no respecto de terceros, cuyos intereses escapan a la esfera dispositiva de las partes, careciendo de eficacia, en sentido negativo o positivo, salvo en las precisas situaciones fácticas disciplinadas por el ordenamiento (estipulación por otro, contrato a favor de terceros, etc.); la cesión de créditos y de contrato de prestaciones correlativas, es inoponible al deudor y a la contraparte por ausencia de notificación y, en su caso, de aceptación (arts. [1959] y ss. C.C.); el pacto de reserva de dominio al tercero de buena fe adquirente del bien mueble (arts. 1931 y 1933 C.C.); el pacto fiduciario a terceros (art. 1759 C.C.¹); el ‘pacto secreto, privado, reservado, simulado’ a terceros adquirentes del titular aparente (art. 1766 C.C.); las decisiones adoptadas por la asamblea o junta general de socios que no tengan carácter general, son inoponibles a los socios ausentes o disidentes (arts. 188 y 190 C. de Co.), y en general, el negocio no conocible por terceros, usualmente, por omisión de la publicidad exigible (arts. 901, arts. 29, 112, 121, 158, 190, 188, 196, 300, 313, 366, 499, 510, 528, 843, 894, 953, 1186, 1208, 1320, 1333 y 1573 del C. de Co.; 2 y 44 del Decreto 1250 de 1970)”* (Sent. Cas. Civ. de 1 de julio de 2008, exp. 00803-01).

Para el contrato de fiducia mercantil se ha señalado que, *“la posición jurídica del beneficiario interesado a cuyo favor se estipula el beneficio de la finalidad fiduciaria determinada por el constituyente, es la de tercero,(...) [a quien] el ordenamiento jurídico extiende su legitimación, otorgándole ciertos derechos,*

¹ Hoy derogado.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

*facultades y acciones, usualmente reservados a las partes del acto dispositivo; así, le confiere ‘además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley’, los de ‘[e]xigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas’, impugnar sus actos anulables en los casos legales y exigir la restitución de los bienes fideicomitados, oponerse a medidas cautelares o de ejecución contra éstos o por obligaciones que no lo afectan si no lo hace el fiduciario, solicitar su remoción por causas justificadas y el nombramiento provisional de administrador (artículo 1235 Código de Comercio), demandar el inventario de los bienes recibidos (artículo 1231, ibídem) y también impone al fiduciario el deber de rendirle cuentas comprobadas de su gestión (artículo 1234, num. 8º, ejusdem), previendo su remoción cuando sus intereses resultan incompatibles (1239, num. 1º, C. de Co) y la extinción del contrato, entre otras causas, por muerte del beneficiario si así se acordó (artículo 1240, idem” (Sent. Cas. Civ. de 1 de julio de 2009, exp. 00310-01); *inter alia*.*

b) El principio del enriquecimiento sin causa (*unjust enrichment; enrichissement sans cause; ungerechtfertigte Bereicherung; L’Arricchimento senza causa*), originado en el Derecho Romano, encuentra plenitud conceptual en el aforismo de Pomponio –recogido en el Digesto 50.17.206–, según el cual “*por derecho natural es equitativo que ninguno se haga más rico con detrimento de otro y con injuria*” (*Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem*), o en palabras del mismo jurisconsulto, “*es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro*” (*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem*, Digesto

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

12.6.14), y ha sido recibido desde la antigüedad por diversos sistemas jurídicos.

Autorizada doctrina reporta las *condictiones* romanas –remedios otorgados para corregir determinadas injusticias derivadas de actos válidos- como manifestaciones originarias de la institución bajo estudio, particularmente, la *condictio ob causam datorum* o *condictio causa data causa non secuta*, establecida para los casos de disminución patrimonial a causa de una promesa o condición futura y lícita que no se llegaba a cumplir, o por una prestación derivada de un contrato real innominado que no se satisfizo; la *condictio indebiti*, otorgada a aquel que pagaba por error una deuda inexistente; la *condictio ob turpem causam*, instaurada para los eventos en que se había efectuado o prometido una prestación con causa inmoral; la *condictio ob iniustam causam*, aplicable cuando la prestación satisfecha no contradecía la moral pero sí al derecho, y la *condictio sine causa*, para todas las demás situaciones de desequilibrio patrimonial inequitativo –dentro de la que encajaba la *actio de peculio* o *in rem verso*, en principio concebida para aquellos que contrataban con un *alieni iuris* no autorizado por el *pater familias*, pero con el paso de los siglos considerada como el remedio “universal para corregir el enriquecimiento sin causa”- (J. Fábrega P., *El enriquecimiento sin causa*, Ed. La Estrella de Panamá, 1955).

El ordenamiento jurídico patrio, como integrante del sistema romano germánico, acogió algunas de las *condictiones* incorporándolas al Código Civil (tal es el caso de los artículos 2313 y siguientes que disciplinan el pago de lo no debido – *condictio indebiti*-, y 1747, contentivo de la *actio in rem verso* en su sentido primitivo), pero no reguló de manera general la figura *sub examine* sino hasta la aparición del Decreto 410 de 1971.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Ciertamente, antes de la entrada en vigencia del Código de Comercio, los asuntos que perseguían la declaratoria del enriquecimiento sin justa causa eran desatados –vía judicial- con base en los artículos 4, 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887, mientras que a partir de aquel se empezaron a analizar desde la perspectiva de su artículo 831, según el cual, “[n]adie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”, norma que estatuyó el principio expresamente, aunque de manera excesivamente escueta –en contraste al detalle con que el Código Civil Italiano de 1942 (artículos 2041 y 2042), inspirador de la compilación mercantil colombiana, regula la figura y la acción que de ella se deriva-.

No obstante lo anterior, es decir, a pesar del tardío reconocimiento explícito de la institución, la jurisprudencia de la Corte, además de abundante, ha sido pacífica en cuanto a la ocurrencia, regulación y corrección del desequilibrio inequitativo que el enriquecimiento sin causa genera, encaminándose “a prevenirlo o corregirlo (...) con preocupación justísima y creciente, de suerte que en la actual es mucho mayor la amplitud de las acciones o recursos de esa clase que la que hubo entre los romanos, por ejemplo, sin desconocer cómo ellos establecieron los varios de que son muestra la excepción y también acción de dolo, la *condictio*, en sus múltiples conceptos, etc.” (Sent. Cas. Civ. de 19 de septiembre de 1936, G.J. 1918, p. 435).

En efecto, para la prosperidad de la acción de enriquecimiento sin causa o *actio in rem verso*, desde siempre se ha exigido la producción de un enriquecimiento, ventaja, beneficio o provecho acaecido por el aumento del patrimonio –*lucrum emergens*- o la ausencia de su disminución –*damnum cessans*-; un empobrecimiento correlativo; que la ganancia –o ausencia de mengua- carezca de una causa justa, y que el

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

afectado no cuente con otros mecanismos para la satisfacción de su pretensión; o lo que es igual, “[l]a acción de *in rem verso* no puede prosperar ni tiene cabida con el solo hecho de que haya enriquecimiento de un lado, sino que necesita que haya empobrecimiento del otro, y no basta la existencia de estos dos factores, sino que se requiere su conjunción; más todavía, aun mediando ambos y relacionándose entre sí, puede no producirse, ya porque haya habido ánimo de liberalidad que excluye el cobro ulterior, ya porque la ley confiera acciones distintas, que naturalmente excluyen ésta, meramente subsidiaria, o autorice el enriquecimiento en referencia, como sucede v. gr. con la prescripción, con la prohibición de repetir lo dado por causa ilícita, o en relaciones como la de que es ejemplo la del art. 1994 del C. C. Al hablarse de ese enriquecimiento se agrega ‘sin causa’, lo que claramente indica cómo no pueden englobarse dentro de los casos de él aquellos en que sí es causado, como por ejemplo, los de prestaciones nacidas de contratos, a que ya se aludió” (Sent. Cas. Civ. de 19 de septiembre de 1936, G.J. 1918, p. 435).

Así lo reconoció la Corporación al consolidar su pensamiento sobre la materia cuando indicó que:

“A falta de una fórmula dogmática en nuestro C. Civil, como existe, tanto en las legislaciones suiza y alemana como en las posteriores a éstas, relativa al enriquecimiento sin causa, fuente de obligaciones, la jurisprudencia (entre nosotros con apoyo en los artículos 5, 8 y 48 de la ley 53 de 1887. Consúltense las sentencias de 19 de agosto y 19 de septiembre de 1935, las cuales contienen esta misma teoría), y la doctrina se han encargado de establecer su fundamento, delimitando el ámbito de su dominio y aplicación y precisando sus elemento constitutivos.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

“El enriquecimiento sin causa estriba en el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro.

“Los casos especiales de enriquecimiento sin causa contenidos en nuestro Código Civil, notoriamente en lo referente al pago de lo no debido, no destruyen la unidad de esta noción de derecho, fuente de obligaciones, por cuanto que las aludidas normas de aquella obra divergen sólo en las particularidades de esos casos.

“Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber:

“1º Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

“2º Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

“Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

“Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

“El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

“3º Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

“En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

“4º Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

“Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia

“5º La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

“El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado” (Sent. Cas. Civ. de 19 de noviembre de 1936, G.J. 1918, p. 474).

El planteamiento jurisprudencial traído a colación ha perdurado a lo largo de los tiempos, siendo copiosa su aplicación en las decisiones de la Sala; es así como en reciente fecha, memorando el decurso de la institución, se expuso:

“Hay que precisar, a ese respecto, que la jurisprudencia fundacional de lo que hoy es el querer de la ley, se orientaba a corregir las situaciones en las cuales el patrimonio de un sujeto de derecho sufría mengua, mientras otro acrecía sus haberes en la misma medida, sin que existiera una razón que explicara esa alteración, caso en el cual se imponía al juez el deber de adoptar los correctivos necesarios en procura de que se restableciera la equidad.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

“Justamente, acerca de esta materia, la Corte ha destacado que ‘el enriquecimiento sin causa, conforme lo tiene sentado la jurisprudencia, constituye una pretensión en sí misma considerada, que requiere su encausamiento por medio de una demanda que da origen al proceso jurisdiccional correspondiente.

“...la... pretensión planteada en el recurso extraordinario relativa al enriquecimiento sin causa, tal y como ha sido estructurada por la jurisprudencia nacional e internacional, reclama como uno de sus elementos definitorios e integradores, «que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos. Por lo tanto, carece igualmente de la acción in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El deberá sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia», doctrina ésta que no hace más que reiterar el anunciado carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa -o injustificado-, no solamente con arraigo en la esfera patria, sino también en el Derecho Comparado, en general, como se acotó, en el que se tiene establecido que la acción en comento es un típico «remedio supletorio», a fuer de «extraordinario» y, en modo alguno, una vía paralela encaminada a suplir -o a subvertir- los recursos y los procedimientos fijados con antelación por el ordenamiento jurídico. Y mucho menos un camino expedito para corregir los errores o las omisiones en que incurrió el demandante con antelación, pues como lo realzó esta corporación hace un apreciable número de lustros, «...carece igualmente de la acción el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho» (Sent. de Cas. del 1º de noviembre de 1918).

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

“En este sentido, la doctrina ciertamente es elocuente. A este respecto, el Profesor LUIS JOSSEERAND, puntualizó que, a lo expresado «...hay que añadir que la acción de ‘in rem verso’ se rehusa también a quien perdió, por su culpa o por su hecho, otro medio de derecho; este deberá sufrir las consecuencias de su negligencia o de su imprudencia;... la acción de in rem verso, no pretende otra cosa que conjurar un hundimiento del orden jurídico que hubiera podido asegurarse bajo el égida de otra acción,...» (Derecho Civil, T. II, Vol. I, Edit. Bosch, Barcelona, 1.950, pág. 460)’ (Sent. Cas. Civ. de 10 de diciembre de 1999, Exp. No. 5294).

“Con posterioridad reiteró ‘...la más notable de las características de la acción de enriquecimiento incausado, cual es la de la subsidiariedad. Todo el mundo conoce que dicha acción se abre paso sólo en la medida en que no haya otro remedio que venga en pos del empobrecido. En otros términos, la vida de esta acción depende por entero de la ausencia de toda otra alternativa. Subsecuentemente, en el punto no es de recibo la coexistencia de acciones’ (Sent. Cas. Civ. de 11 de enero de 2000, Exp. No. 5208).

“Luego, tuvo la oportunidad de precisar que ‘...la estructuración doctrinal del enriquecimiento injusto, producto de la investigación científica del derecho, hizo que se le incluyese como fuente obligacional al lado de las que tradicionalmente se definían en las leyes, lo que sin duda da trazas visibles de una cierta soberanía.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

“La independencia y autonomía descritas arrojan la fúlgida conclusión de que en esta especial acción es de la incumbencia del actor demostrar que el patrimonio del demandado obtuvo «algo», y que esa obtención de la ventaja ha costado «algo» en el patrimonio suyo, de modo - que ha- de establecerse una conexión indubitable entre el enriquecimiento y el empobrecimiento correlativos. Más elípticamente, probar que la ventaja del demandado derivó de la desventaja del actor’ (Sent. Cas. Civ. de 25 de octubre de 2000, Exp. No. 5744).

“Y más recientemente recalcó que ‘en jurisprudencia reiterada desde tiempo atrás ha sostenido esta Corporación que la acción de enriquecimiento sin causa tiene cabida siempre que se den ciertas condiciones, como lo señaló el mismo recurrente. Estas son: que se haya producido un enriquecimiento, un empobrecimiento correlativo, que ese enriquecimiento carezca de una causa justa y que no tenga el afectado ningún otro medio para obtener la satisfacción de su pretensión por cuanto la acción in rem verso tiene carácter subsidiario.

“...Por otra parte, esta Corporación ha sostenido que la acción in rem verso a que da origen el enriquecimiento injusto únicamente procede cuando el demandante carece de cualquier otra acción, dada su naturaleza subsidiaria o residual, sin que pueda impetrarse en los eventos en que, como en el caso en estudio, existe de por medio un contrato que sirve de título al desequilibrio patrimonial entre las partes.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

“La Corte en relación con este tema ha dicho de tiempo atrás que «para que sea legitimada en la causa la acción in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquier otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o las que brotan de los derechos absolutos», y que «...es preciso que el enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción, puesto que la acción de in rem verso tiene un carácter esencialmente subsidiario». (G.J. Tomo XLIV, pág. 474, XLV, pág. 29 y Sent.053 de 22 de febrero de 1991). En el mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia 124 de 10 de diciembre de 1999’ (Sent. Cas. Civ. de 28 de agosto de 2001, Exp. No. 6673).

“También ha dicho ‘en cuanto al enriquecimiento injusto, fuente que es, como bien se sabe, de obligaciones, y que tiene lugar cuando independientemente de toda causa jurídica se presenta el desplazamiento o disminución de un patrimonio a expensas de otro, de largo tiempo atrás doctrina y jurisprudencia han determinado sus elementos integrantes, cuales son el aumento de un patrimonio y un empobrecimiento correlativo, amén de la carencia de causa o fundamento jurídico que justifique tal desplazamiento patrimonial, factores estos entre los cuales- y asunto es por cierto que salta a la vista-, es el último de los enunciados el que informa la figura y recoge el principio general de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de los demás, a lo que ha de agregarse que para estos efectos debe entenderse por causa, no aquella a que se refiere el artículo 1524 del código civil, sino la preexistencia de una relación o vínculo

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

jurídico entre el enriquecedor y el empobrecido que justifique el movimiento patrimonial. (Cas. 27 de marzo de 1939, XLVIII; 9 de junio de 1971; 26 de marzo de 1958).

“Por lo demás, a los elementos atrás enunciados han sido incorporadas aún otras dos condiciones, que más que componentes de la figura son requisitos para ejercer la acción a que da origen el fenómeno del enriquecimiento ilícito, como son: que ella no se intente contra disposición imperativa de la ley y que, dado su carácter netamente subsidiario, no se haya contado con otro medio para obtener satisfacción por la lesión injusta que le ha sido ocasionad’ (Sent. de Cas. de 21 de mayo de 2002, Exp. No. 7061).

“En el mismo sentido, es bueno recordar que ‘sobre la acción de enriquecimiento sin causa o actio in rem verso, de antaño la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado los requisitos que la estructuran, e invariablemente los ha considerado bajo la idea de que son acumulativos o concurrentes, y por lo tanto todos deben estar presentes para que esa acción pueda resultar exitosa.² (...) Dicha jurisprudencia ha sido reiterada en múltiples oportunidades como dan cuenta, entre otras, la Gacetas Judiciales XLVIII Pág. 130, L Pág. 40 y LXXXI Pág. 731; y en el mismo sentido pero especialmente en torno al carácter subsidiario de la acción, más recientemente en la sentencia No. 124 de 10 de diciembre de 1999 y en la sentencia de 28 de agosto de 2001, expediente 6673’ (Sent. de Cas. de 7 de Junio de 2002, Exp. No. 7360).

² Las mismas señaladas en la sentencia de 19 de noviembre de 1936.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

“Todo para hacer hincapié en que ‘desde el año 1935 esta Corporación en forma coincidente ha dicho que los requisitos estructurales de la actio in rem verso son acumulativos, debiendo concurrir todos para el éxito de la acción y dentro de las exigencias está la de que el envilecimiento patrimonial del demandante, nacido del enriquecimiento del demandado sea injustificado, es decir, que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no tenga una causa jurídica y, además, que el demandante para recuperar su bien carezca de cualquier otra acción originada por las fuentes legales’ (Sent. de Cas. de 18 de julio de 2005, Exp. No. 1999-0335-01).

“En tal acción, pues, subyace un imperativo moral, como que el ordenamiento jurídico no quiere patrocinar el acrecimiento económico de un sujeto a expensas de otro, cuando no existe ningún fundamento jurídico que lo justifique, postulado que encaja, desde luego, con la necesidad de dar a cada quien lo suyo, esto es, lo que verdaderamente le corresponde de acuerdo con los principios de justicia y equidad”. (Sent. Cas. Civ. de 7 de octubre de 2009, exp. 00164-01).

En síntesis, la acerada jurisprudencia en materia de enriquecimiento sin causa exige, tanto en materia civil como mercantil, que un individuo obtenga una ventaja patrimonial; que como consecuencia de dicha ganancia exista un empobrecimiento de otro sujeto, esto es, que entre el enriquecimiento y la mengua haya correlación y correspondencia, es decir, que se observe un nexo de causalidad, que uno se deba a u origine en el otro; que el *desplazamiento patrimonial se verifique sin causa jurídica que lo justifique*, o lo que es igual, que la relación patrimonial no

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

encuentre fundamento en la ley o en la autonomía privada; que el afectado no cuente con una acción diversa para remediar el desequilibrio; y, que, con el ejercicio de la acción no se pretenda soslayar una disposición legal imperativa.

2. En el caso analizado, como se recordará, el Tribunal dilucidó el conflicto a partir de considerar que la parte actora no tenía ningún vínculo en el contrato de seguro ajustado entre la Previsora S.A. y la hoy demandada, sociedad que, para esa época, fungía como arrendataria de la Central Térmica de Tasajero; y no lo tenía pues no era tomadora ni beneficiaria, luego, siguiendo los lineamientos del referido acuerdo, acaecido el siniestro, la indemnización debía pagarse a la beneficiaria y así se dispuso por la aseguradora. Pretender algún derecho de esa relación, según los planteamientos del fallador, desbordaba la potestad o facultad legal de la demandante. Amén de ello, razonó el *ad quem*, no se encontraron presentes los elementos jurisprudenciales y legales para la procedencia de la acción de enriquecimiento sin causa.

Por su parte, la censura señala que el colegiado de segunda instancia:

a) Omitió apreciar algunas probanzas, lo cual le impidió tener por demostrado que la Central Térmica estuvo paralizada entre el 28 de septiembre de 1996 y el 4 de agosto de 1997; que el 21 de enero de 1997, la actora asumió el manejo de la planta; que la reparación de los equipos fue efectuada por Termotasajero S.A. cuando éstos ya se encontraban en su poder; que la demandante como nueva propietaria de la central, al haberla recibido el 21 de enero de 1997, padeció un lucro cesante (ICO); que Termotasajero S.A. asumió el pago proporcional de algunas primas de los contratos de seguro, cuya cesión no le fue efectuada por CENS, y participó en la

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

formulación de la reclamación por el siniestro para cobrar la indemnización; que la convocante recibió un anticipo por cuenta de las reparaciones que asumió; que CENS estuvo de acuerdo en compartir, proporcionalmente, la indemnización recibida de la Previsora S.A., buscó la colaboración de la convocante para sustentar la reclamación ante dicha aseguradora, y una vez obtenida la indemnización dilató el pago a Termotasajero S.A.

b) Apreció indebidamente la transacción suscrita entre la impugnante y la Nación, lo que le impidió percatarse de que el objeto del presente litigio no fue transado.

3. Con respecto a los yerros fácticos por indebida valoración probatoria atribuidos al Tribunal, encuentra la Sala que, pese a la laboriosa y delicada estructuración de la impugnación y a los respetables argumentos que en ella se esgrimen, carecen de entidad –existencia, evidencia, notoriedad o trascendencia- para quebrar el fallo atacado.

En efecto, el *ad quem* asentó en su providencia que, entre la Nación y CENS existió un contrato de arrendamiento “*el cual terminó el 10 de febrero de 1997*”, en cuya vigencia se presentó el siniestro amparado por la póliza U0240046; que como consecuencia de la realización del riesgo asegurado, la planta de generación eléctrica, objeto de la relación de tenencia, “*tuvo que ser parada entre el 26 de septiembre de 1996 y el 4 de agosto de 1997*” (fl. 65, cdno. de 2ª inst.); que estando aún arrendada, la central térmica fue transferida por el Estado a Termotasajero S.A. “*a título de aporte*” al capital social, y que “*al momento de realizarse el aporte de la planta enrostran todas las pruebas que militan en el proceso ésta se encontraba fuera de servicio por el daño amparado con la póliza muchas veces mencionada, y en tal estado Termotasajero S.A., igualmente*

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

conocedora de esta situación, aceptó sin reparos el aporte” (fl. 66; subrayas fuera de texto).

De los pasajes transcritos se colige sin lugar a dudas que el juzgador no sólo se percató de la realización del riesgo asegurado, cubierto por la póliza U0240046, sino también de que el mismo condujo a la parálisis de la planta de generación eléctrica en un periodo determinado de tiempo (26 de septiembre de 1996 al 4 de agosto de 1997), durante y con posterioridad a la vigencia del contrato de arrendamiento (terminado unilateralmente por la Nación el 10 de febrero de 1997), y que la actora recibió el bien fuera de funcionamiento; razones más que suficientes para desestimar la comisión de las equivocaciones que se le endilgan y concluir que siempre tuvo presente la ausencia de reparación de la maquinaria por parte de la pasiva, con base en, se reitera, *“todas las pruebas que militan en el proceso”*.

Adicionalmente, recuérdese que no es necesario un pronunciamiento expreso sobre cada una de las evidencias obrantes en el plenario para tenerlas por observadas, esto es, si de la motivación y línea argumentativa del juez de instancia se puede extraer que no perdió de vista ninguna evidencia, no resulta viable acusarlo de haber pretermitido la apreciación física de los medios demostrativos (Sent. Cas. Civ. 095 de 27 de julio de 2007, exp. 00718-01)³.

³ “(...) el juzgador no pudo preterir la prueba testimonial, porque si bien no la mencionó expresamente, su conclusión denota que lo hizo implícitamente. En ese caso, como lo tiene dicho la Sala, lo que se presenta es una ‘deficiencia de expresión’ y no un error de ‘apreciación probatoria’ (Cfr. Cas. Civ. Sentencia de 5 de mayo de 1998, CCLII-1355), o como en otra ocasión lo señaló, ‘no se presume ignorancia de las pruebas por el sentenciador, cuando las conclusiones del pronunciamiento se justifican a la luz de las mismas pruebas’ (Sentencia No. 092 de 17 de mayo de 2001, reiterando doctrina anterior)”.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Del *sub examine*, no surge palmario ni resulta evidente que la autoridad denunciada haya pasado por alto que la planta fue reparada por la actora, quien incurrió en unos gastos que en alguna medida fueron reconocidos por CENS; que Termotasajero S.A. colaboró con la demandada de cara a efectuar la reclamación por el siniestro ante la Previsora S.A.; que hubo unas aproximaciones entre convocante y convocada para compartir la indemnización pagada por la aseguradora, y que aquella no recibió en servicio la central. Por el contrario, brota sin lugar a dudas que ninguno de estos episodios resultó suficiente para acreditar que a la demandante le asistía algún derecho a reclamar parte de la indemnización que recibió la otrora arrendataria, toda vez que *“es extraña a la relación contractual [de aseguramiento] (...) y no puede entenderse bajo ninguna figura que por haberse aportado la planta a su favor se pueda pensar por vía de equivocación que el pago del siniestro queda incluido”*, y en consecuencia, *“con todas las pruebas que existen en el proceso”* no es posible *“por la vía invocada por el demandante transformar la relación jurídica para condenar a CENS”*, habida cuenta de que las sumas percibidas por esta no le generaron un empobrecimiento correlativo a su contraparte (fl. 66).

Análogamente, no se aprecia que los pagos proporcionales por primas de seguro que la nueva propietaria de la termoeléctrica hizo a favor de la antigua tenedora, correspondan necesariamente a la póliza afectada por el siniestro –U0240046–, y si así lo hicieran, esto no desvirtúa o hace contraria a la lógica la apreciación del Tribunal en el sentido de que Termotasajero S.A. carece de legitimación alguna para pretender una indemnización derivada de un contrato de seguro del cual no es parte.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Tampoco se observa una indebida apreciación del contrato de transacción suscrito entre la Nación y la actora (fls. 615 a 634, cdno. 1C), pues el juzgador no insinuó siquiera que el resarcimiento que se pretende en el presente litigio hubiese sido objeto de dicho negocio jurídico, limitándose a señalar que del mismo se desprende la *“situación de la paralización de la planta”*, y tampoco se apoyó en éste para negar las pretensiones del libelo, por el contrario, tomó su decisión *“sin entrar (...) a considerar la transacción”* (fl. 66, cdno. de 2ª inst.).

4. Ahora bien, si se aceptase en gracia de discusión la ocurrencia de los yerros endilgados al fallo de segunda instancia, éstos, como se anticipó, carecen de notoriedad o evidencia, razón por la cual la providencia impugnada continuaría manteniéndose incólume, habida cuenta de que el *“error de hecho para que se estructure, además de trascendente, es decir, que sea el determinante de la decisión final, lo tiene dicho la jurisprudencia, debe ser ‘tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o en otros términos, de tal magnitud, que resulte contrario a la evidencia del proceso’ (G.J. Tomo LXXVII, pág. 972)”* (Sent. Cas. Civ. de 12 febrero de 1998, exp. C-4730; subrayas fuera de texto); en otras palabras, para que un error de hecho se abra paso en casación, debe ser manifiesto, burdo, notorio, ostensible, de existencia inobjetable e indudable, al punto que la apreciación probatoria que sugiera el casacionista sea la única posible, y por ende, haga aparecer la de la sentencia como arbitraria, caprichosa e ilógica.

Sobre el particular, en lo que respecta al contrato de seguro celebrado entre CENS y La Previsora, contenido en la póliza U0240046 (fls. 48 a 57, cdno. 1 A, y 112 a 115, cdno. pruebas demandada), encuentra la Sala que corresponde a un

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

seguro de daños cuyo tomador, asegurado y beneficiario era la demandada, tal como lo avizó el Tribunal y lo han reconocido las partes; amparaba el daño emergente y el lucro cesante que CENS soportara como consecuencia de la “*destrucción o (...) rotura de maquinaria*”; fue afectado como consecuencia del siniestro acaecido alrededor del 26 de septiembre de 1996 (fl. 111, cdno. pruebas demandada), y en desarrollo de lo allí pactado la aseguradora pagó a la demandada las sumas que en el *sub lite* pretende la actora a título de enriquecimiento sin causa.

El negocio jurídico en cuestión se suscribió en cumplimiento del numeral 16 de la cláusula 5ª del convenio de arrendamiento signado entre la Nación –para entonces propietaria de la planta- y la demandada, según el cual la última “*en su condición de arrendatario (...) se obliga a: (...) 16. Constituir a favor de CENS una póliza que ampare el daño emergente y el lucro cesante de la PLANTA, que la proteja en el evento de presentarse un daño en la misma, por fuerza mayor o caso fortuito*” (fls. 244, 245, cdno. 1; 67 y 68, cdno. pruebas demandada).

De lo anterior se desprende que la suma de dinero transferida por la citada compañía de aseguramiento a la demandada, tuvo su fuente en el contrato y solamente afectó el patrimonio de aquella, en la medida en que tuvo que salir a resarcir –en ejercicio del giro ordinario de sus negocios- los perjuicios que el siniestro causó a la beneficiaria del contrato de seguro. En palabras del Tribunal, “*la Previsora S.A. aceptó la reclamación de CENS al encontrarla debidamente probada, por la ocurrencia del daño*” y “*el desplazamiento patrimonial que hubo [fue] entre*” estas dos empresas (fl. 66, cdno de 2ª inst.).

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Esta conclusión no se ve afectada por las pruebas que se reputan inapreciadas, pues ninguna de ellas, individual o colectivamente consideradas, permiten inferir que a la demandante le corresponde una porción de la indemnización derivada de un contrato de seguros que, en su condición de tercero ante el ligamen jurídico, ni la perjudica ni la favorece (*res inter alios acta, aliis nec nocere, nec prodesse postest*). Los pactos, pagos, conversaciones y hechos que las evidencias en controversia permitirían acreditar, no resultan relevantes para determinar el destinatario de la compensación monetaria, toda vez que el mismo se encuentra claramente estipulado en la póliza respectiva, ni mucho menos corresponden a aquellos eventos –atrás iterados- en los que la ley y la jurisprudencia han considerado que se puede resquebrajar o exceptuar “*la garantía legal de que los terceros no pueden entrometerse*” en los actos dispositivos de la voluntad de otros; dichas probanzas, a lo sumo, permitirían inferir que entre CENS y Termotasajero S.A. existió algún tipo de convenio que el segundo considera incumplido, pero que por su sola constatación excluiría la vía escogida para la reclamación de los derechos que de él pudiesen derivarse.

Por otra parte, desde la perspectiva del enriquecimiento sin causa o injustificado, encuentra la Corte que, de las pruebas, cuya deficiente observancia constituye el núcleo del reproche en esta sede, no se derivan los requisitos para la prosperidad de la *actio in rem verso*, en razón a que se echa de menos, entre otros, que el aumento o ganancia del patrimonio de la pasiva haya sido a expensas del de la actora, pues se insiste, el patrimonio disminuido con el pago de la indemnización fue el de la compañía de seguros. En tal sentido, no se encuentra acreditado que la posible mengua patrimonial de Termotasajero

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

S.A. se relacione con el incremento en los haberes de CENS; por el contrario, existe material probatorio suficiente para entender que el origen último del detrimento posiblemente sufrido por la demandante al sufragar los costos de la reparación fue haber aceptado o recibido —a título de aporte- la maquinaria fuera de servicio.

En consonancia con lo expuesto, y abstracción hecha de cual sociedad, si la demandada o la demandante, detenta la legitimación para recibir la indemnización de conformidad con el contrato de seguro, no puede señalarse que la primera se hubiera prevalido del interés asegurable de la segunda para percibir la indemnización por el lucro cesante (ICO) causado con posterioridad a la cesación del contrato de arrendamiento por el cual CENS S.A. E.S.P detentó la tenencia de la planta de generación eléctrica (lo que determinaría un cierto nexo o correlatividad), toda vez que en estricto sentido, habiéndose producido ya el siniestro correspondiente al amparo de rotura de maquinaria con anterioridad a la fecha de la entrega de la planta a Termotasajero S.A., no existía para esta riesgo alguno, cuya hipotética realización pudiera amenazar su patrimonio desde la óptica de la relación de aseguramiento⁴, toda vez que la contingencia que envuelve la definición del referido elemento esencial del negocio jurídico, conforme al art. 1083 del estatuto mercantil, se había mutado ya en certeza, por virtud, se repite, de la previa afectación de los equipos y la suspensión de la operación de los mismos.

Ahora bien, en el remoto evento en el que de los medios de convicción se pudiese extraer una correlatividad o conexidad entre los patrimonios de las partes involucradas, la

⁴ Señala el art. 1041 del Código de Comercio, que “**los hechos ciertos**, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, **no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro**”.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

acción de enriquecimiento injusto tampoco tendría cabida, pues, como atrás se explicó, las evidencias sustentarían la existencia de un pacto entre convocante y convocada, en virtud del cual, la acción a ejercer por el contratante cumplido no sería la que aquí se desata.

Al punto, pese a los ingentes esfuerzos de la actora en esta sede, el escrito introductor del proceso soporta la anterior argumentación, en la medida en que las pretensiones se dirigieron en primer lugar a procurar “[q]ue se declare la existencia de un enriquecimiento sin causa de (...) CENS derivado de (...) el incremento patrimonial indebido de dicha empresa y ocasionado al no trasladar las sumas equivalentes a la indemnización que le fuera pagada por la compañía de seguros (...) en el porcentaje correspondiente a los derechos de Termotasajero S.A. ESP sobre las sumas indemnizadas.” (fl. 277, cdno. 1A); luego, si a la demandante le asistía –con anterioridad al empobrecimiento denunciado, que solo se habría causado cuando se negó la demandada al traslado referido- el derecho a recibir una suma de dinero, y la obligación correlativa –preexistente al enriquecimiento- radicaba en cabeza de la convocada, no puede predicarse que la fuente del débito que se reclama tenga origen en el lucro indebido de la última, puesto que, según está planteada la pretensión transcrita, el vínculo entre los patrimonios no surgió intempestivamente y sin causa legítima, sino que se derivó de algún tipo de acuerdo al que, con anterioridad a los hechos que se alegaban como generadores del enriquecimiento sin justa causa, llegaron las partes.

En otros términos, la situación determinante del empobrecimiento de un sujeto, para los efectos del enriquecimiento sin causa, no puede ser el incumplimiento de una obligación preexistente, surgida de una fuente de diferente

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

naturaleza, que el demandado tenga contraída con quien invoca el resarcimiento patrimonial⁵; o lo que es igual, la acción de enriquecimiento sin justa causa no puede ser utilizada, como instrumento paralelo, para reclamar el cumplimiento de obligaciones preexistentes que por su propia disciplina cuentan con otros mecanismos legales para compeler a los individuos a honrarlas.

Finalmente, en cuanto a la inquietud que le asiste al casacionista en relación con que CENS S.A. se hubiese lucrado mediante el cobro de un seguro de daños, esa cuestión escapa a sus intereses y a los alcances de este proceso, ya que no se está sometiendo a indagación el contrato de seguro y sus efectos sobre quienes concurrieron a su celebración, sino el presunto desplazamiento patrimonial inequitativo entre demandante y demandada; y si tal lucro efectivamente existió, la perjudicada sería, sin lugar a discusión, La Previsora S.A., estando ésta en libertad de acudir a las autoridades para remediar el posible daño.

5. Por lo expuesto, el cargo no prospera.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la

⁵ Puede ser si el incumplimiento de una obligación que no vincule al demandado en calidad de deudor, como fue el caso que determinó el acogimiento de la figura por parte de la Corte de Casación francesa en sentencia de 15 de junio de 1892, en la que reconoció la *actio in rem verso* como el remedio frente al enriquecimiento, y es el punto de partida para la evolución jurisprudencial de la institución como un instrumento jurídico independiente. En efecto, en este histórico pronunciamiento se consideró que el propietario de un terreno se había enriquecido injustificadamente por el beneficio que reportó a su predio –cuya tenencia acababa de recobrar– la utilización de unos insumos que su arrendatario compró y no pagó, afectando el patrimonio del vendedor (P. Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, Utet Giuridica-Wolters Kluwer Italia S. r. l., 2008; Konstantinos D. Kerameus, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. X, *restitution, unjust enrichment and negotiorum gestio*).

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

República y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2010, por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, dentro del proceso ordinario de Termotasajero S.A. E.S.P. contra Centrales Eléctricas del Norte de Santander -CENS- S.A. E.S.P., en el que intervino como tercero *ad-excludendum* la Cooperativa Multiactiva de Trabajadores de Productora de Papeles S.A., “Coopropal en liquidación”.

Costas de casación a cargo del recurrente y a favor de la demandada. En su liquidación inclúyase la cantidad de seis millones de pesos (\$6.000.000,00) por concepto de agencias en derecho.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo pertinente.

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

MARGARITA CABELLO BLANCO

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado ponente
WILLIAM NAMÉN VARGAS

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011)
Discutida y aprobada en Sala de treinta (30) de agosto de dos mil once (2011)

Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01

Profiere la Corte, en sede de instancia, la sentencia sustitutiva correspondiente, en el proceso ordinario promovido por Omar Verano Lemus, Amira del Carmen Garzón Rodríguez, Luisa Fernanda y Paula Natalia Verano Garzón y Omar Andrés Verano Gracia, contra la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. y la Asociación Médica de Especialistas Pragma S.A. -Clínica Pragma S.A.-.

ANTECEDENTES

1. En la demanda, la parte demandante solicitó declarar la responsabilidad civil solidaria de las demandadas por los perjuicios causados con el fallecimiento de Aream Alexander Verano Garzón, condenarlas a pagar daños materiales y morales en las sumas resultantes debidamente actualizadas al instante del fallo, así como las costas (fls. 34-36 y 41, cdno. 1).
2. El *petitum* se soportó, en los siguientes hechos:

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

a) En el hogar formado por Omar Verano Lemus y Amira del Carmen Garzón, nacen Luisa Fernanda, Paula Natalia y el mayor Aream Alexander Verano Garzón.

b) Aream Alexander, el 12 de diciembre de 1997, por dificultades respiratorias, acudió al servicio médico de un especialista, quien después de examinarlo, le sugirió la cirugía de “*septoplastia y turbinoplastia*”, cuya práctica se programó para el 23 de ese mes y año en la Asociación Médica de Especialistas Pragma S.A., donde ingresó a las 8:00 de la mañana, realizó exámenes, constató su buen estado de salud, fue intervenido y salió las 3:30 de la tarde.

c) El 27 de diciembre siguiente, el paciente falleció por “*disfunción orgánica múltiple, sepsis, post-operatorio de septoplastia*”, según consta en la necropsia.

d) Entonces cursaba tercer semestre de Ingeniería de Sistemas en la Universidad Central, trabajaba de mensajero en la Empresa Publicar S.A. desde el 1º de abril de 1996 con último salario mensual de \$366.000, estaba afiliado a la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. al ocurrir su fallecimiento y era padre del menor Omar Andrés Verano Gracia.

e) La muerte causó a todos los demandantes daños materiales por privación de rentas de trabajo, alimentos y ayuda económica a su menor hijo durante 16 años, 9 meses y 3 días cuando terminaría sus estudios universitarios, la contribución a sus padres y hermanas, tasados en el 75% de su salario

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

actualizado con el IPC entre 1998 y 2002, y al concluir la Universidad en el año 2003, tomando \$4.000.000 mensuales, ingreso de un profesional incrementado anualmente en el 18%, con deducción del 50% para sus gastos personales; y, también morales en suma equivalente a un mil gramos oro para cada uno, o sea, cinco mil gramos oro en total.

3. Trabada la *litis*, la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A.-EPS Sanitas S.A. resistió las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y propuso las excepciones de fondo denominadas inexistencia de la obligación y del derecho alegado, en síntesis, por no existir con el fallecido relación jurídica diversa a su afiliación al plan obligatorio de salud en cuyo cumplimiento celebró contrato de prestación de servicios médico asistenciales, con POS SALUD LTDA, quien contrató a Pragma Médica S.A., responsable por la calidad del servicio, los actos u omisiones de sus profesionales y personal administrativo (fls. 53-59, cdno. 1). Notificada la otra demandada, guardó silencio (fls. 68, cdno. 1).

4. La sentencia de primer grado proferida por el Juez Promiscuo del Circuito de La Palma, en descongestión del Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, el 24 de mayo de 2006, desestimó las pretensiones, se abstuvo de pronunciarse sobre las excepciones de mérito y condenó en costas a los demandantes (fls. 471-478, cdno. 1), providencia confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, al decidir la apelación interpuesta por los demandantes en la suya de 24 de enero de 2008.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

5. La Corte, casó el fallo de segunda instancia, y decretó la práctica de un dictamen pericial el cual fue rendido, aclarado, complementado y objetado, así como los testimonios de Ubaldo Forero Sánchez, Juan de Dios Gómez Pineda y Magda Yubeth García Albarracín (fls. 85 a 95, 104 a 121, 134 a 139, 143 a 147, 155 a 159, cdno. de la Corte).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. Delanteramente, sintetizó antecedentes, *petitum*, sustento fáctico y el trámite, halló los presupuestos procesales, advirtió el ejercicio de acción indemnizatoria por responsabilidad civil contractual, memoró los artículos 2341, 2447 y 2356 del Código Civil, las posturas jurisprudenciales a propósito de la responsabilidad profesional, exigencia legal de fundar la sentencia en las pruebas y la carga probatoria del daño por la muerte de Aream Alexander el 27 de diciembre de 1997, para concluir falta probativa de las pretensiones y perjuicios.

2. En punto a la demostración del daño, consideró sin valor probatorio las fotocopias simples de los documentos públicos incorporados al no reunir los requisitos previstos en el artículo 254 del Código de Procedimiento, carencia de certeza suficiente del dictamen pericial valorado según la experiencia, por suponer sin soporte, alimentarios a los cinco actores por algunas ayudas económicas del difunto a sus hermanas para adquirir libros, lo cual no implica prestación alimentaria radicada en sus padres, cuyos ingresos se ignoran, también los aportes diarios o

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

mensuales al hijo menor, su custodia, las contribuciones y rentas de la madre, a más de la hipotética expectativa de un aparente salario por \$1.500.000 al terminar su carrera universitaria,

3. Finalmente, el *a quo*, denegó los pedimentos por ausencia de prueba, y por sustracción, consideró inocuo analizar las excepciones (fls. 471-478, cdno. 1).

EL RECURSO DE APELACIÓN

1. Los demandantes al sustentar la apelación, piden revocar la sentencia impugnada, declarar improbadas las excepciones según sus alegatos y acceder a las pretensiones.

2. En compendio, fundamentaron el recurso, en la plena demostración de la responsabilidad con pruebas suficientes, sujetas a contradicción, decretadas y practicadas por el fallador:

a) En su sentir, las copias de la investigación penal por la muerte de Aream Alexander Verano, reúnen todas las exigencias normativas, fueron decretadas a solicitud de ambas partes con autos de 29 de junio de 2000 y de 28 de enero de 2004, se libró el oficio número 0429 de 3 de marzo de 2004 a la Fiscalía Cuarta Seccional Delegada que ordenó compulsarlas y enviarlas al Juzgado Dieciocho Civil del Circuito según auto de 2 de abril de 2004 remitiéndolas con el oficio 7756 de 10 de junio de 2004, e incorporadas por auto de 11 de agosto de 2004, fueron puestas a disposición de las partes, quienes no formularon reparo ni objeción (fls. 6-7, cdno. 3).

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

b) La muerte de Aream Alexander Verano Garzón, está probada con la partida de defunción; el Instituto de Medicina Legal, Grupo de Patología Forense, precisó como causa del deceso, el síndrome de shock séptico, rara y grave complicación en las cirugías endónasales, en el caso “*directamente relacionado con la cirugía de septorrinoplastia*” por la sintomatología anormal posterior a la intervención según las declaraciones del padre y las anotaciones al ingresar a la Clínica Bochica, tres días después de practicada la septoplastia, del “*dolor y pérdida de la visión, fiebre*”, para concluir “*que no se cumplió la norma de atención*” al omitirse un examen y valoración personal completa del paciente los días 25 y 26 de diciembre de 1997; el médico, en su indagatoria, hace constar la falta de valoración el día 25 diciembre, no obstante el dolor de cabeza y fiebre, el marcado dolor en las pantorrillas el día 26 de diciembre, y en consecuencia, la inobservancia de la norma de atención médica; los daños morales se presumen, el *a quo*, pudo decretar de oficio prueba pericial, la muerte causó daños materiales y morales.

3. El Tribunal, antes del fallo, oficiosamente decretó dictamen pericial parcial por el Instituto de Medicina Legal, ordenó oficiar a la Fiscalía para verificar la orden de expedir las copias, y causas por las cuales no se autenticaron debidamente antes de remitirse (fls. 26-27, cdno. 3).

La Fiscalía, las remitió auténticas en 166 folios, aquél rindió la pericial (fls. 34-82, cdno. 3), y puestas en conocimiento de las partes, transcurrido el traslado del dictamen en silencio, profirió sentencia el 24 de enero de 2008, la cual casó la Corte.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales (cas. civ. sentencia de 19 de agosto de 1954), concurren en el *sub lite* y, no se observa, causal alguna de nulidad.

2. En el libelo genitor del proceso, Omar Andrés Verano Gracia, Omar Verano Lemus, Amira del Carmen Garzón Rodríguez, Luisa Fernanda y Paula Natalia Verano Garzón, hijo, padres y hermanas supérstites de Aream Alexander Verano Garzón, solicitan declarar la responsabilidad civil solidaria de la parte demandada por los perjuicios causados con su muerte y condenarlas a pagar los daños materiales y morales causados (fls. 34-36 y 41, cdno. 1), es decir, piden la reparación de sus daños propios.

Tal entendimiento básico de la cuestión, impone a la Corte despejar, en primer término, la legitimación en la causa, la acción ejercida y el tipo de responsabilidad pretendido.

La legitimación en la causa, o sea, el interés legítimo, serio y actual del *“titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico”* (U. Rocco, *Tratado de derecho procesal civil*, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), exige plena coincidencia *“de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva). (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)”* (CXXXVIII, 364/65), y el juez debe verificarla *“con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir*

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular” (cas. civ. sentencia de 1° de julio de 2008, [SC-061-2008], exp. 11001-3103-033-2001-06291-01).

En línea de principio está legitimada para pretender la indemnización de perjuicios toda persona a quien se causa un daño, ya de manera directa, ora refleja (art. 2342, Código Civil). Al fallecer la víctima directa, sus herederos tienen interés legítimo para reclamar no sólo sus propios daños, sino los ocasionados a su causante, y también toda persona que reciba un perjuicio por tal virtud, sea o no heredero, para pretender la indemnización de su lesión personal.

La Corte, frente a la proximidad teórica y práctica de las precitadas hipótesis, de vieja data, expresó:

“1. Cuando la víctima directa de un acto lesivo, fallece como consecuencia del mismo, sus herederos están legitimados para reclamar la indemnización del perjuicio por ella padecido, mediante el ejercicio de la denominada acción hereditaria o acción hereditatis, transmitida por el causante, y en la cual demandan, por cuenta de éste, la reparación del daño que hubiere recibido.

“Dicha acción es de índole contractual o extracontractual, según que la muerte del causante sea fruto de la infracción de compromisos previamente adquiridos con el agente del daño, o que se dé al margen de una relación de tal linaje, y como consecuencia del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás.

“Al lado de tal acción se encuentra la que corresponde a todas aquellas personas, herederas o no de la víctima directa, que se ven perjudicadas con su deceso, y mediante la cual pueden reclamar la reparación de sus propios daños. Trátase de una acción en la cual actúan jure proprio, pues piden por su propia cuenta la reparación del perjuicio que personalmente hayan experimentado con el fallecimiento del perjudicado inicial, y su naturaleza siempre es extracontractual, pues así la muerte de éste sobrevenga por la inobservancia de obligaciones de tipo contractual, el tercero

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

damnificado, heredero o no, no puede ampararse en el contrato e invocar el incumplimiento de sus estipulaciones para exigir la indemnización del daño que personalmente hubiere sufrido con el fallecimiento de la víctima-contratante, debiendo situarse, para tal propósito, en el campo de la responsabilidad extracontractual. Se trata entonces de acciones diversas, por cuanto tienden a la reparación de perjuicios diferentes. La primera, puesta al alcance de los causahabientes a título universal de la víctima inicial, que se presentan en nombre del causante, para reclamar la indemnización del daño sufrido por éste, en la misma forma en que él lo habría hecho. La segunda, perteneciente a toda víctima, heredera o no del perjudicado inicial, para obtener la satisfacción de su propio daño.

“Sobre la última ha expuesto la doctrina de la Corte que ‘...cuentan con legitimación personal o propia para reclamar indemnización las víctimas mediatas o indirectas del mismo acontecimiento, es decir quienes acrediten que sin ser agraviados en su individualidad física del mismo modo en que lo fue el damnificado directo fallecido, sufrieron sin embargo un daño cierto indemnizable que puede ser: De carácter material al verse privados de la ayuda económica que esa persona muerta les procuraba o por haber atendido el pago de expensas asistenciales o mortuorias, y de carácter puramente moral, reservados estos últimos para ‘aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima directa del accidente, se hallan en situación que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo’ (G.J. Tomo CXIX, pág. 259)’ (Cas. Civ. de 10 de marzo de 1994)” (cas. civ. sentencia de 18 de mayo de 2005, [SC-084-2005], exp. 14415)

Después, al iterar la precedente doctrina, indicó:

“El daño podrá causarse a uno o varios titulares de intereses, evento en que, en línea de principio, a cada cual, le asiste el legítimo derecho para obtener el resarcimiento de su detrimento exclusivo, singular, concreto y específico. En otros términos, tiene interés legítimo para reclamar la indemnización, todo sujeto o grupo de sujetos, a quien se causa un daño, rectius, lesión inmotivada de un derecho, valor, círculo o esfera protegida por el ordenamiento jurídico. En veces, no obstante, un sujeto está legitimado para reclamar la reparación no solo de su propio daño sino del ocasionado a otro, entre otras hipótesis, con la muerte de la víctima, por la cual sus herederos adquieren ope legis legitimación para pretender la indemnización inherente al quebranto de sus derechos.

“Más exactamente, los herederos de una persona fallecida, obtienen interés sustancial mortis causa en la acción de su causante por el daño infligido a su esfera jurídica, que ejercen por, en su lugar y para la herencia, en cuyo caso, el titular de los intereses conculcados es

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

el de cuius, la reparación concierne a éste y su fallecimiento comporta la transmisión per ministerium legis de su derecho (artículos 1008, 1011, 1040, 1045, 1155, Código Civil). Se trata de la acción correspondiente a la víctima transmitida por la muerte a sus herederos para resarcir el daño por el detrimento de sus derechos, valores e intereses jurídicamente protegidos, diferente a la personal por el menoscabo directo, propio e individual experimentado por un sujeto a consecuencia de la defunción del causante, respecto de cuya indemnización tiene legítimo interés. Son acciones distintas por sus titulares, derechos quebrantados y finalidad resarcitoria de daños diferentes; en el primer caso, el heredero ejerce la acción iure hereditatis o transmitida por causa de muerte, y en el segundo, la propia, iure proprio respecto de su daño, y el detrimento recae sobre intereses de diversos titulares, cuyo contenido y extensión, atañe al menoscabo recibido por cada cual" (cas. civ. sentencia sustitutiva de 9 de julio de 2010, exp. 11001-3103-035-1999-02191-01).

En lo atañadero a la responsabilidad civil en general, y a la médica, en particular, conocida es su clasificación en contractual o extracontractual (cas. civ. sentencias de marzo 5 de 1940, 26 de noviembre de 1986, 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430). Aquélla, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad (cas. civ. sentencia de 12 de julio de 1994, exp. 3656). En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño.

En ocasiones, sin embargo, la determinación exacta del tipo de responsabilidad suscita algún grado de dificultad. Por esta virtud, *"la Corte, en su prístino propósito de administrar y lograr la justicia, sin desconocer la dicotomía normativa entre la responsabilidad contractual y extracontractual por sus directrices o reglas jurídicas diferenciales (cas. civ. 30 de octubre de 1915, num. 1953, p. 118 ss.; cas. civ. 31 mayo 1938, XLVI, p. 572 ss.; 25 de noviembre de 1938, XLVII, 411; 5 de*

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

marzo de 1940, un. 1953, p. 118; 2 de septiembre de 1941, LII, 33; 25 de febrero de 1942, LIII; SNG, 14 de marzo de 1942, XII, 937; 21 de septiembre de 1944, LVII, 598; 31 de julio de 1949, XLIX, 625; 4 de agosto de 1950, LXVII, 764; 20 de abril de 1954, LXXVII, 375; 2 de mayo de 1970, CXXXIV, 124; cas. civ. 11 de mayo de 1970, nums. 2326 a 2328, pp. 123 ss.; cas. civ. sentencia del 1º de octubre de 1987, CLXXXVIII, pp. 243 ss.; cas. civ. de 28 de junio de 1989 – reiterada en cas. civ. de 27 de junio de 1990; 15 de abril de 1997, exp. 4422; cas. civ. 31 de julio de 2000 [SC-118-2000], exp. 5774; 30 de enero de 2001, exp. 5507; cas. civ. 4 de abril de 2001, [SC-065-2001], exp. 6436; cas. civ. de 12 de agosto de 2002; 31 de marzo de 2003. Exp. 7142; 15 de octubre de 2004, exp. 6199; sentencia del 30 de junio de 2005, expediente No. 1998-00650-01; 18 de octubre de 2005, exp. 14491; 19 de diciembre de 2005, exp. 1996-5497-01; 22 de marzo de 2007, exp. 05001-3103-000-1997-5125-01), ni las críticas (C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. privato*, 2004, 69; *Id.*, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, 555; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989, 19 ss.; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, voce dell'Enc. giur. Treccani, Roma, 1991, § 1; *Id.*, *Trattato breve della responsabilità civile*, 2ª. ed., Cedam, Padua, 1999, pp. 197 ss.; *id.* *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 158; R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in G. Visintini (a cura di) *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, p. 158) y futuro de la distinción (GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. critica dir. privato*, 1987, 79 y ss.; Geneviève VINEY, *Tratado de derecho civil, Introducción a la responsabilidad*, trad. es. F. Montoya M., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, no. 245, pp. 524 ss.: '(...) nos parece que, en el porvenir, la distinción entre responsabilidades contractual y extracontractual está llamada a perder su importancia en provecho de otra distinción, que tiende hoy a afirmarse cada vez más, entre el 'derecho general' o 'derecho común' y los regímenes especiales de responsabilidad civil'), ha admitido, en determinadas hipótesis, el deber resarcitorio del quebranto inferido a sujetos diversos, precisamente en repudio de la impunidad a que conduciría la

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

exclusión de la reparación del daño inmotivado causada a la esfera tutelada por el ordenamiento jurídico, verbi gratia, en tratándose de los intereses de consumidores y usuarios cuya protección ‘no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial (sentencia de 28 de julio de 2005, exp. 00449-01), puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante’ (cas. civ. 7 de febrero de 2007, exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01, [SC-016-2007]) y, de la responsabilidad médica, por cuanto, en oportunidades, unos mismos hechos, actos o conductas, a más de lesionar el contrato y, por tanto, los derechos e intereses de las partes contratantes, pueden generar un detrimento a terceros extraños al vínculo contractual, o sujetos distintos pueden causar el quebranto a una misma persona o a varias personas bajo distintas relaciones o situaciones jurídicas o diversos títulos de imputación, por ello legitimados para reclamarlos de conformidad con las normas legales (cas. civ. 11 de septiembre de 2002 [SC-172-2002], exp. 6430; 13 de septiembre de 2002, exp. 6199; 27 de septiembre de 2002, exp. 6143; 18 de mayo de 2005, exp. 14405)” (cas. civ. sentencia de 4 de mayo de 2009, exp. 05001-3103-002-2002-00099-01).

La Sala, en situaciones como las reseñadas, acentúa el deber legal del juzgador de interpretar la demanda para ubicar con exactitud la responsabilidad civil, particularmente en casos de confusión, duda o anfibología sobre su naturaleza contractual o extracontractual. A este respecto, “*cuando el lenguaje de la demanda, sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables en tan delicada materia’ (CLXXXVIII, 139), para ‘no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal’ (CCXXXIV, 234), ‘el juzgador está obligado a interpretarla en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del*

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos’, realizando ‘un análisis serio, fundado y razonable de todos sus segmentos’, ‘mediante su interpretación racional, lógica, sistemática e integral’ (cas. civ. sentencia de 27 de agosto de 2008, [SC-084-2008], expediente 11001-3103-022-1997-14171-01, énfasis de la Sala), ‘siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho’, bastando ‘que ella aparezca claramente en el libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda’ (XLIV, p. 527; XIV, 488 y 833; LXI, 460; CXXXII, 241; CLXXVI, 182 y CCXXV, 2ª parte, 185)” (cas. civ. sentencias de 6 de mayo de 2009, Exp. N° 11001-3103-032-2002-00083-01; 3 de noviembre de 2010, exp. 20001-3103-003-2007-00100-01), “de manera que en procura de evitar el sacrificio del derecho sustantivo, pueda enmendar con su actividad dialéctica la confusa presentación de los hechos, de las pretensiones o de las excepciones que hayan efectuado las partes intervinientes en el proceso” (cas. civ. sentencia de 11 de julio de 2000, exp. 6015).

Aplicada la citada doctrina jurisprudencial, del análisis lógico, sistemático, integral, fundado y razonable de la demanda no obstante calificar de contractual la responsabilidad civil, a simple vista refulge el reclamo por los demandantes de la reparación de sus propios daños, esto es, actúan *iure proprio*, piden para sí y por sí perjuicios personales por la muerte de la víctima directa (pretensiones declarativas y de condena, hechos primero a noveno, estimativo de perjuicios materiales (fls. 34-37, cdno. 1).

Justamente, la conjugación de esas circunstancias, y la interpretación de la demanda, patentiza que la responsabilidad suplicada por los demandantes mediante el ejercicio de la acción *iure proprio*, “es *extracontractual*”, por tratarse de terceros ajenos

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

al vínculo, quienes no pueden invocar el contrato para exigir la indemnización de sus propios daños *“con el fallecimiento de la víctima-contratante, debiendo situarse, para tal propósito, en el campo de la responsabilidad extracontractual”* (cas. civ. sentencia de 18 de mayo de 2005, [SC-084-2005], exp. 14415).

En punto a la legitimación en la causa por pasiva, la demanda se dirige contra la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. y la Asociación Médica de Especialistas Pragma S.A.-Clínica Pragma S.A. por la muerte de Aream Alexander Verano Garzón a consecuencia de la intervención quirúrgica practicada el 23 de diciembre de 1997, la infección posterior a la cirugía, falta de seguimiento, control o atención oportuna, y por consiguiente, la inobservancia de su deber legal de garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud previstos en el POS para obtener el mejor estado de salud de sus afiliados, lo cual pone de presente el interés para deducir en su contra la pretensión.

Pertinente advertir, en las voces del artículo 177 de la Ley 100 de 1993 (D.O. 41148, 23 de diciembre de 1993), por la cual se crea el sistema de seguridad social integral conformado con los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por la ley para la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la Constitución Política, la función básica de las Entidades Promotoras de Salud de *“organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”*, y la de *“establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios*

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud” (artículo 177, num. 6º, *ibídem*, subraya la Sala), que les impone el deber legal de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud, por cuya inobservancia comprometen su responsabilidad, sea que lo presten directamente o mediante contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y profesionales respectivos (artículo 179, *ejusdem*).

Es principio del sistema organizado, administrado y garantizado por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), la calidad en la prestación de los servicios de salud, atención de las condiciones del paciente según las evidencias científicas, y la provisión “*de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada*” (artículo 153, 3.8, Ley 100 de 1993).

En idéntico sentido, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), son responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, organizar y garantizar la prestación de los servicios integrantes del POS, orientado a obtener el mejor estado de salud de los afiliados, para lo cual, entre otras obligaciones, han de establecer procedimientos garantizadores de la calidad, atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (art. 2º, Decreto 1485 de 1994).

Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.

La responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual. Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS *“en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”*, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los *“contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados”* y los planes complementarios. *Contrario sensu*, la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual.

Ahora, cuando se ocasiona el daño por varias personas o, en cuya causación intervienen varios agentes o autores, todos son solidariamente responsables frente a la víctima (art. 2344, Código Civil; cas. civ. sentencias de 30 de enero de

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430; 18 de mayo de 2005, SC-084-2005], exp. 14415).

Ostensible, es la legitimación en la causa por pasiva de la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. y la Asociación Médica de Especialistas Pragma S.A.-Clínica Pragma S.A., de quienes, según quedó sentado, se pretende la responsabilidad civil solidaria por los daños reclamados a título personal por el hijo, padres y hermanas a causa del fallecimiento de Aream Alexander Verano con ocasión de la prestación de los servicios médicos.

3. Centrada la Corte en la rogada responsabilidad, y concebida la civil como el deber legal de reparar, resarcir o indemnizar el quebranto inmotivado de un derecho, bien, valor o interés jurídicamente protegido, para su surgimiento es menester la concurrencia íntegra de sus elementos estructurales conforme a su clase o especie, cuya demostración, salvo norma expresa contraria corresponde al demandante.

La responsabilidad civil médica, modalidad específica de la profesional, configura sistema compuesto por la proyección e incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad sicofísica de la persona, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales del sujeto. La salud, es derecho fundamental vinculado a la vida e integridad de las personas, base cardinal indisociable sin la cual el orden jurídico constituiría un simple enunciado vacuo, teórico e inocuo. La prestación del servicio médico y los servicios de salud, constituye derecho esencial del ser humano con singular y reforzada tutela normativa, a punto de ser deber constitucional del Estado, las instituciones prestadoras y del profesional. La protección de la

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

vida humana, salud, dignidad y libertad de la persona, el principio de solidaridad social, reconduce las directrices tradicionales de la responsabilidad más allá de la relación directa médico paciente o de la naturaleza intelectual, liberal y discrecional de la profesión médica (artículos 11, 13, 44, 48, 49, 78, 95 y 366 Constitución Política; Ley 23 de 1991, art. 1º, “*El respeto por la vida humana y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual*”).

A las pautas generales de la responsabilidad civil, y a las singulares de la profesional, aúnanse las reglas, normas, o directrices específicas reguladoras del arte, ciencia o profesión con los cánones o principios científicos o técnicos de su ejercicio (*Lex artis*), según criterios o procederes usuales en cierto tiempo y lugar, el conocimiento, avance, progreso, desarrollo y estado actual (*Lex artis ad hoc*).

La actividad médica, en la época contemporánea más dinámica, eficiente y precisa merced a los adelantos científicos y tecnológicos, cumple una función de alto contenido social. Al profesional de la salud, es exigible una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte, sobre él gravitan prestaciones concretas, sin llegar a extremo rigor, considerada la notable incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad de las personas. En este contexto, por regla general, la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, entendida no como error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la *lex artis*, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección en la salud de las personas (arts. 12, Ley 23 de 1981 y 8° decreto 2280 de 1981), naturalmente *"el médico, en el ejercicio de su profesión, está sometido al cumplimiento de una serie de deberes de diversa naturaleza"*, incluso éticos componentes de su *lex artis* (cas. civ. sentencia de 31 de marzo de 2003, exp. 6430), respecto de los cuales asume la posición de garante frente a la sociedad y a los usuarios del servicio.

Justamente, la civil médica, es una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, *in solidum* si fueren varios los autores, pues *"el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas"* (cas. civ. sentencia de 13 de septiembre de 2002, exp. 6199).

Tratándose de la responsabilidad civil extracontractual médica, indispensable demostrar sus elementos, en particular el acto o hecho dañoso, imputable a título de dolo o culpa, el daño y la relación de causalidad, cuya carga probatoria corresponde al

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

demandante, sin admitirse *“un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras”, ni se oponga a “que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 Ibídem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur” (cas. civ. sentencia de 22 de julio de 2010, exp. 41001 3103 004 2000 00042 01).*

4. Sentadas las premisas anteriores, las pruebas del proceso acreditan:

a) La afiliación de Aream Alexander a la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A., el contrato entre ésta y POS Salud Ltda., el suscrito con la Asociación Médica de Especialistas Pragma S.A. -Clínica Pragma S.A.-, así como la práctica de la cirugía a través del médico Guerrero Indaburu designado por la última, están debidamente demostrados (fls. 13, 99-95, 118-202, cdno. 1).

b) El buen estado de salud preexistente a la cirugía de Aream Alexander consta en la historia clínica que consigna el resultado del examen físico practicado el 12 de diciembre de 1997 (fls. 16-20, cdno. 1), el formato de afiliación a Sanitas suscrito el 10 de abril de 1996 (fl. 13, cdno. 1), el testimonio de Ubaldo Forero Sánchez (*“era un muchacho sano, sin problemas de salud, sin vicios, no tomaba trago”*; fls. 87 y 88, cdno. 1) y el de Juan de Dios Gómez Pineda (*“el estado de salud de Aream era perfecto,*

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

nunca le conocí ningún inconveniente de salud (...) salvo el de respirar”; fls. 88 y 89, cdno. 1).

c) La historia clínica del paciente (fls. 16-27, cdno. 1), reconocida por el médico tratante Guerrero Indaburu (fl. 86, cdno. 1), registra la cirugía practicada el 23 de diciembre de 1997, la atención médica el 26 siguiente, sin indicación del estado de salud y la información postoperatoria es deficiente.

Debe puntualizarse la relevancia de la historia clínica. Por mandato normativo, la historia clínica consigna de manera cronológica, clara, precisa, fidedigna, completa, expresa y legible todo el cuadro clínico en las distintas fases del acto médico desde su iniciación hasta su culminación, a partir del ingreso del paciente a una institución de salud a su salida, incluso en la rehabilitación, seguimiento y control; contiene el registro de los antecedentes, y el estado de salud del paciente, la anamnesis, el diagnóstico, tratamiento, medicamentos aplicados, la evolución, el seguimiento, control, protocolo quirúrgico, indicación del equipo médico, registro de la anestesia, los estudios complementarios, la ubicación en el centro hospitalario, el personal, las pruebas diagnósticas, etc. Trátase de un documento probatorio sujeto a reserva o confidencialidad legal cuyo titular es el paciente y cuya custodia corresponde al profesional o prestador de salud, al cual puede acceder aquél, el usuario, las personas autorizadas por éstos, el equipo de salud y las autoridades competentes en los casos legales, ostenta una particular relevancia probatoria para valorar los deberes de conducta del médico, la atención médica al paciente, su elaboración en forma es una obligación imperativa del profesional e instituciones prestadoras del servicio, y su omisión u observancia defectuosa, irregular e incompleta, entraña importantes consecuencias, no sólo en el ámbito disciplinario sino

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

en los procesos judiciales, en especial, de responsabilidad civil, por constituir incumplimiento de una obligación legal integrante de la respectiva relación jurídica.

d) El consentimiento de Aream Alexander Verano “a la intervención de septoplastia -turbinooplastia”, compromisos y recomendaciones del formato “programa de cirugía ambulatoria y de corta estancia” de la Clínica Pragma reconocido por el médico (fl. 86, cdno. 1), no está diligenciado, carece de fecha y firmas (fl. 18, cdno. 1), ni hay otra prueba del mismo.

Al respecto, adviértase la medular trascendencia del consentimiento informado, obligación legal del profesional de la salud, cuya omisión no sólo vulnera los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, igualdad y libertad, sino la relación jurídica, “como quiera que los negocios jurídicos de esta especie -y así el acto médico obrase exclusivamente en cumplimiento de un deber legal-, recae nada más ni nada menos que sobre la vida, la salud y la integridad corporal de las personas, por manera que el carácter venal que de suyo caracteriza los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos de derecho privado, en este escenario se ve, por fortuna, superado por el humanístico que es propio de la actividad médica. Más que un mercado o una clientela que cultivar, los posibles usuarios de los servicios médicos, incluyendo los meramente estéticos o de embellecimiento, son ampliamente acreedores de un trato acorde con la naturaleza humana, de modo que la obtención de su consentimiento para la práctica de un acto médico exige el que, en línea de principio, se le haga cabalmente conocedor de todas las circunstancias relevantes que puedan rodear la actuación del médico, obviamente en la medida en que este las conozca o deba conocerlas” (cas. civ. sentencia de 19 de diciembre de 2005, [S-385-2005], exp. 05001 3103 000 1996 5497- 01).

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

El médico, en efecto, *“no expondrá al paciente a riesgos injustificados”*, suministrará información razonable, clara, adecuada, suficiente o comprensible al paciente acerca de los tratamientos médicos y quirúrgicos *“que puedan afectarlo física o síquicamente”* (art. 15, Ley 23 de 1981), la utilidad del sugerido, otras alternativas o su ausencia, el *“riesgo previsto”* por reacciones adversas, inmediatas o tardías hasta el cual va su responsabilidad (artículos 16, Ley 23 de 1981 y 10, Decreto 3380 de 1981), deber que cumple *“con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico”* (artículo 10, Decreto 3380 de 1981).y dejará constancia *“en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla”* (artículo 12, Decreto 3380 de 1981).

En torno al interés jurídico quebrantado, una opinión la remite a la conculcación de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, dignidad, libertad o autonomía para disponer de su propio cuerpo o vida y decidir si rehúsa o somete al tratamiento u opta por otros, limitando la reparación al daño moral, porque el causado a la vida o salud de la persona es diferente, carece de relación causal con el incumplimiento de la obligación, el consenso omitido y se presentaría aún obtenido. Otra, acentúa el quebranto de la relación jurídica prestacional o asistencial médica al incumplirse el deber legal de informar y obtener el consentimiento del paciente para someterse al tratamiento o procedimiento, por no haberlo aceptado y concernir no sólo a tales derechos, sino a la vida, salud e integridad sicofísica de la persona. En esta línea, una postura, empero limita la responsabilidad a los riesgos típicos o previstos y permite la

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

exoneración con la demostración que a pesar del cumplimiento de la prestación de informar y obtener el consentimiento informado, el daño se habría generado de todas formas. Alguna, incluso la extiende a los riesgos imprevistos, todos los cuales asume el médico.

Para la Sala, la omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad sicofísica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado, “[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto” (artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al “paciente a riesgos injustificados” (artículo 15, *ibídem*), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos *expressis verbis*, pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulnera la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

El consentimiento informado, es un acto dispositivo espontáneo, esencialmente revocable, singular al tratamiento o intervención específica, recepticio, de forma libre o consensual, puede acreditarse con todos los medios de prueba, *verbi gratia*, documental, confesión, testimonios, etc., y debe ser oportuno.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

e) La partida civil de defunción prueba la muerte de Aream Alexander Verano Garzón el día 27 de diciembre de 1997, y anota por causa: *“DISFUNCIÓN ORGÁNICA MÚLTIPLE.- SEPSIS.- POST OPERATORIO DE SEPTOPLASTIA”* (fl. 4, cdno. 1).

f) La certificación del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses conforme al protocolo de necropsia 6372-97 realizada el 28 de diciembre de 1997, concluye por *“causa de la muerte: disfunción orgánica múltiple, sepsis”* (fl. 33, cdno. 1), su ampliación, el choque séptico con antecedente de septoplastia, y explica que *“el shock séptico es una rara y grave complicación de cirugías endonasales (...) El paciente presentó la aparición de la sintomatología entre 30 a 36 horas después de la cirugía, de manera que se consideró en este caso que estos síntomas estaban relacionados directamente con la cirugía de septorrinoplastia. Se registra también que esta complicación no está relacionada con un mal procedimiento o indebida atención médica durante el procedimiento quirúrgico. Los signos y síntomas que presentó el paciente se atribuyen al shock séptico”*. (fls. 62 a 64, cdno. copias Fiscalía), o sea, la causa de la muerte obedece al shock séptico presentado después de la cirugía endonasal, aspecto confirmado por la Fiscalía al calificar el mérito de la investigación penal, en cuanto, *“[e]n el sub-examine, no existe la menor duda que la muerte de Aream Alexander Verano Garzón fue determinada por los gérmenes nocivos que le sobrevinieron en su organismo a consecuencia de la septoplastia a que fue sometido ese 23 de diciembre del año 97”* (fls. 152 a 157, cdno. copias Fiscalía).

g) La indagatoria rendida el 15 de noviembre de 2000 por el médico Luis Carlos Guerrero Indaburu, demuestra su conocimiento antelado sobre los riesgos de la cirugía endonasal, sintomatología ulterior del paciente después de practicársela con

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

dolor de cabeza, fiebre y ceguera, traslado a un hospital de nivel tres, ausencia de seguimiento y oportuna valoración.

Al respecto, dijo que “[e]l comportamiento de la nariz como filtro inicial de las infecciones del organismo, hace que esta sea de por sí una cavidad séptica, es decir infectada, pero curiosamente las intervenciones quirúrgicas de la nariz muy excepcionalmente se infectan”; señaló, entre otros signos patológicos, “rubor, dolores locales (...), fiebre”, afección que señaló podía “llegar hasta la infección generalizada o septicemia (...) y en casos muy avanzados hay compromiso multisistémico o sea cerebral real, hepático, que puede llegar a conducir al paciente a la muerte”, y reconoció que “[e]l día 25 de diciembre me llamó la mamá de Alexander para informarme que le dolía la cabeza y que tenía fiebre (...) por lo cual lo cité para el día siguiente (...) pues en ese momento consideré que no ameritaba verlo de inmediato. El día 26 lo atendí en mi consultorio después de la una de la tarde, le retiré los vendajes de la nariz y lo examiné no encontrando fiebre, ni dolor de cabeza, se encontraba lúcido, consciente, orientado (...) y solamente refería un marcado dolor en las pantorrillas, que para mí en ese momento y como síntoma aislado sin relación con la cirugía, solamente requería calmante y antiinflamatorio (...) y regresar a control dos días más tarde (...) Aproximadamente a las cuatro de la tarde, es decir, dos horas después de salir de mi consultorio me llamó la doctora Alba Galvis, de la Clínica Bochica, para informarme que mi paciente estaba ciego, ante lo cual le dije que era urgente contactar un oftalmólogo (...) pero me respondió que no tenían (...) le dije a la doctora que era urgente consultar un neurólogo, pero me dijo que en el momento no disponía (...) ante tal situación me comuniqué de inmediato con la mamá de Alexander y le explique que la situación era muy grave y que debía trasladarlo de inmediato a un hospital de nivel tres (...), aproximadamente a las nueve de la noche me llamó la mamá para informarme que (...) lo habían examinado en urgencias del Hospital San Ignacio (...) y habían resuelto dejarlo hospitalizado, le pedí que me mantuviera informado y al día siguiente a las seis de la mañana me

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

llamó nuevamente la mamá para decirme que (...) estaba en la unidad de cuidado intensivo (...) ante lo cual me trasladé de inmediato al hospital y pocos minutos de yo llegar (...) falleció” (fls. 134, 135 y 137).

Conforme a tal inteligencia del médico sobre los riesgos de la operación, síntomas y consecuencias de una sepsis, no se explica cómo, enterado inicialmente (al segundo día de la operación) del dolor de cabeza y fiebre, estimó “*que no ameritaba verlo de inmediato*”, citándolo para el día siguiente, consulta en la que avisado del “*marcado dolor en las pantorrillas*”, olvidó lo referido el día anterior y lo evaluó “*como síntoma aislado sin relación con la cirugía*”, recetándole “*calmante y antiinflamatorio*”. Tampoco resulta comprensible que si desde las 4:00 p.m. del 26 de diciembre (dos horas después de la consulta), conoció por la médica de la Clínica Bochica la ceguera de Aream y por la madre del paciente estuvo al corriente que a las 9:00 p.m. de ese día ya estaba internado en el hospital San Ignacio y a las 6:00 a.m. del día siguiente en la unidad de cuidados intensivos, sólo concurrió a verlo momentos antes de su fallecimiento, esto es, 14 horas después de desatarse los acontecimientos catastróficos. Lo anterior coincide con los testimonios rendidos en el proceso penal por Amira del Carmen Garzón de Verano (fl. 120, cdno. copias Fiscalía) y Omar Verano Lemus (fl. 11, cdno. copias de la Fiscalía).

h) El Dictamen pericial decretado por el Tribunal y rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (número BOG-2007-034383, oficio 83908 de 9 de noviembre de 2007; fls. 26-27, 66-76, cdno. 3), indica la información deficiente registrada en la historia clínica, describe la septoplastia, anota “*una atención médica el 26 de diciembre la cual es insuficiente*”, los signos y síntomas de la falla orgánica multisistémica, los cambios

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

generalizados “de sepsis y evidencia de intervención quirúrgica nasal recientes” en la autopsia, el “choque séptico con antecedente de intervención quirúrgica tipo septoplastia” como causa de la muerte, y precisa que “la información disponible en este sentido solo permite relacionar la causa de muerte con un proceso séptico (infeccioso) generalizado que lleva a la falla de los órganos del individuo, razón por la cual finalmente fallece. Se interpretó este proceso infeccioso como Síndrome de Shock tóxico, que para el caso que nos ocupa está relacionado con el antecedente de la intervención quirúrgica, y que corresponde a una complicación inherente al procedimiento”.

Del trabajo pericial precedente, destaca que el shock séptico es “rara y grave complicación de cirugías endonasales, que consiste en una reacción multisistémica a la toxina estafilococo dorado. El paciente presentó la aparición de sintomatología entre 30 a 36 horas después de la cirugía”, “están relacionados directamente” con ésta, no con el “mal procedimiento o indebida atención médica durante el procedimiento quirúrgico”, “el pronóstico o desenlace de esta complicación depende del momento en que se realice el diagnóstico a partir del cual debe manejarse en institución intrahospitalaria de tercer nivel”, respecto al comportamiento del profesional “se considera que no se cumplió la norma de atención en primer lugar en cuanto a que el día 25 de diciembre, al comunicarle telefónicamente el estado del paciente, debió haberse realizado un control personal y valoración completa del paciente para valorar la posibilidad de una complicación o necesidad de hospitalización (...) y se debió considerar la posibilidad infecciosa del procedimiento (...) durante el control del 26 de diciembre a la 1.30 pm tampoco hubo una valoración adecuada del paciente, puesto que en este momento ya se encontraba en shock séptico y el médico tampoco lo relacionó con el evento inicial de la intervención quirúrgica”, ultimando los expertos que “aunque el síndrome del shock séptico que causó la muerte (...) no era previsible y se considera una complicación muy rara de procedimientos endonasales, el médico tratante debe permanecer

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

alerta en caso de que aparezcan signos de alarma (...) En estos dos eventos se considera que no se cumplió la norma de atención” (fls. 69-70, cdno. 3).

Para la Corte, es incontestable la responsabilidad civil extracontractual de las demandadas por el acto del médico, la muerte del paciente afiliado por la infección sobrevenida después de la cirugía, la falta de atención oportuna y eficiente, el daño y la relación de causalidad, según acreditan las pruebas precedentes, actos que comprometen en forma solidaria a la Entidad Promotora de Salud y a la Institución Prestadora de Salud, por lo expuesto con antelación.

Por consiguiente, las denominadas excepciones de fondo interpuestas por la demandada de inexistencia de la obligación a cargo de la E.P.S. Sanitas S.A. e inexistencia del derecho alegado por la parte demandante, carecen de vocación de prosperidad.

A no dudarlo, E.P.S. Sanitas S.A. para la prestación de los servicios médicos asistenciales del POS a sus afiliados y beneficiarios, contrató los servicios de POS Salud LTDA, y ésta a la Clínica Pragma S.A. quien designó al médico para la práctica de la cirugía, Aream Alexander estaba afiliado a E.P.S. Sanitas S.A., estando legitimados los padres, hermanas e hijo del fallecido para ejercer la acción promovida y reclamar el daño directo y personal experimentado por su muerte. EPS Sanitas S.A., prestó al afiliado Aream Alexander el servicio a través de la IPS contratada. Desde luego, Aream Alexander y sus causahabientes no son parte de la relación jurídica contractual existente entre POS Salud Ltda. y E.P.S. Sanitas S.A., y por esto, el contrato y la invocada exoneración de responsabilidad conforme a lo pactado

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

en sus cláusulas (fls. 53-59, cdno. 1), no es oponible en forma alguna a terceros, y en su caso, vincula exclusivamente a las partes. Por lo anterior, las excepciones serán desestimadas.

5. Establecida la responsabilidad de las personas jurídicas demandadas, los demandantes piden la indemnización de daños patrimoniales ocasionados con la muerte de Aream Alexander Verano Garzón, a sus padres Omar Verano Lemus y Amira del Carmen Garzón, hermanas Luisa Fernanda y Paula Natalia Verano Garzón, por la ayuda económica del fallecido para éstos, al hijo menor Omar Andrés Verano Gracia por alimentos, contribución y sostenimiento durante 16 años, 9 meses, 3 días cuando terminaría estudios universitarios.

Estiman los perjuicios patrimoniales en \$3.903.390,00 para 1998; \$4.527.932,40 durante 1999; \$5.342.960,16 en el año 2000; \$6.304.608,96 en el 2001, y \$7.439.463,36 en 2003, incrementadas con el IPC y, a partir del año 2003, al terminar su carrera universitaria, piden aplicar \$4.000.000,00 mensuales por ingreso profesional, deducir el 25% como gastos de sostenimiento y, distribuir el 75% restante a los familiares. Solicitan, igualmente, reparar los daños morales en suma equivalente a mil gramos oro para cada uno.

En materia indemnizatoria, *“la premisa básica consiste en la reparación del daño causado, todo el daño y nada más que el daño, con tal que sea cierto en su existencia ontológica”*, y ha puntualizado la Sala:

“En el ámbito normativo, la noción de daño comprende toda lesión a un interés tutelado, ya presente, ora posterior a la conducta generatriz, y en lo tocante al daño patrimonial, la indemnización cubija las compensaciones económicas por pérdida, destrucción o deterioro del patrimonio, las erogaciones, desembolsos o gastos ya

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

realizados o por efectuar para su completa recuperación e íntegro restablecimiento, y el advenimiento del pasivo (damnum emergens), así como las relativas a la privación de las utilidades, beneficios, provechos o aumentos patrimoniales frustrados que se perciben o percibirían de no ocurrir los hechos dañosos (lucrum cessans), esto es, abarca todo el daño cierto, actual o futuro (arts. 1613 y 1614 Código Civil; 16, Ley 446 de 1998; cas. civ. sentencia de 7 de mayo de 1968, CXXIV).

“En tratándose del daño, y en singular, del lucro cesante, la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión.

“La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética (cas. civ. sentencias de 11 de mayo de 1976, 10 de agosto de 1976, G.J. No. 2393, pp. 143 y 320).

“Las más de las veces, el confín entre la certeza y el acontecer ulterior, es extremadamente lábil, y la certidumbre del daño futuro sólo puede apreciarse en un sentido relativo y no absoluto considerada la elemental imposibilidad de predecir con exactitud el desenvolvimiento de un suceso en el porvenir, por lo cual, se remite a una cuestión de hecho sujeta a la razonable valoración del marco concreto de circunstancias fácticas por el juzgador según las normas jurídicas, las reglas de experiencia, la lógica y el sentido común (cas. civ. sentencia de 24 de junio de 1999, exp. 4424).

“Justamente, la jurisprudencia de esta Corte cuando del daño futuro se trata y, en particular, del lucro cesante futuro, ha sido explícita ‘en que no es posible aseverar, con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho’, acudiendo al propósito de determinar ‘un mínimo de razonable certidumbre’ a ‘juicios de probabilidad objetiva’ y ‘a un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del ‘lucro cesante’ y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

con el rigor debido' (cas. civ. sentencia de 4 de marzo de 1998, exp. 4921).

"Más exactamente, el daño eventual no es resarcido, 'por no ser cierto o no haber 'nacido', como dice la doctrina, dejando a salvo los eventos de pérdida de una probabilidad' (cas. civ. sentencias de 5 de noviembre de 1998, exp. 5002, 9 de agosto de 1999, [S-033-99], exp. 4897), y en estrictez, en tanto no se puede profetizar ni conocer razonablemente su ocurrencia, es decir, su existencia es una simple conjetura, descartando per se, incluso la simple posibilidad de su acaecimiento. Tal es el caso, de los simples sueños, hipótesis, suposiciones, fantasías e ilusiones carentes de todo margen razonable de probabilidad objetiva en su acontecer. Contrario sensu, el daño actual, o sea, aquel cuya realidad perceptible es constatada con certeza objetiva en su materialidad, al momento de su ocurrencia o del fallo, y, el daño futuro que, en proyección de situaciones consolidadas o de concretas situaciones entonces existentes en vía de consolidarse, acaecerá en el porvenir según una verosímil, fundada y razonable previsión, es reparable por cierto.

"En este contexto, el lucro cesante como preconiza la jurisprudencia reiterada de esta Corporación y entendió el ad quem, parte de 'una situación concreta, tangible, que debe estar presente al momento de surgir la lesión del interés jurídicamente tutelado', es 'indemnizado cuando se afinsa en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente' (cas. civ. sentencia de 24 de junio de 2008, [S-055-2008], exp. 11001-3103-038-2000-01141-01), es decir, es menester una situación concreta, real y sólida al instante del detrimento a consecuencia de cuya ruptura se prolonga en el tiempo el efecto nocivo o, a lo menos, una situación cierta en proceso de consolidación en la época del evento dañino, hipótesis en la que, por supuesto, se requiere previamente constatar su existencia para proyectar la privación de las utilidades. De este modo, el lucro cesante implica el quebranto de un interés lucrativo por su naturaleza intrínseca o por disposición legal o negocial, generador de una utilidad que se percibe o percibiría y deja de percibirse a consecuencia del daño, es decir, obedece a una situación real, susceptible de constatación física, material u objetiva, y excluye la eventualidad de hipotéticas ganancias, cuya probabilidad es simplemente utópica o remota" (cas. sentencia de 9 de septiembre de 2010, exp. 17042-3103-001-2005-00103-01, reiterada en cas. civ. de 16 de mayo de 2011, exp. 52835-3103-001-2000-00005-01.

Respecto de la carga probatoria y forma de probar el
daño, señaló:

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

“3.Sentado lo anterior, cumple advertir que, para indemnizar un daño, además de su existencia cierta, actual o posterior, es menester su plena demostración en proceso con elementos probatorios fidedignos, existiendo a propósito libertad en la prueba, y por ende, salvo norma expresa en contrario, son idóneos todos los medios permitidos por el ordenamiento, dentro de éstos, la confesión de parte, los testimonios de terceros, los documentos, los indicios, las inspecciones judiciales y dictámenes periciales.

“En el mismo sentido, ‘toda ‘decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso’, sujetas a su valoración racional e integral ‘de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos’ (artículos 174 y 187 C. de P.C.), correspondiendo al demandante y no al juez la carga probatoria (actori incumbit probatio) con elementos probatorios idóneos, y sujetos a contradicción y, en contrapartida, al demandado demostrar in contrario (reus in excipiendo fit acto), pues, al tenor del artículo 177 del C. de P.C. ‘incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen’, cuestión que en la autorizada opinión de Francisco Carnelutti ‘se desarrolla en procura de demostrar los supuestos fácticos que sustentan su proposición. También la noción de carga de la prueba incluye para el juzgador una regla de juicio que le indica cómo debe fallar cuando no encuentra la demostración de los hechos en que se fundamenta la pretensión o la excepción’ y ‘se traduce en la obligación del juez de considerar existente o inexistente un hecho según que una de las partes le ofrezca o no la demostración de su inexistencia o de su existencia’ (La Prueba Civil, Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 219 ss.)” (cas. civ. sentencia de 25 de enero de 2008, [SC-002-2008], exp. 00373).

“Probado el daño es pertinente establecer el quantum debetur según los elementos de convicción del proceso, desde luego que, la prueba del quebranto y la de su cuantía son asuntos diferentes, el juzgador para establecerla debe ejercer sus facultades oficiosas (incisos 1º y 2º del art. 307 del C. de P. Civil; cas. civ. sentencia de 9 de agosto de 1999, [S-033-99], exp. 4897) cuando están acreditados los perjuicios, y toda vicisitud probatoria respecto del monto de la indemnización no excluye su reconocimiento, cuya valoración ‘atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales’ (artículos 16, Ley 446 de 1998, 230 de la C. P., 32 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887; cas. civ. sentencias del 3 de septiembre de 1991, 5 de noviembre de 1998, 1 de abril de 2003, [S-042-2003], exp. 6499).

“Por supuesto, la determinación de la cuantía de la indemnización del lucro cesante, parte de un daño cierto, actual o futuro, y demostrada su existencia, la víctima tiene derecho a su reparación,

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

el cual explica el deber del juez de decretar pruebas para valorar la cuantía del detrimento integral, con mayor razón cuando se presentan dificultades probatorias en la fijación exacta del valor, así como la aplicación de la equidad o de métodos generalmente aceptados para su tasación, verbi gratia, parámetros referentes comparativos de la empresa, negocio o actividad lesionada con las similares, análogas y equivalentes, o a los de proyección y simulación con modelización en el marco concreto de circunstancias, entre otros.

“Bajo este entendimiento, la concreción del lucro cesante, tiene dicho de antaño la Corte, “..., queda a la determinación racional del juez, pues sólo los beneficios ciertos son los tutelados por el derecho, y ninguna reacción jurídica puede conectarse al daño que afecta a un interés incierto, ya que el derecho no puede considerar las fantasías e ilusiones de eventuales ventajas’, como lo preconiza con acierto el profesor italiano Adriano de Cupis, quien agrega que ‘Teniendo en cuenta las circunstancias y las actitudes del perjudicado, es como debe valorar el juez si una determinada ventaja se habría o no realizado a su favor. Aunque debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada y razonable...’ (Cas. Civ. Sentencia de 28 de junio de 2000)’ (cas. civ. sentencia de 18 de enero de 2007 [S-006-2007], exp. 11001-3103-020-1999-00173-01)” (cas. civ. sentencia de 9 de septiembre de 2010, exp. 17042-3103-001-2005-00103-01, reiterada en cas. civ. de 16 de mayo de 2011, exp. 52835-3103-001-2000-00005-01).

En sentido análogo, pretendidos los daños directos o personales en ejercicio de la acción *iure proprio*, el damnificado puede reclamar los recibidos con la muerte de la víctima directa, sean patrimoniales, esto es, el daño emergente y el lucro cesante, ora extrapatrimoniales, o sea, el daño moral, a la vida de relación (cas. civ. sentencias de 7 de octubre de 1999, exp. 5002; 4 de septiembre de 2000, exp. 5260; 26 de febrero de 2004, exp. 7069 y de 5 de octubre de 2004, exp. 6975).

En el proceso actúa dictamen pericial rendido por el experto Luis Francisco Capacho Pérez (fls. 242-254, cdno. 1) con objeción de EPS SANITAS S.A. por error grave (fls. 255-257, cdno. 1).

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

La objeción se hace consistir en el disenso “*de tasar los daños y perjuicios materiales (...) en forma general y a todos y cada uno de los familiares del occiso*” sin estudiar la situación individual, pues “*no todos son merecedores de la indemnización*”, la ausencia de “*prueba alguna dentro del proceso*” de la dependencia económica de padres y hermanas, el resarcimiento del daño moral y material al “*pariente más cercano*”, el hijo Omar Andrés, así como tomar a partir de 2003 el ingreso profesional, por tratarse de una mera expectativa, y en tanto, “*no puede darse un aprovechamiento indebido*” (fls. 255-257).

La Corte, decretó un dictamen pericial rendido por el experto César Rodríguez Rojas (fls. 111-121, cdno. Corte), aclarado y complementado, y objetado por la demandante (fls. 125-128, 134-139, 143-147, cdno. Corte).

La objeción, se basa en comprender “*disquisiciones con respecto del básico mensual*” certificado por Publicar S.A. en \$366.000 como “*salario base de liquidación*” haciéndola ver como un salario integral, y en no tomar “*la prima de antigüedad*”, ni lo devengado entre \$15.000 y \$20.000 diarios los domingos y festivos según las declaraciones de Ubaldo Forero, Magda Yubeth Gracia y Juan de Dios Gómez, siendo que así se decretó y el contrato de trabajo puede ser verbal o escrito (fls. 143-147, cdno. Corte). De su parte, EPS Sanitas S.A. con referencia a la aclaración y complementación del perito, pide descontar el valor de la pensión de sobrevivientes recibida por los familiares (fls. 148-150, cdno. Corte).

La objeción será denegada, de una parte, por referir a aspectos estrictamente jurídicos reservados al fallador, siendo inocuas e inanes las eventuales opiniones de los expertos sobre

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

puntos de derecho y las objeciones de “*puro derecho*” sobre su alcance o sentido (Sala de Casación Civil, auto de 8 de septiembre de 1993, exp. 3446), en tanto “*la misión del perito es la de ayudar al juez sin pretender sustituirlo*” (G.J. tomo, LXVII, pág. 161), *verbi gratia*, si padres y hermanas tienen o no derecho a la reparación patrimonial, si está probada o no la dependencia económica, si debe tomarse o no el ingreso profesional del fallecido al concluir sus estudios, si la suma certificada es integral o no, si debe reconocerse o no, lo relativo al trabajo dominical y festivos, asuntos todos que son del resorte exclusivo del juzgador conforme a las disposiciones jurídicas y a la valoración de los elementos probatorios.

Ahora, en tratándose de error grave, es imprescindible demostrar una disparidad de tal magnitud entre las conclusiones y la realidad (CCXXV, segunda parte, p. 455), o sea, “(...) ‘...los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos’ (G. J. Tomo LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, ‘es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven’”(Auto de 8 de septiembre de 1993, CCXXV, segunda parte, p. 455).

La Sala estima fundado el dictamen decretado antes del fallo, aunque no en su integridad, por partir de la reparación

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

del daño emergente sin probanza específica de las erogaciones directas, y también del lucro cesante para todos los demandantes, sin prueba de hechos objetivos de la dependencia económica de los padres y hermanas.

El perito liquida el daño emergente en la suma de \$935.200,00 de 27 de diciembre de 1997 (fl. 117, cdno. Corte), por gastos del funeral y demás de Aream Alexander.

Empero, la cifra es un estimativo de estas erogaciones para la época de la muerte, de acuerdo con la indagación del perito de lo que valían entonces. No hay prueba del pago directo, ni de su cuantía.

Por otro lado, Ulbaldo Forero Sánchez dijo que les colaboraba a las hermanas con libros, ayudaba al Papá y a la Mamá en lo que podía, era un muchacho sano, de mucho vínculo con la Familia (fl. 87, cdno. 1), y Juan de Dios Gómez Pineda que, mantenía económicamente a su hijo Omar Andrés, y contribuía con su familia, sus dos padres y dos hermanas en los gastos de la casa. Siempre lo conocí como una persona muy responsable, dedicada a su estudio, a su hogar y a su hijo. Colaboraba con todo lo que podía con sus padres y respondía totalmente por su hijo, además le constaba que se pagaba sus estudios nocturnos (fls. 88 y 89, cdno. 1). En la ampliación decretada por la Corte, el primero reitera la ayuda al padre *“con una plata para los gastos mensuales creo que eran como cien mil pesos”* (fl. 86, cdno. Corte), y el último, expresó no recordar el valor de la contribución a sus padres (fl. 93, cdno. Corte). De su parte, la compañera Madga Yubeth Gracia Albarracín, hace constar la dependencia económica del menor, asunción de sus gastos de crianza y establecimiento, y *“que le gustaba colaborar en la casa y aportaba*

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

para los gastos” (fl. 90, cdno. Corte). A su vez, el dictamen pericial rendido por Luis Francisco Capacho Pérez, liquida “*cuotas alimentarias*” (fls. 242-254, cdno. 1).

Valorados estos elementos de convicción conforme a la sana crítica y reglas de experiencia, no suministran el grado de certeza suficiente sobre la dependencia, ayuda o contribución económica permanente del fallecido a sus padres y hermanas para su sostenimiento, ni su valor mensual, pues ninguno declaró hechos objetivos al efecto, y tampoco está demostrada la calidad de alimentarios, según concluyó el juez de primera instancia (fl. 477, cdno.1).

Para la Corte “...no es realmente el vínculo de parentesco o conyugal el factor determinante de la legitimación activa para reclamar la indemnización. Lo que viene en verdad a conferir el derecho es la existencia de los supuestos necesarios que configuran dicho derecho, que se concretan en esto: 1. La dependencia económica que tenía el reclamante de quien murió o quedó en situación física o mental que imposibiliten prestar la ayuda o socorro que venía otorgando. 2. El daño cierto que la muerte o la situación de quien daba la ayuda al dependiente, esto es que haya certeza de que dadas las circunstancias, la ayuda o socorro habría continuado. Con otras palabras que esa dependencia no se deriva de una relación ilícita y, por tanto, la pretensión venga a conformar una aspiración que repugne al derecho. 3. Que la pretensión indemnizatoria no signifique obtener una ventaja o un provecho contrario a la moral o al derecho. Los anteriores supuestos debidamente demostrados estructuran el fundamento para aceptar que el damnificado tiene derecho a reclamar del responsable la respectiva indemnización” (CCXXXI, Vol. II, 867).

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Por lo tanto, se denegará el lucro cesante pretendido por los padres y hermanas.

En cambio, las pruebas acreditan la dependencia económica del hijo menor Omar Andrés Verano Gracia, y la asunción por su padre de los gastos de crianza, establecimiento o sostenimiento, a quien debía alimentos. Por ello, tiene derecho cierto a la reparación del daño patrimonial en la modalidad de lucro cesante. Para determinarlo, se tomará el salario de Aream Alexander Verano Garzón certificado por Publicar S.A. en \$366.000 *“a la fecha de su fallecimiento”* (fl. 11, cdno. 1), el 27 de diciembre de 1997, valor al que se agregan los restantes factores salariales a que tenía derecho el trabajador, o sea, la prima de servicios, las vacaciones, cesantías e intereses de cesantías como alega el apoderado de los demandantes, ex artículo 127 del C.S.T. y será actualizado, aplicando el índice del último mes.

No se tendrán en cuenta los \$15.000 y \$20.000 por las actividades que al parecer desarrollaba Aream Alexander en un establecimiento dedicado a la comercialización de pollo, los sábados y domingos, por carencia de certeza del ingreso, pues para Magda Yubeth Gracia le *“pagaban como quince mil pesos”* (fl. 90, cdno. Corte), según Ubaldo Forero, *“la cifra era entre quince mil y veinte mil diarios, exactamente no recuerdo pero entre eso estaba por día”* (fl. 86, cdno. Corte) y Juan de Dios Gómez, cree *“que era un promedio entre trece mil o quince mil lo que le daban diario”* (fl. 93, cdno. Corte).

Por hipotético y eventual, no se tomará el ingreso que a futuro podría obtener en el ejercicio de la profesión de Ingeniero de Sistemas a partir del año 2003 cuando terminaría estudios universitarios, bajo la perspectiva de concluirlos y desempeñarse,

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

al tratarse de una expectativa, si bien legítima, carente de certeza, incluso futura, diversa a la pérdida de una oportunidad, sería, legítima, concreta, real y existente al instante del daño para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, en ciertos casos y con estrictas exigencias, susceptible de reparar.

Del ingreso mensual promedio de Aream Alexander, esto es, \$445.910, se descontará el valor para los gastos de subsistencia del fallecido, en un veinticinco por ciento (25%), o sea, \$111.477,5 resultando la suma de \$334.432,5 que se tomará para calcular el lucro cesante y actualizará con el índice del último mes completo (julio de 2011, base diciembre de 2008 = 100%, índice empalmes 1994-2010), siguiendo los parámetros del experto y la jurisprudencia civil (cas. civ. sentencias de 7 de octubre de 1999, exp. 5002; 4 de septiembre de 2000, exp. 5260; 26 de febrero de 2004, exp. 7069 y de 5 de octubre de 2004, exp. 6975), índices que son hecho notorio y no requieren de prueba en el proceso (art. 177, inciso 2º, C. de P.C.), así:

$$VP = VA \times \frac{\text{IPC Final (julio de 2011)}}{\text{IPC inicial (Diciembre de 1997)}}$$

VP = valor presente

VA= valor actualizado

$$VP= \$334.432,5 \times \frac{108,05}{44,72}$$

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

VP= \$808.0347,³⁷⁹⁸⁰

Del monto indemnizable no procede según reclama EPS Sanitas S.A., deducción de pagos por seguros, pensiones y prestaciones laborales, cuya fuente es la relación jurídica individual de trabajo diferente a la obligación indemnizatoria derivada del daño causado (cas. civ. sentencia de 22 de octubre de 1998, [S-098-98], exp. 4866).

El período indemnizable del hijo menor se extenderá hasta completar los 25 años de edad, *“ya que conforme a la doctrina sentada por esta Corporación, en esa edad -25 años- ordinariamente se culmina la educación superior y se está en capacidad de valerse por sí mismo”* (cas. civ. sentencia de 22 de marzo de 2007, reiterando el criterio de las sentencias de 18 de octubre de 2001, 5 de octubre de 2004 y 30 de junio de 2005, iterada en sentencia de 18 de diciembre de 2009, exp. 05001-3103-010-1998-00529-01).

Ese lapso es inferior a la supervivencia probable del fallecido, 35,36 años (tablas de mortalidad, fls. 231-238 cdno. 1), quien nació el 10 de diciembre de 1972 (registro civil, fl. 3, cdno. 1) y murió a la edad de 25 años (25 años, 17 días) el 27 de diciembre de 1997 (partida de defunción, fl. 4, cdno. 1).

Omar Andrés Verano Gracia, nació el 20 de octubre de 1994 (fl. 5, cdno. 1), tenía tres años, dos meses y siete días, al morir su padre, cumple los veinticinco años, el 20 de octubre de 2016, por tanto el período indemnizable es de 262 meses, de los cuales, 163 meses se liquidarán como lucro cesante consolidado,

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

desde el 27 de diciembre de 1997 hasta el 31 de agosto de 2011, y los restantes 99 meses a título de lucro cesante futuro.

El lucro cesante pasado o consolidado, asciende a la suma de \$202'751.534 obtenida con la fórmula VA (valor actual incluidos intereses del 6% anual efectivo = 0,5% mensual), = LCM (lucro cesante mensual actualizado) x Sn (valor acumulado de la renta periódica de un peso que se paga “n” veces a tasa de interés “i” por un período), factor éste resultante de

$$S_n = \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

El lucro cesante futuro es la suma de \$169'481.034,⁵⁷ resultante de la multiplicación del monto indemnizable actualizado con deducción de intereses por anticipo de capital (6% anual efectivo= 0,5% mensual), según el índice exacto a los meses del daño, aplicando la fórmula:

$$VA = LCM \frac{(1 + i)^n - 1}{i (1 - i)^n}$$

Donde: VA es el valor actual del lucro cesante futuro; LCM, el lucro cesante mensual \$808.037,³⁷⁹⁸⁰; n, el número de meses faltante hasta cumplir la edad de los 25 (99); i la tasa de interés de mensual de descuento (6% anual efectivo= 0,5% mensual).

En lo tocante al daño moral reclamado en suma equivalente a un mil gramos oro para cada demandante, la Corte de tiempo atrás, ha dicho:

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

“2. El daño moral, configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmesurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial.

“El ordenamiento jurídico en cuanto base estructural indisociable de un orden justo, la paz, la justicia y la armónica convivencia en la vida de relación, encuentra por centro motriz al sujeto de derecho, sea físico, ora jurídico, dotado de personificación normativa, derechos e intereses, libertades, garantías, y deberes.

“El sujeto iuris, es summa de valores disímiles dignos de reconocimiento y tutela, cuya lesión entraña la responsabilidad de quien lo causa, o sea, el deber legal de repararlo.

“De acuerdo con una opinión jurisprudencial bastante difundida, el daño podrá recaer sobre bienes susceptibles per se de evaluación pecuniaria inmediata u objetiva o respecto de ‘intereses que según la conciencia social no son susceptibles de valorización económica’ (C. M. Bianca, Diritto civile, vol. 5, La responsabilità (1994), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166), esto es, afectar valores vitales, consustanciales, inmanentes e intrínsecos del sujeto, inherentes a su personalidad y esfera afectiva, ora extrínsecos y externos al mismo, es decir, ostentar naturaleza material (Dommages matériels), ora inmaterial (Dommages immatériels), bien patrimonial (Vermögensschaden), ya extrapatrimonial (nicht Vermögensschaden).

“A dicho propósito, ‘el daño a la persona’, ciertamente se proyecta en ‘un desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad, susceptible de traducirse en consecuencias patrimoniales, de proyectarse en quebrantos en la vida de relación y de repercutir en el equilibrio sentimental del sujeto’ (cas. civ. sentencia de abril 4 de 1968, G.J. t. CXXIV, pág. 58).

“Exactamente, ha dicho la Corte, el daño a los bienes, derechos, valores e intereses de la persona ‘puede repercutir en el patrimonio de la misma... y también manifestarse en quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto, e incluso proyectarse en sus sentimientos’ (cas. civ. sentencia de

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

abril 4 de 1968, G.J. t. CXXIV, pág. 58), siendo el primero *“expresiones características del perjuicio que reviste naturaleza eminentemente patrimonial, en los términos en que han sido descritos por los artículos 1613 y 1614 del Código Civil”*, el segundo, *“es el denominado daño a la vida de relación, que se traduce en afectaciones que inciden en forma negativa sobre su vida exterior, concretamente, alrededor de su ‘... actividad social no patrimonial ...’, como se lee también en el citado fallo”* y, el último, *“se identifica con la noción de daño moral, que incide o se proyecta en la esfera afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc.”* (cas. civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01).

“Con estos lineamientos, la naturaleza patrimonial o no patrimonial del interés afectado, no determina de suyo la naturaleza del daño, ‘porque consecuencias de naturaleza económica, y por lo tanto un daño patrimonial puede derivar, tanto de la lesión de un bien patrimonial, cuanto de la lesión de un bien de naturaleza no patrimonial: piénsese en la pérdida de clientela sufrida a causa de la publicación de una noticia en un periódico, que luego se revela como no verdadera, que provoca descrédito a su actividad profesional. El bien quebrantado es no patrimonial: la reputación del profesional, pero su lesión también produce consecuencias de naturaleza patrimonial.’”(Luigi Corsaro, Concetto e tipi di danno, en P. Perlingieri, Manuale di diritto civile, Nápoles, ESI, 1997, p. 655 ss).

“Ello es tanto más cierto que en la afortunada precisión de la Corte, ‘el daño a la persona en sus distintas manifestaciones relevantes’ podrá consistir en un ‘desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad, susceptible de traducirse en consecuencias patrimoniales, de proyectarse en quebrantos en la vida de relación y de repercutir en el equilibrio sentimental del sujeto’ (cas. civ. sentencia de abril 4 de 1968, G.J. t. CXXIV, pág. 58), esto es, sus secuelas son ‘algunas de ellas con carácter patrimonial como, verbigracia, ‘... los gastos de curación o rehabilitación ...’ o ‘... las ganancias ciertas que por tal motivo ha dejado o dejará de percibir ...’, mientras que otras de linaje diverso pueden repercutir en el ‘... equilibrio sentimental ...’, o verse igualmente reflejadas en ‘... quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto ...’. (cas. civ. sentencia de 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01)

“El aspecto de mayor relevancia para identificar la especie del daño, por consiguiente, atañe a la proyección de los

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

efectos adversos de la lesión más que a la naturaleza jurídica del interés directamente quebrantado, o sea, el espectro en el cual repercute el hecho, ad exemplum, cuando atañen a la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad -verbi gratia, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.-, o a la esfera sentimental y afectiva, ostenta naturaleza no patrimonial.

“3. El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, ‘que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo’ (cas. civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo ‘de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso’ (Renato Scognamiglio, voz Danno morale, en Novissimo Digesto italiano, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., Il danno morale, Milano, 1966; El daño moral- Contribución a la teoría del daño extracontractual, trad. esp. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Antares, Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño.

“En efecto, el daño moral, aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial.

“En sentido análogo, su reparación es singular e individual y no se contiene en la de otros daños, respecto de los cuales se distingue por su especificidad al recaer únicamente en los sentimientos y afectos, a consecuencia del quebranto de derechos, intereses o valores de naturaleza, ya patrimonial, bien no patrimonial, con los cuales no se confunde.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

“Un problema distinto se plantea a propósito de la reparación del daño no patrimonial, y en particular del moral.

“En épocas inmemoriales, una ofensa al honor o dignidad daba lugar a una sanción dineraria (pecunia doloris); así, entre otros precedentes, existían previsiones en el Código de Ur-Nammu (aproximadamente en 2050 a.C), en el Código de Lipit-Istar (1860 a.C), en las leyes de Eshnuma (art. 25, si un hombre consuma su matrimonio y el suegro entrega su hija a otro, debe devolver el doble del dinero recibido como dote, resarciendo la ofensa a la dignidad del esposo; art. 42, quien propine bofetada a otro en la cara, ‘pesará y entregará diez shekels de plata’; 47, ‘si un hombre injuria a otro, pesará y entregará diez shekels de plata), en el Éxodo 22, vers, 16 y 17, (quien duerma con doncella mediante engaño la desposará y pasará plata conforme a la dote de las vírgenes), el Talmud, etc.; a fines del siglo XIX y principios del XX, se cuestiona la compensación material de la humillación, la pena, aflicción o menoscabo de la honra; en una época, el dolor no debe indemnizarse (Les larmes ne se monnayent point; las lágrimas no se monetizan); después, se admitió restrictivamente el ‘dinero del dolor’ (pretium doloris, dommage moral, Schmerzensgeld) y, actualmente, se reconoce el derecho a la reparación de todo daño causado inmotivadamente (Carlo Francesco Gabba, Indemnización de los daños morales, en Id., Cuestiones prácticas de derecho civil moderno, vol. II, trad. esp. de A. G. Posada, Madrid, La España Moderna, s.a., pp. 241-242; Giovanni Battista Ferri, Il danno a la salute e l’economia del dolore, en AA.VV., ‘Iuris vincula’. Studi in onore di Mauro Talamanca, Nápoles, Jovene, p. 212; Luís Díez-Picazo y Ponce de León, Derecho de daños, Madrid, Ed. Civitas, 1999).

“La cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e inconmesurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retroaible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia in re ipsa y cuya valoración se efectúa ex post sin permitir la absoluta reconstrucción del status quo ante.

“4. Las anotadas características relevantes del daño moral, evidencian la complejidad y delicadeza de su reparación.

“Por ello, la Corte, partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral causado, ante las vicisitudes que su apreciación económica apareja, al ‘no referirse al daño

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

pecuniario en la hacienda y patrimonio del damnificado' (XXXI, p. 83) y tratarse de valores '... económicamente inasibles ...' (CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143, CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143), en cuanto 'esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium iudicis', 'tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. 'Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...' (G. J. Tomo LX, pág. 290)'. (sentencia del 10 de marzo de 1994)' (cas. civ. sentencias de mayo 5 de 1999, exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, exp. 3382; diciembre 13 de 2002, exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S-165-2004, exp. 6199).

"5. Superadas algunas corrientes adversas y, admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (ex bono et aequo) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al arbitrium iudicis, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el quantum debeatur se remite a la valoración del juez.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

“A dicho respecto, ex artículo 97 de la Ley 599 de 2000, ‘[e]n relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales ... teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Los daños materiales deben probarse en el proceso’ (los incisos primero y segundo son declarados exequibles mediante sentencia C-916 de 29 de octubre de 2002, ‘en el entendido de que el límite de mil salarios mínimos legales mensuales se aplica exclusivamente a la parte de la indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal. Este límite se aplicará a la indemnización de dichos daños cuando la fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible’; el artículo 95 del Código Penal de 1936, con deficiente redacción concedía al juez penal la facultad de fijar prudencialmente la indemnización hasta dos mil pesos ‘cuando no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito’ y también el artículo 106 del Código Penal de 1980, cuando ‘el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria’, ‘hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos oro’, ‘teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido’), no es aplicable en materia civil, por cuanto la ley no lo establece, ni la analogía legis es pertinente, pues ningún vacío se presenta.

“A tal fin, las normas generales disciplinan la reparación del daño causado cualquiera sea la naturaleza de los intereses quebrantados, versen sobre el patrimonio del sujeto o sus valores inmateriales, incluido claro está, el daño moral.

“En cambio, la solución ofrecida en la jurisprudencia contencioso administrativa, ex artículo 178 del Código Contencioso Administrativo en consonancia con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, considera ‘que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales,... cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción’, conforme a los ‘diferentes elementos que, en cada proceso, permitan establecer no sólo la existencia del perjuicio moral, sino su intensidad, e imponer las máximas condenas únicamente en aquellos eventos en que, de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables’ (Consejo de Estado,

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

*Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,
Sentencia de 6 de septiembre de 2001, radicación 66001-
23-31-000-1996-3160-01-13232-15646-).*

“El criterio expuesto, es inaplicable a asuntos civiles, ‘ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales’ (Corte Constitucional, sentencia C-916 de 29 de octubre de 2002).

“En el empeño de encarar directamente el asunto, la Sala precisa que, para la valoración del quantum del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador.

“Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.

“Al respecto, ‘[d]entro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales’ (artículo 16 de la Ley 446 de 1998; cas. civ. sentencias de 3 de septiembre de 1991, 5 de noviembre de 1998 y 1º de abril de 2003), es decir, se consagra el resarcimiento de todos los daños causados, sean patrimoniales, ora extrapatrimoniales, aplicando la equidad que no equivale a arbitrariedad ni permite ‘valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos’ (Flavio Peccenini, La liquidazione del danno morale, in Monateri, Bona, Oliva, Peccenini, Tullini, Il danno alla persona, Torino, 2000, Tomo I, 108 ss),

“Por lo anterior, consultando la función de nomofilaquia, hermenéutica y unificadora del ordenamiento que caracteriza a la jurisprudencia, la Sala periódicamente ha señalado al efecto unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes (cas. civ.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos).

“Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador” (cas. civ. sentencia de 18 de septiembre de 2009, exp. 20001-3103-005-2005-00406-01).

En el caso concreto, por la gravedad del marco de circunstancias en que falleció el joven Aream Alexander Verano, lo que de suyo generó intensa aflicción a sus parientes y vinculados, así como por los estrechos vínculos familiares y los nexos afectivos con padres, hermanas e hijo, padecimientos interiores, congoja, angustia, impotencia y profundo dolor, la Sala estima pertinente ajustar el valor de referencia para reparar el daño moral a la suma de cincuenta y tres millones de pesos (\$53.000.000,00) moneda legal colombiana.

Adviértase que no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte antaño, por cuanto el daño moral no admite indexación monetaria, sino de ajustar el monto de la reparación de esta lesión, como parámetro de referencia o guía a los funcionarios judiciales, a las exigencias de la época contemporánea, sin que, además, se presenten inexplicables e inconvenientes diferencias para los administrados por el hecho de que el conocimiento del asunto corresponda a una jurisdicción en particular, reparación cuya definitiva fijación en términos monetarios corresponderá al juez del conocimiento, de conformidad con el particular marco de circunstancias que sea

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

objeto de su decisión y atendiendo el tradicional criterio del *arbitrium iudicis*.

En síntesis, la indemnización es la siguiente:

- Daños causados al menor Omar Andrés Verano Gracia

Daño Patrimonial:	
Lucro cesante consolidado.	\$202'751.534,00
Lucro Cesante futuro.	\$169'481.035,00
Total daño patrimonial:	\$372'232.569,00
Daño moral:	\$ 53.000.000,00
Total:	\$425.232.569,00

- Daños causados a los padres Omar Verano Lemus, y Amira del Carmen Garzón Rodríguez

Daño moral:	
\$53.000.000,00 c/u	\$106.000.000,00

- Daños causados a las hermanas Luisa Fernanda y Paula Natalia Verano Garzón:

Daño moral:	
\$53.000.000,00 c/u	\$106.000.000,00

Se ordenará que el pago de sumas impuestas se haga con intereses del 6% anual desde la ejecutoria de la sentencia hasta la fecha del pago efectivo.

5. Corolario de lo analizado es la revocatoria de la sentencia apelada, para, en su defecto, tras negarse las excepciones de la parte demandada y las objeciones a los

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

dictámenes periciales, acceder al *petitum* e imponer las costas de ambas instancias a ésta (artículo 392, C. de P.C.), conforme a las consideraciones efectuadas al respecto.

Las agencias en derecho se liquidan aplicando el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, artículo 6º, I, Civil, Comercial, Agrario, Familia, 1.1. proceso ordinario, segunda instancia, que prevé “*hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones confirmadas o revocadas total o parcialmente en la sentencia*”, para lo cual tiene en cuenta la complejidad y naturaleza del asunto, duración, éxito, calidad e intensidad de la labor desarrollada. Aplicado el porcentaje (5%) al valor total (\$637.232.569,00) arroja la suma de \$31.861,628,45, y se fijan en \$31.861,628,00.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, actuando en sede de segunda instancia, **REVOCA** la sentencia proferida el 24 de mayo de 2006, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Palma, en descongestión del Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, y, en lugar del mismo, **RESUELVE:**

Primero: Declarar no probadas las excepciones de mérito interpuestas por la parte demandada.

Segundo: Declarar no probadas las objeciones a los dictámenes periciales.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Tercero: Declarar solidariamente responsables a Entidad Promotora de Salud-Sanitas S.A. E.P.S. Sanitas S.A., y Asociación Médica de Especialistas Pragma S.A.-Clínica Pragma S.A. de los perjuicios ocasionados a Omar Andrés Verano Gracia, Omar Verano Lemus, Amira del Carmen Garzón Rodríguez, Luisa Fernanda Verano Garzón y Paula Natalia Verano Garzón, por el fallecimiento de Aream Alexander Verano Garzón, según lo expuesto en la parte motiva.

Cuarto: Condenar a Entidad Promotora de Salud-Sanitas S.A. - E.P.S. Sanitas S.A., y a Asociación Médica de Especialistas Pragma S.A.-Clínica Pragma S.A. a pagar solidariamente:

a) A Omar Andrés Verano Gracia, para reparar los daños causados con la muerte de su padre Aream Alexander Verano Garzón, la suma de doscientos dos millones setecientos cincuenta y un mil quinientos treinta y cuatro pesos (\$202'751.534,00) moneda legal colombiana a título de daño patrimonial en la modalidad de lucro cesante consolidado o pasado; ciento sesenta y nueve millones cuatrocientos ochenta y un mil treinta y cinco pesos (\$169'481.035,00) moneda legal colombiana por lucro cesante futuro, valores ya actualizados; y la suma cincuenta y tres millones de pesos (\$53.000.000,00) moneda legal colombiana, por concepto de daño moral.

b) A Omar Verano Lemus y Amira del Carmen Garzón Rodríguez para reparar sus daños con la muerte de su

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

hijo Aream Alexander Verano Garzón, la suma de cincuenta y tres millones de pesos (\$53.000.000,00) moneda legal colombiana, por concepto de daño moral, para cada uno, o sea, la suma total de ciento seis millones de pesos (\$106.000.000,00), moneda legal colombiana.

c) A Luisa Fernanda Verano Garzón y Paula Natalia Verano Garzón, para reparar sus daños con la muerte de su hermano Aream Alexander Verano Garzón, la suma de cincuenta y tres millones de pesos (\$53.000.000,00) moneda legal colombiana, por concepto de daño moral, para cada una, o sea, la suma total de ciento seis millones de pesos (\$106.000.000,00), moneda legal colombiana.

Las condenas precedentes devengarán, a partir de la ejecutoria de esta providencia, un interés legal civil del 6% anual hasta cuando se produzca el pago efectivo.

Quinto: Denegar las restantes pretensiones incoadas en la demanda, según lo expuesto en la parte motiva.

Sexto: Condenar en costas de ambas instancias a las demandadas. Tásense por el Tribunal e inclúyase la suma de treinta un millones ochocientos sesenta y un mil seiscientos veintiocho pesos (\$31.861.628,00), moneda legal colombiana por concepto de agencias en derecho de la segunda instancia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

Ausencia justificada

WILLIAM NAMÉN VARGAS

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

Sentencia No. C-197/93

**RIESGO EXCEPCIONAL/PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE
LAS CARGAS PUBLICAS**

Las medidas que el decreto contempla en favor de las víctimas del terrorismo se justifican política y jurídicamente, bajo la teoría que admite la responsabilidad estatal sin culpa, cuando el daño proviene de un riesgo de naturaleza excepcional y anormal, creado por la administración, como ocurre en la situación que nos ocupa, el cual es generado, con motivo del desarrollo de las actividades y misiones que el Estado debe asumir, para combatir la violencia y el terrorismo de la subversión guerrillera y del narcotráfico.

**VICTIMAS-Asistencia Integral/PRINCIPIO DE
SOLIDARIDAD/DERECHO A LA IGUALDAD**

Las víctimas de los atentados terroristas, encajan dentro de la clase de personas que se encuentran disminuidas en aspectos físicos, psíquicos o económicos, en consecuencia, es constitucional, la normatividad que atiende a su protección, pues es desarrollo del principio de la solidaridad y del derecho a la igualdad, al promover la creación o funcionamiento de múltiples instituciones o mecanismos de beneficencia o solidaridad social para atenuar o reparar sus lamentables condiciones. Tanto el principio de la solidaridad, el cual a su vez, es un deber, como el derecho a la igualdad, con la consiguiente discriminación positiva, para el logro de la verdadera igualdad, son el fundamento constitucional para que el Estado a través de normas como las que se revisan, conceda una asistencia humanitaria especial a las víctimas de los actos de violencia y maldad, ejecutados por las organizaciones guerrilleras y la delincuencia organizada. No se encontró objeción alguna, en la sentencia mencionada en cuanto a que los servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria para las víctimas de los atentados terroristas, comprendieran los servicios de rehabilitación física, no se observa ahora reparo, a que también se cobijen dentro de esos servicios, los de rehabilitación mental, en los casos en que como consecuencia del atentado terrorista la persona quede gravemente incapacitada para desarrollar una vida normal de acuerdo con su situación personal.

EXENCION

Se considera constitucional la exención de derechos notariales, registrales y del pago de impuestos nacionales en los trámites que se adelanten para constituir las garantías y suscribir los documentos requeridos para el otorgamiento de los créditos, por cuanto esta clase de regulaciones constituyen un instrumento apropiado para hacer efectiva la ayuda y las retribuciones acordadas en el decreto para las víctimas del terrorismo.

ENTIDADES TERRITORIALES/AUTONOMIA

No contraviene los preceptos de los artículos 287 y 294 constitucionales, relativos a la autonomía de las entidades territoriales y a la prohibición al legislador de "conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales...", pues la norma no consagra propiamente exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con tributos de propiedad de dichos entes, sino que simplemente difiere, al libre ejercicio de las competencias que le corresponden a las Asambleas y a los Concejos, el establecimiento de exenciones a los impuestos departamentales y municipales, a que se refiere la norma examinada.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO/ENRIQUECIMIENTO ILICITO

Se ordena deducir "del monto total de los perjuicios que se liquiden", las sumas entregadas a dichas víctimas, en cumplimiento de la normatividad que se revisa. Estas previsiones consultan los principios de justicia y de equidad, si se tiene en cuenta, además, que la reparación del daño con fundamento en la responsabilidad estatal no puede constituir una fuente de enriquecimiento. El resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite; y es obvio, que si el Estado ha reparado, en parte, ese perjuicio, no puede ser condenado de nuevo a reparar la porción ya satisfecha.

REF. EXPEDIENTE No. R.E. - 038

TEMA:

DECRETO 444 DE 1993 "Por el cual se dictan medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas"

**MAGISTRADO PONENTE:
DR. ANTONIO BARRERA
CARBONELL**

Aprobada en Santafé de Bogotá, mediante acta No. 37 del veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993)

I. ANTECEDENTES.

En cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 6o. del art. 214 de la Constitución Política y atendiendo instrucciones del Señor Presidente de la República, el Secretario General de la Presidencia de la República, envió a la Corte Constitucional copia auténtica del Decreto No. 444 del 8 de marzo de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Conforme a lo dispuesto por los artículos 241 numeral 7o. de la Carta Política y 10o. del decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional avocó el conocimiento del proceso de la referencia, decretó pruebas y ordenó fijarlo en lista, por el término de cinco (5) días, para efectos de la intervención ciudadana.

De acuerdo con los arts. 242 y 277 de la Carta, se dispuso por ésta Corporación que, una vez expirado el período probatorio y de fijación en lista, se corriera traslado al Señor Procurador General de la Nación para que, dentro del término de rigor, rindiera concepto. Igualmente se ordenó comunicar al Presidente de la República y a los señores Ministros de Gobierno, Justicia y Defensa Nacional la iniciación de éste proceso.

II. TEXTO DEL DECRETO.

DECRETO 444 DE 1993

Por el cual se dictan medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 213 de la Constitución Política, en desarrollo de los Decretos 1793 de 1992 y 261 de 1993, y

C O N S I D E R A N D O :

Que por Decreto 1793 de 1992 se declaró el Estado de Conmoción Interior con fundamento, entre otras, en las siguientes consideraciones:

"Que en las últimas semanas la situación de orden público en el país, que venía perturbada de tiempo atrás, se ha agravado significativamente en razón de

las acciones terroristas de las organizaciones guerrilleras y de la delincuencia organizada".

"Que es necesario adoptar medidas encaminadas a incrementar la protección de las víctimas de la violencia..."

Que mediante el decreto 261 de 1993 se prorrogó por noventa (90) días el mencionado estado de conmoción interior.

Que el artículo transitorio 46 de la Constitución Política, dispuso el funcionamiento de un Fondo de Solidaridad y Emergencia Social con el objeto de financiar proyectos de apoyo a los sectores más vulnerables de la población colombiana.

Que en desarrollo de su objeto, corresponde al Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, de conformidad con el Decreto 2133 de 1992, adelantar programas que tengan por finalidad contribuir a la satisfacción de las necesidades de las personas y grupos vulnerables por razón de la violencia, así como programas y proyectos especiales que contribuyan a conjurar una situación de emergencia social o que demanden una atención especial del Estado.

Que los atentados terroristas con bombas, y artefactos explosivos dirigidos en forma indiscriminada contra la población, han causado muerte, destrucción y grave daño en la integridad física y el patrimonio de centenares de personas.

Que Colombia es un Estado Social de Derecho, que se fundamenta en los principios de respeto a la dignidad humana, en el trabajo, en la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Que el Estado debe velar porque se hagan efectivos los derechos constitucionales de las víctimas de los atentados terroristas, en especial aquellos derechos que tienen por objeto la salud, la vivienda, la educación y el trabajo.

Que de conformidad con el artículo 13 de la Constitución el Estado debe proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Que de acuerdo con el artículo 95, numeral 2o, de la Carta es deber de la persona y del ciudadano obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.

Que aunque el Estado no es responsable por los daños causados por actos terroristas, en desarrollo de los principios constitucionales mencionados debe dictar medidas tendientes a impedir la extensión de los efectos perturbadores causados por las acciones terroristas, y en particular aquellas conducentes a garantizar a las víctimas inocentes asistencia humanitaria, médica, quirúrgica y hospitalaria, así como a brindarles apoyo económico para la reparación de los daños causados por tales acciones.

DECRETA :

CAPITULO I DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 1o. para los efectos de este decreto se entiende por víctimas aquellas personas que sufren directamente perjuicios por razón de los atentados terroristas cometidos con bombas o artefactos explosivos que afecten en forma indiscriminada a la población.

PARAGRAFO 1o: las medidas a que se refiere el presente decreto se aplicarán a las víctimas de dichos atentados ocurridos a partir de la vigencia del decreto 1793 de 1992, mediante el cual se declaró el estado de conmoción interior en todo el territorio nacional.

PARAGRAFO 2o. En los casos en que exista duda, el Consejo Directivo del Fondo de Solidaridad y Emergencia Social determinará si es o no aplicable el presente Decreto.

ARTICULO 2o. En desarrollo del principio de solidaridad social, las víctimas de atentados terroristas recibirán asistencia humanitaria, entendiendo por tal la ayuda indispensable para atender requerimientos urgentes y necesarios para satisfacer los derechos constitucionales de dichas personas que hayan sido menoscabados por la acción terrorista. Dicha asistencia será prestada por el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, en desarrollo de su objeto constitucional, y por las demás entidades públicas dentro del marco de su competencia legal.

ARTICULO 3o. El Instituto Colombiano de Bienestar Familia, en desarrollo de sus programas preventivos y de protección, prestará asistencia prioritaria a los menores de edad que hayan quedado sin familia o que teniéndola, ésta no se encuentre en condiciones de cuidarlos por razón de los atentados terroristas a que se refiere el presente Decreto.

ARTICULO 4o. Cuando quiera que ocurra un atentado terrorista el Comité local para la Prevención y Atención de Desastres o a falta de éste, la oficina que hiciere sus veces, deberá elaborar el censo de damnificados, en un término no mayor de cinco (5) días hábiles desde la ocurrencia del atentado, en el cual se incluirá la información necesaria para efectos de la cumplida aplicación del presente Decreto, de conformidad con los formatos que establezca el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social.

Estas listas de damnificados podrán ser revisadas en cualquier tiempo por el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, el cual verificará la calidad de víctimas de las personas que allí figuren como damnificados.

Cuando el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social establezca que una de las persona que figuraba en el censo respectivo o que recibió alguna de las formas de asistencia previstas en este Decreto, no tenía el carácter de víctima, el interesado, además de las sanciones penales a que haya lugar, perderá todos

los derechos que le otorga el presente decreto, y la respectiva entidad procederá a exigirle el reembolso de las sumas que le haya entregado o haya pagado por cuenta del mismo o de los bienes que le haya entregado. Si se trata de créditos, el establecimiento que lo haya otorgado podrá mantenerlo, reajustado las condiciones a la tasa de mercado.

PARAGRAFO TRANSITORIO.- En relación con las víctimas de atentados terroristas ocurridos a partir del 8 de noviembre de 1992 y con anterioridad a la vigencia del presente Decreto, el censo respectivo será elaborado dentro de los cinco días siguientes a esta última fecha por el Comité Local para la Prevención y Atención de Desastres, el cual podrá tomar como base para tal efecto las listas que hubieren sido elaboradas por las Oficinas para la Prevención de Emergencia de las distintas Alcaldías o por otras autoridades o agremiaciones privadas.

CAPITULO II

ASISTENCIA EN MATERIA DE SALUD

ARTICULO 5o. Las instituciones hospitalarias públicas o privadas del territorio nacional, que prestan servicios de salud, tienen la obligación de atender de manera inmediata a las víctimas de los atentados terroristas que lo requieran, independientemente de la capacidad socioeconómica de los demandantes de estos servicios y sin exigir condición previa para su admisión.

ARTICULO 6o. Los servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria consistirán en:

1. Hospitalización,
2. Material médico quirúrgico, de osteosíntesis y órtensís, conforme a los criterios técnicos que fije el Ministerio de Salud.
3. Medicamentos
4. Honorarios médicos
5. Servicios de apoyo tales como bancos de sangre, laboratorios, imágenes diagnósticas.
6. Transporte.
7. Servicios de rehabilitación física, por el tiempo y conforme a los criterios técnicos que fije el

Ministerio de Salud.

8. Servicios de rehabilitación mental, en los casos en que como consecuencia del atentado terrorista la persona quede gravemente incapacitada para desarrollar una vida normal de acuerdo con su situación, y por el tiempo y conforme a los criterios técnicos que fije el Ministerio de Salud.

ARTICULO 7o. El reconocimiento y pago de los servicios a que se refiere el artículo anterior se hará por conducto del Ministerio de Salud, con cargo a los recursos que suministre el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social de conformidad el artículo 6o. 28o. del presente Decreto, y con sujeción a los procedimientos y tarifas fijados por la Junta Nacional del Fondo de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito FONSAT.

Cuando se solicite la prestación de determinados servicios y exista duda sobre la procedencia de la solicitud, el Ministerio de salud, para efectos de adoptar una decisión, podrá pedir concepto de una junta médica, la cual se integrará por representantes de las entidades que de acuerdo con la ley, tienen el carácter de organismos consultivos del Gobierno en materia de salud.

PARAGRAFO Para el reconocimiento y pago de los servicios prestados por razón de hechos ocurridos entre el 8 de noviembre de 1992 y la entrada en vigencia del presente decreto, las instituciones hospitalarias o en su defecto los particulares que hubiesen cubierto el valor de estos servicios, podrán solicitar el correspondiente pago o reembolso ante el Ministerio de Salud, conforme a los procedimientos y tarifas a que se refiere el parágrafo anterior.

ARTICULO 8o. Los afiliados a entidades de Previsión o Seguridad Social, tales como Cajas de Previsión Social, Cajas de Compensación Familiar o el Instituto de Seguros Sociales, que resultaren víctimas de los atentados terroristas a que hace referencia el presente Decreto, serán remitidos, una vez se les preste la atención de urgencias y se logre su estabilización, a las instituciones hospitalarias que definan dichas entidades para que allí se continúe el tratamiento inicial de urgencias, así como los costos de tratamiento posterior, serán asumidos por las correspondientes Instituciones de Previsión y Seguridad Social.

ARTICULO 9o. Los gastos que demande la atención de las víctimas amparadas con pólizas de compañías de seguros de salud o contratos con empresas de medicina prepagada, serán cubiertos, por el Estado de

conformidad con el presente Decreto, en aquella parte del paquete de servicios definidos en el artículo 6o. que no estén cubiertos por el respectivo seguro o contrato o que lo estén en forma insuficiente.

ARTICULO 10o. El Ministerio de Salud ejercerá la evaluación y control sobre los aspectos relativos a:

- Número de pacientes atendidos.
- Acciones médico quirúrgicas.
- Suministros e insumos hospitalarios gastados.
- Causa de egreso y pronóstico.
- Condición del paciente frente al ente hospitalario.
- Los demás factores que constituyen costos del servicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6o del presente Decreto.

ARTICULO 11o. El incumplimiento de lo dispuesto en los artículos anteriores, será causal de sanción por las autoridades competentes en desarrollo de sus funciones de inspección y vigilancia, de conformidad con lo consagrado en la Ley 10 de 1990, Artículo 49, y demás normas concordantes.

CAPITULO III ASISTENCIA EN MATERIA DE VIVIENDA

ARTICULO 12o. Los hogares damnificados por actos terroristas a que se refiere el presente Decreto podrán acceder al Subsidio Familiar de Vivienda de que trata la ley 3 de 1991, sin que para tal efecto se tome en cuenta el valor de la solución de vivienda cuya adquisición o recuperación sea objeto de financiación.

La junta directiva del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe, ejercerá la función que le otorga el ordinal 7. del artículo 14 de la Ley 3 de 1991, en relación con el subsidio familiar de

vivienda de que trata este Decreto, teniendo en cuenta el deber constitucional de proteger a las personas que se encuentren en situación de debilidad manifiesta y el principio de solidaridad, razón por la cual deberá dar prioridad a las solicitudes que presenten los hogares que hayan sido víctimas de los actos descritos en el presente artículo.

En aquellos casos en que por razón de las circunstancias económicas de las víctimas, éstas no puedan utilizar el valor del subsidio para financiar la adquisición o recuperación de una solución de vivienda, el monto del mismo podrá destinarse a financiar, en todo o en parte, el valor del canon de arrendamiento de una solución de vivienda.

ARTICULO 13o. Para los efectos de este decreto, se entenderá por "Hogares damnificados" aquellos definidos en el artículo 3 del decreto 599 de 1991, que por causa de actos terroristas cometidos con bombas y artefactos explosivos, ocurridos con posterioridad al 8 de noviembre de 1992, pierdan su solución de vivienda total o parcialmente, de tal manera que no ofrezca las condiciones mínimas de habitabilidad o estabilidad en las estructuras. Igualmente, tendrán tal carácter los hogares cuyos miembros, a la fecha del acto terrorista, no fuesen propietarios de una solución de vivienda y que por razón de dichos actos hubiesen perdido al miembro del hogar de quién derivaban su sustento.

ARTICULO 14o. Los postulantes al Subsidio Familiar de Vivienda en las condiciones de que trata este decreto, podrán acogerse a cualesquiera de los planes declarados elegibles por el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe.

ARTICULO 15o. La cuantía máxima del Subsidio Familiar de Vivienda de que trata este decreto será el equivalente a quinientas unidades de poder adquisitivo constante (500 UPAC).

ARTICULO 16o. Las postulaciones al Subsidio Familiar de Vivienda de que trata este decreto, serán atendidas por el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Inurbe, con cargo a los recursos asignados por el Gobierno para el Subsidio de Vivienda de Interés Social. Las solicitudes respectivas serán decididas dentro de los diez días hábiles siguientes a su presentación.

ARTICULO 17o. Se aplicará al Subsidio Familiar de Vivienda de que trata este decreto, lo establecido en la ley 3 de 1991 y disposiciones complementarias, en cuanto no sean contrarias a lo que se dispone en este estatuto.

CAPITULO IV ASISTENCIA EN MATERIA DE CREDITO

ARTICULO 18o. El Instituto de Fomento Industrial -IFI-, redescontará los préstamos que a partir de la vigencia de este decreto otorguen los distintos establecimientos de crédito a las víctimas de atentados terroristas a que se refiere este Decreto, para financiar la reposición o reparación de vehículos, maquinaria, equipo, equipamiento, muebles y enseres, capital de trabajo y reparación o reconstrucción de inmuebles destinados a locales comerciales.

Así mismo, en desarrollo del principio de solidaridad el Banco Central Hipotecario -BCH-, otorgará directamente a dichos damnificados, préstamos para financiar la reconstrucción o reparación de inmuebles.

Estas operaciones las harán el Instituto de Fomento Industrial- IFI- y el Banco Central Hipotecario -BCH-, en una cuantía inicial total de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000). En caso de que tales recursos fueren insuficientes, podrán efectuarse operaciones adicionales, hasta por otros cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), previo concepto favorable de un comité integrado para el efecto por el Secretario General de la Presidencia de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, el Director del Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, el Gerente del IFI y el Presidente del Banco Central Hipotecario -BCH-.

ARTICULO 19o. En desarrollo de sus funciones, el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social contribuirá para la realización de las operaciones contempladas en el artículo anterior, de la siguiente manera:

a. La diferencia entre la tasa a la que ordinariamente capta el Instituto de Fomento Industrial -IFI- y la tasa a la que se haga el redescuento de los créditos que otorguen los establecimientos de Crédito, será cubierta con cargo

a los recursos de Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, conforme a los términos que para el efecto se estipulen en el convenio que se suscriba entre el Instituto de Fomento Industrial -IFI- y el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social.

b. La diferencia entre la tasa de captación del Banco Central Hipotecario -BCH- y la tasa a la que efectivamente se otorgue el crédito será cubierta, incrementada en tres puntos, con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, según los términos estipulados en el convenio que para dicho efecto se suscriba entre el Banco Central Hipotecario -BCH- y el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social.

En los convenios a que se hace referencia en este artículo se precisarán las condiciones y montos que podrán tener tanto los créditos redescontables por el Instituto de Fomento Industrial, como aquellos que otorgue el Banco Central Hipotecario, en desarrollo del presente decreto, para lo cual se tendrá en cuenta el principio de solidaridad y el deber de proteger a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

ARTICULO 20o. Los establecimientos de crédito diseñarán los procedimientos adecuados para estudiar las solicitudes de crédito a que se refiere el presente Decreto de manera prioritaria, en el menor tiempo posible y exigiendo solamente los documentos estrictamente necesarios para el efecto.

La Superintendencia Bancaria velará por la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo.

ARTICULO 21o. El Fondo de Solidaridad y Emergencia Social centralizará la información sobre las personas que se beneficiaren de los créditos aquí establecidos, con los datos que para el efecto les deben proporcionar los establecimientos de crédito que otorguen los diversos préstamos, con el propósito de que las entidades financieras y las autoridades públicas puedan contar con la información exacta sobre las personas que se hayan beneficiado de determinada línea de crédito.

ARTICULO 22o. En aquellos eventos en que las víctimas de los actos a que se refiere el presente Decreto, se encontraren en imposibilidad de ofrecer una garantía suficiente de acuerdo con las sanas prácticas del mercado financiero, para responder por los créditos previstos en los artículos anteriores, dichos

créditos podrán ser garantizados por el "Fondo de Garantía para la Solidaridad".

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, en desarrollo de su objeto constitucional y en ejercicio de las atribuciones que le otorga el Decreto 2133 de 1992, el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social podrá celebrar un contrato fiduciario con la filial fiduciaria del Instituto de fomento Industrial, con el propósito de crear el "Fondo de Garantías para la Solidaridad", cuya función será garantizar el pago de los créditos otorgados en desarrollo del presente decreto por los establecimientos de crédito a través de la línea de redescuento del Instituto de Fomento Industrial -IFI-, así como los directamente otorgados por el Banco Central Hipotecario -BCH- a las víctimas de los atentados terroristas, en los casos previstos en el inciso primero del presente artículo.

La filial fiduciaria del Instituto de Fomento Industrial -IFI-, expedirá el certificado de garantía en un lapso que no podrá exceder a dos (2) días hábiles contados a partir de la fecha en que haya presentado la solicitud respectiva a la fiduciaria y se haya acreditado el cumplimiento de los requisitos correspondientes.

ARTICULO 23o. El establecimiento de crédito respectivo podrá hacer efectivo ante la filial fiduciaria del Instituto de Fomento Industrial -IFI-, en su calidad de administrador del Fondo, el certificado de garantía correspondiente, para que se le reembolse el saldo a su favor, siempre y cuando además de cumplir las demás condiciones que se hayan pactado, acredite al Fondo que adelantó infructuosamente las actuaciones necesarias para la recuperación de las sumas adeudadas, de acuerdo con lo que se señale en el contrato por el cual se cree el Fondo de Garantías de Solidaridad.

CAPITULO V ASISTENCIA EN MATERIA EDUCATIVA

ARTICULO 24o. Los beneficios contemplados en los Decretos 2231 del 3 de Octubre de 1989 y 48 del 4 de Enero de 1990, serán concedidos también a las víctimas de atentados terroristas. En este caso, corresponderá al Fondo de

Solidaridad y Emergencia Social, expedir la certificación correspondiente, con base en las listas a que se refiere el artículo 4o. del presente Decreto.

CAPITULO VI ASISTENCIA CON LA PARTICIPACION DE ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO

ARTICULO 25o. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social en desarrollo de su objeto constitucional, y con sujeción a lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución, el Decreto 777 de 1992 y las demás normas que lo adicionen o modifiquen, podrá celebrar contratos con personas jurídicas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar los programas y actividades de dichas entidades dirigidos a apoyar a las víctimas de los atentados terroristas a que se refiere el presente decreto. Las actividades o programas objeto de apoyo podrán incluir el suministro de la asistencia económica, técnica y administrativa necesaria a las víctimas de las actividades terroristas que por su situación económica pueden no tener acceso a las líneas ordinarias de crédito del sistema financiero.

CAPITULO VII OTRAS DISPOSICIONES

ARTICULO 26o. Las actuaciones que se realicen para la Constitución y registro de las garantías que se otorguen para amparar los créditos a que se refiere este Decreto, deberán adelantarse en un término no mayor de dos días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud, y estarán exentas de derechos notariales, registrales y del pago de los impuestos nacionales actualmente vigentes para tales trámites. Igualmente estarán exentos de impuestos nacionales los documentos que deban expedirse para efectos de los créditos que se otorguen en desarrollo del mismo.

Para efectos de acreditar que la respectiva actuación tiene por objeto amparar los créditos a que se refiere este Decreto bastará la certificación del

establecimiento de crédito beneficiario de la garantía, donde identifique el préstamo como "crédito de solidaridad".

ARTICULO 27o. Las asambleas y los concejos podrán establecer dentro de la órbita de su competencia exenciones de los impuestos de beneficencia, predial, industria y comercio, rodamiento de vehículos, registro y anotación y de aquellos otros que consideren del caso, en beneficio de las víctimas de los atentados terroristas a que se refiere este Decreto.

ARTICULO 28o. En cumplimiento de su objeto constitucional, y en desarrollo de las facultades que le otorga el Decreto 2133 de 1992, el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social financiará la asistencia humanitaria, médica, quirúrgica y hospitalaria de las víctimas de los atentados a que se refiere el presente decreto; los gastos funerarios de las mismas; los seguros que se considere necesario contratar para proteger a los habitantes contra las consecuencias de los atentados terroristas, y subsidiará las líneas de crédito a que se refiere el presente decreto de conformidad con las reglamentaciones que adopte su Consejo Directivo. Igualmente podrá cofinanciar los programas que adelanten las entidades territoriales para atender a las víctimas de los atentados a que se refiere el presente decreto y apoyar los programas que con el mismo propósito realicen entidades sin ánimo de lucro, celebrando para este último efecto los contratos a que se refiere el Decreto 777 de 1992.

Los pagos que deban hacerse por razón de los seguros que se contraten se harán con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Emergencia Social.

ARTICULO 29o. La asistencia que la Nación o las entidades públicas presten a las víctimas de los atentados terroristas, en desarrollo de lo dispuesto en el presente Decreto y de los programas de atención que al efecto se establezcan, no implica reconocimiento por parte de la Nación o de la respectiva entidad de responsabilidad alguna por los perjuicios causados por el atentado terrorista.

ARTICULO 30o. En el evento de que la Nación o las entidades públicas sean condenadas a reparar los daños a las víctimas de atentados terroristas, del monto total de los perjuicios que se liquiden se deducirán las sumas que la Nación o las entidades públicas hayan entregado a las víctimas o en favor de

las mismas, en razón de lo dispuesto en el presente decreto y de los programas de asistencia que se adopten, por concepto de:

- a) Asistencia humanitaria, médica, quirúrgica y hospitalaria;
- b) Gastos funerarios;
- c) Seguros;
- d) Subsidio de vivienda;
- e) Subsidios en materia crediticia
- f) Asistencia en materia educativa, y
- g) Otros apoyos suministrados a través de entidades sin ánimo de lucro, con los propósitos a que hacen referencia los artículos anteriores.

PARAGRAFO. Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social llevará una contabilidad detallada de todos los pagos que realicen.

ARTICULO 31o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, subroga el decreto 263 de 1993, y mantendrá su vigencia por el tiempo que se mantenga el estado de conmoción interior, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional la prorroque en desarrollo de lo previsto por el artículo 213 de la Constitución Política.

PUBLIQUESE Y CUMPLASE

Dado en Santa Fe de Bogotá.D.C. a 8 de marzo de 1993.

III. INTERVENCION DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.

El apoderado del referido Ministerio, Dr Antonio José Nuñez Trujillo, al solicitar la declaratoria de exequibilidad del decreto 444 de 1993, precisa:

- "La propia Constitución prevé diversos principios que sirven de base a los cometidos del decreto 444 de 1993".

- "La declaratoria de conmoción tomó la adopción de medidas encaminadas a incrementar la protección de las víctimas de la violencia..." (Considerando No. 15, Decreto 1793 de 1992)".
- "Dichas medidas incluyen los mecanismos tendientes a remediar las diversas situaciones de desequilibrio sufridas por dichas víctimas como consecuencia de los atentados terroristas".
- "Las situaciones de desequilibrio incluyen las distintas variantes previstas en el Decreto sub-exámine, entre las que se comprenden las necesidades de vivienda y salud de las víctimas".
- "Los procedimientos establecidos para solucionar tales situaciones son acordes con la Constitución y con las funciones de las diversas entidades referidas en el decreto".
- "En armonía con lo precedente el decreto es acorde con la Constitución".

IV. INTERVENCION DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

El Ministro de Defensa Nacional, Dr Rafael Pardo Rueda, justifica la constitucionalidad del Decreto en revisión exponiendo, entre otras, las siguientes razones:

En primer término manifiesta que el decreto cumple con el lleno de los requisitos formales. Y en cuanto al contenido, hace énfasis en la constitucionalidad de los artículos 29 y 30, y al respecto considera lo siguiente:

"La jurisprudencia nacional ha reconocido siempre la legitimidad y oportunidad de la actuación de la Fuerza Pública. Sin embargo, ha condenado a la Nación, en virtud de la teoría del llamado "Daño Especial" fundamentado en el rompimiento intempestivo de las "Cargas Públicas" que normalmente deben soportar los miembros de la comunidad, originando ese desequilibrio o rompimiento en el estado de alteración del orden público acentuado en algunos sectores del país. No obstante, como el Gobierno Nacional no comparte la viabilidad de esta condena, tiene el deber de prevenir dobles

pagos por los mismos conceptos, los que surgirían si las víctimas de los atentados cobijados por esta norma, ejercieran la acción judicial aludida".

"Deducir las sumas que la Nación entregue a las víctimas del terrorismo con fundamento en este decreto, de aquellas posibles condenas relacionadas con las actuaciones terroristas, referidas en la norma que nos ocupa, equivale a dar certeza, eficacia y proyección al resarcimiento total o parcial de los perjuicios, permitiendo al Estado hacer una protección eficaz de los recursos, evitando hacer un pago doble, motivado en la pretensión común de tomar las indemnizaciones surgidas de la acción de reparación directa como una fuente de enriquecimiento, que desborda el objeto de la acción judicial, cual es la reparación del daño y sólo del daño. De esta manera se evitan "efectos perturbadores" causados por las acciones terroristas que hacia el futuro, puedan afectar gravosamente el Presupuesto Nacional."

V. INTERVENCION DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA.

El Dr Miguel Silva Pinzón, en su calidad de Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, al exponer las razones que sustentan la constitucionalidad del Decreto en revisión manifiesta, en lo pertinente:

Anotando que Colombia es un Estado Social de Derecho y por lo tanto las autoridades públicas deben sujetarse no sólo a las reglas preexistentes que determinan sus competencias, sino también que deben actuar con el fin de proteger y asegurar la satisfacción de los derechos fundamentales, consideró pertinente recordar, como lo ha dicho reiteradamente la H. Corte Constitucional, que "la persona es el fin último del Estado".

Agrega, que "todo lo anterior implica que las facultades que otorga al Gobierno el Art. 213 de la Carta deben ejercerse tomándo como propósito asegurar los principios, derechos y deberes consagrados en la misma. Asi las cosas, dentro de las medidas que el Gobierno puede y debe adoptar en virtud del Estado de Conmoción Interior se encuentran necesariamente aquellas que tienen como propósito asegurar la protección y satisfacción de los derechos fundamentales de las personas que se vean afectadas por la perturbación del orden público, como ocurre con los actos terroristas".

"Es pertinente recordar a este respecto, que la atención a las víctimas de atentados terroristas constituye una necesidad importante, extraordinaria e improrrogable en el tiempo, lo cual por sí solo justifica la adopción de medidas de excepción de acuerdo con la jurisprudencia sentada por la H. Corte en Sentencia C-004, en uno de cuyos apartes se señala: " Una necesidad importante y extraordinaria e improrrogable en el tiempo es una hipótesis que entra en el concepto de hecho sobreviniente con actitud para erigirse en la amenaza grave e inminente del orden social. La necesidad extraordinaria es aquella que no puede ser satisfecha en un tiempo razonable, a través de los medios de la legislación ordinaria..." "

De otra parte añade que "es importante tener en cuenta que los atentados terroristas con artefactos explosivos dirigidos en forma indiscriminada contra la población causan muerte y graves daños a la integridad física y al patrimonio de numerosas personas, que por tal razón quedan colocadas en una situación de debilidad manifiesta, motivo por el cual el Estado, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 13 de la Carta, debe adoptar las medidas apropiadas para brindar el apoyo que sea necesario ".

Finalmente, considera importante señalar "que las medidas que se adoptan en el decreto 444 de 1993 no implican un reconocimiento de la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados por atentados terroristas, sino que constituyen una forma de satisfacer los derechos fundamentales de los habitantes que se vean afectados por dichos atentados ". Al respecto, concluye que "la inexistencia de una responsabilidad del Estado no excluye que éste deba adoptar medidas para proteger a las víctimas de los atentados terroristas, en desarrollo de los preceptos constitucionales a que se ha hecho referencia ".

VI. INTERVENCION DEL MINISTERIO DE JUSTICIA.

El Dr Andrés González Díaz, en su calidad de Ministro de Justicia, expuso, para establecer la exequibilidad del decreto objeto de revisión, entre otras, las siguientes razones:

En primer término, señala que el Decreto cumple con los requisitos formales. Y en lo referente al aspecto material dice:

"el gobierno debe ejercer las facultades establecidas en el artículo 213 de la Constitución Nacional, asegurando la protección y satisfacción de los derechos fundamentales de las personas afectadas con la perturbación del orden público ".

- "A su vez el artículo 13 de la Constitución Nacional consagra la protección especial por parte del Estado a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta ".

- "Esta atención constituye una necesidad extraordinaria e improrrogable en el tiempo, y por este sólo hecho se justifican las medidas del decreto 444 de marzo de 1993 ".

En cuanto al ámbito de aplicación del decreto, considera que "en desarrollo del principio de solidaridad social, las víctimas de atentados terroristas recibirán asistencia humanitaria, entendiéndose por ésta la ayuda indispensable para atender requerimientos urgentes y necesarios para satisfacer los derechos constitucionales, menoscabados de las personas afectadas por el terrorismo ".

Consecuente con lo anteriormente expuesto, el Ministro de Justicia concluye: "las medidas concebidas se encuentran dentro de la órbita constitucional y en consecuencia, el Gobierno al dictarlas, actuó en cumplimiento de los deberes impuestos por la misma Carta ".

VII. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El Ministerio Público a través de la comunicación 186 de abril 20 de 1993, cumplió, en tiempo, con lo dispuesto en los artículos 242 numeral 2 y 278 numeral 5 de la Carta en concordancia con el artículo 38 del Decreto 2067 de 1991, solicitando "la declaratoria de constitucionalidad del Decreto 444 de 1993 ".

Para tal efecto argumenta, en lo pertinente :

En lo referente al tema de la conexidad considera que "es evidente que las disposiciones adoptadas por el Decreto 444 de 1993, guardan el debido vínculo de conexidad con los motivos que originaron la declaratoria y posterior prolongación de la conmoción interior ".

Al respecto afirma el Señor Procurador: "el Decreto Legislativo bajo estudio, tiene como finalidad dictar medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas en materia de salud, de vivienda, de educación y de créditos para la financiación de las necesidades básicas de las víctimas de tales actos criminales ..."

Analizando el caso en concreto, manifiesta que, en su concepto, "las disposiciones previstas en el Decreto 444 de 1993 son acordes con la Constitución toda vez que se encuentran apuntaladas sobre principios como son la solidaridad y la dignidad humana y están encaminadas a la protección a la vida y otros derechos fundamentales de las personas víctimas de atentados terroristas, tales como la salud, educación..."

Finalmente concluye diciendo que, "las medidas así concebidas se encuentran dentro de la órbita constitucional y, en consecuencia, el Gobierno al dictarlas actuó en estricto cumplimiento de los deberes impuestos en la misma Carta".

VIII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Competencia.

De conformidad con los artículos constitucionales 214 numeral 6o y 241 numeral 7, corresponde a la Corte Constitucional decidir en forma definitiva sobre la constitucionalidad del decreto legislativo 444 de ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993), dictado por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo 213 de la Constitución Nacional.

2. Conexidad del Decreto 444 de 1993 con la situación que determinó la declaratoria del Estado de Conmoción Interior.

El Decreto 444 de 1993, fué dictado, no sólo con fundamento en el artículo 213 de la C.N., sino en el decreto 1793 de 1992, mediante el cual se declaró el estado de conmoción interior, en todo el territorio nacional, por el lapso de 90 días, contados a partir del 8 de noviembre de 1992, declarado

constitucional por ésta Corte según sentencia No. C-031 del 8 de febrero de 1993; decreto 1793 de 1992, cuya vigencia fue prolongada por el decreto legislativo 261 de 1993, el cual fue declarado igualmente exequible por ésta Corte, a través de la sentencia No C-154, de 1993.

El Gobierno Nacional, al expedir el Decreto 1793 de 1992, adujo como causas o motivos para declarar el estado de conmoción interior, las siguientes:

"Que en las últimas semanas la situación de orden público en el país, que venía perturbada de tiempo atrás, se ha agravado significativamente en razón de las acciones terroristas de las organizaciones guerrilleras y de la delincuencia organizada."

"Que es necesario adoptar medidas encaminadas a incrementar la protección de las víctimas de la violencia..."

En el decreto, materia de revisión, se invocan como hechos o circunstancias que originaron la expedición de medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas, los siguientes:

"Que el artículo transitorio 46 de la Constitución Política, dispuso el funcionamiento de un fondo de Solidaridad y Emergencia Social con el objeto de financiar proyectos de apoyo a los sectores más vulnerables de la población colombiana.

Que en desarrollo de su objeto, corresponde al Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, de conformidad con el decreto 2133 de 1992, adelantar programas que tengan por finalidad contribuir a la satisfacción de las necesidades de las personas y grupos vulnerables por razón de la violencia, así como programas y proyectos especiales que contribuyan a conjurar una situación de emergencia social o que demanden una atención especial del Estado.

Que los atentados terroristas con bombas y artefactos explosivos dirigidos en forma indiscriminada contra la población, han causado muerte, destrucción y grave daño en la integridad física y el patrimonio de centenares de personas".

De esta manera, el decreto objeto de examen de exequibilidad, se refiere a materias que tienen relación directa y específica con la situación que

determinó la declaratoria del Estado de Conmoción Interior; conexidad entre ésta y aquel, que se precisará, aún más, cuando se entre a examinar el contenido material del estatuto en revisión.

3. Constitucionalidad formal del Decreto 444 de 1993.

El Decreto 444 de 1993, es constitucional desde el punto de vista formal, es decir, no adolece de vicios de procedimiento en su expedición que afecten su validez, por cuanto:

Se expidió por el Presidente de la República, de acuerdo con las competencias que le fueron asignadas por los artículos 213 y 214 de la Constitución Nacional.

De conformidad con el artículo 213 inciso 1° de la Carta, se firmó por el Presidente de la República y todos los Ministros; anotándose que, para la fecha de la firma del decreto, los Viceministros de Hacienda y Crédito Público, Agricultura, Educación Nacional y Salud se encontraban encargados de las funciones de los respectivos despachos.

Se expidió dentro del término de vigencia del Decreto 1793 de noviembre 8 de 1992, por medio del cual se declaró, en todo el territorio nacional, el estado de conmoción interior, y cuya vigencia se prorrogó por el decreto 261 de 1993.

4. El Gobierno Nacional esta habilitado para dictar medidas que de ordinario son de competencia del legislador.

Antes de abocar el examen de constitucionalidad de cada una de los capítulos del decreto 444 de 1993, el cual se hara mediante la confrontación del contenido de sus normas con la Carta Política, debe señalarse, que las facultades excepcionales que se otorgan al Gobierno Nacional, a través de la institución de la conmoción interior, lo habilitan para ejercer la competencia en materia legislativa, esto es, para sustituir al legislador ordinario en la función de expedir las leyes.

Atribuciones, que como se dijo por esta Corte en sentencia C-136 del 15 de abril de 1993, "no son ilimitadas ni omnímodas, pues la propia Carta Política le establece cortapisas a su función de legislador extraordinario" (artículos. 213 y 214 de la Constitución Política).

5. La materia del decreto 444 de 1993 y su constitucionalidad.

5.1. Filosofía jurídico -constitucional del decreto 444 de 1993.

Para efectos de realizar el exámen material del decreto 444 de 1993, es preciso dar cuenta de que la filosofía del decreto responde a la necesidad de prestar una **ayuda humanitaria** representada en la concesión de una serie de beneficios, auxilios y servicios a las víctimas de los atentados terroristas perpetrados con bombas o artefactos explosivos, representados en: asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria, rehabilitación física y mental; acceso fácil y oportuno al subsidio familiar de vivienda que otorga el Instituto Nacional de Vivienda de interés social y reforma urbana, INURBE, con el fin de que los llamados "hogares damnificados" puedan adquirir o recuperar su vivienda, o en su defecto, obtener la solución de vivienda mediante el arrendamiento; asistencia crediticia, a través de la creación de mecanismos ágiles, para que los establecimientos de crédito y, particularmente, el Banco Central Hipotecario otorguen créditos para financiar la reposición, reparación o reconstrucción de bienes muebles o inmuebles o equipos de trabajo, averiados o destruidos por la acción terrorista, y beneficios especiales en materia educativa.

Los fines humanitarios y altruistas a los cuales apuntan las disposiciones del decreto bajo exámen, se adecúan a los postulados del preámbulo de la Constitución, en cuanto declara que la protección de la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento y la paz, constituyen elementos estructurales del nuevo orden constitucional. Igualmente, las referidas disposiciones desarrollan el contenido material de los principios, valores y derechos que emergen de los siguientes preceptos constitucionales : 1o. 2o., 5o, 11, 12, 13, 16, 22, 25, 42, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 54, 58, 60, 67, 70, 85 y 86.

5.2. El riesgo excepcional y el principio de igualdad ante las cargas públicas, como justificantes del decreto 444 de 1993.

5.2.1. Las medidas que el decreto contempla en favor de las víctimas del terrorismo se justifican política y jurídicamente, bajo la teoría que admite la **responsabilidad estatal sin culpa, cuando el daño proviene de un riesgo de naturaleza excepcional y anormal, creado por la administración**, como ocurre en la situación que nos ocupa, el cual es generado, con motivo del desarrollo de las actividades y misiones que el Estado debe asumir, para combatir la violencia y el terrorismo de la subversión guerrillera y del narcotráfico.

Principio fundamental, consagrado dentro de la Constitución Política, es el de que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana y en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran.

Deber fundamental de toda persona, establecido en la Carta Política, es el de que todos los miembros de la comunidad nacional están obligados a obrar conforme al principio de la solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o salud de las personas.

Por consiguiente, consecuente con tales preceptos normativos el Estado ante situaciones calamitosas, como las que describe el decreto 444 de 1993, debe actuar con un sentido de colaboración y solidaridad, acudiendo en auxilio de personas inocentes que han sido afectadas en su integridad física y mental o en sus bienes, por las acciones terroristas de los grupos u organizaciones criminales, que se oponen a la acción legítima del Estado, encaminadas a prevenir y reprimir sus actividades delincuenciales.

La situación conflictiva que se presenta entre los grupos y organizaciones criminales y el Estado, que pretende someterlos al orden, genera para la población civil, la cual se encuentra inerme y ajena, en principio, al conflicto, un **riesgo excepcional**, que justifica plenamente el que el mismo Estado provea a la creación de mecanismos idóneos para socorrer a las víctimas que eventualmente genera la confrontación.

5.2.2. Además, los diferentes tipos de ayudas y auxilios a las víctimas del terrorismo tiene como fundamento **el principio de equidad y de justicia distributiva, base y sustento del principio de igualdad ante las cargas públicas**, según el cual las cargas requeridas para lograr la satisfacción de los intereses colectivos o comunitarios, no deben recaer sobre uno o mas

individuos determinados, sino que deben repartirse equitativamente entre todos los integrantes de la colectividad.

Bajo dicha concepción, constituye un principio elemental de justicia que la reparación, así sea en mínima parte, de los perjuicios recibidos, por las víctimas del terrorismo, a través de los mecanismos instituidos, dada la necesidad del Estado de mantener la seguridad, la paz y convivencia pacífica, sea asumida y distribuida entre todos los integrantes de la comunidad.

5.3. Conformidad del contenido del decreto con el ordenamiento constitucional.

En cuanto a la consonancia material de las disposiciones del decreto 444 de 1993 con la Constitución Política, esta Corte analiza su constitucionalidad bajo la perspectiva del contenido sustancial de las diferentes normas que lo integran, así:

A. El capítulo I, contiene *disposiciones generales*, mediante las cuales, se precisa lo siguiente:

Se concreta tanto el concepto de asistencia humanitaria, como el de víctimas, para efectos de la ayuda que se establece en esta norma (art.1);

También, se determina la forma de participación del Instituto de Bienestar Familiar, en la asistencia prioritaria a los menores de edad damnificados (art.3o), y del Comité Local para la Prevención y Atención de Desastres, o la oficina que hiciere sus veces, en la elaboración del censo de perjudicados por el acto terrorista (art.4o);

Así mismo, se indican las facultades del Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, en el sentido de determinar si el decreto que se revisa es aplicable o no, en caso de duda sobre el carácter de víctima de una persona.

Considera la Corte: Si bien la política del Estado, en su sentido más amplio, debe estar orientada a impulsar niveles crecientes de bienestar, y a satisfacer las necesidades socialmente definidas como básicas de toda la

población, el Estado, igualmente, debe comprometerse a subsanar o suplementar las debilidades, físicas, mentales o económicas, que aquejan a determinadas personas, para hacer realidad, en esta forma, el principio de igualdad.

Las personas que han padecido de manera personal, real y directa, las terribles consecuencias de los actos terroristas, son "*víctimas*", pues además de que se exponen a un grave riesgo por otro, en este caso, el Estado, responsable por el mantenimiento de las instituciones republicanas, también sufren una violencia injusta en su integridad física y un ataque ilícito a sus derechos.

Las víctimas de los atentados terroristas, encajan dentro de la clase de personas que se encuentran disminuidas en aspectos físicos, psíquicos o económicos, en consecuencia, es constitucional, la normatividad que atiende a su protección, pues es desarrollo del principio de la solidaridad (art. 1o) y del derecho a la igualdad (art.13), al promover la creación o funcionamiento de múltiples instituciones o mecanismos de beneficencia o solidaridad social para atenuar o reparar sus lamentables condiciones. En efecto:

Tanto el principio de la solidaridad, el cual a su vez, es un deber, como el derecho a la igualdad, con la consiguiente discriminación positiva, para el logro de la verdadera igualdad, son el fundamento constitucional para que el Estado a través de normas como las que se revisan, conceda una *asistencia humanitaria especial* a las víctimas de los actos de violencia y maldad, ejecutados por las organizaciones guerrilleras y la delincuencia organizada.

El principio que señala como fin esencial del Estado, proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, es el soporte para declarar la exequibilidad de las normas que se revisan, en cuanto disponen la participación y el desarrollo de diferentes acciones por el *Fondo de Solidaridad y Emergencia Social*, el *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*, los *Comités Locales para la Prevención y Atención de Desastres*, las *Oficinas para la Prevención de Emergencias de las distintas Alcaldías* y las *demás entidades públicas*, en beneficio de las víctimas del terrorismo.

Efectivamente, de conformidad con el artículo transitorio 46 de la Constitución Política, el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, tiene dentro de sus funciones, financiar proyectos de apoyo a los sectores más vulnerables de la población colombiana.

En desarrollo del artículo 44 de la Constitución Política, que consagra los derechos fundamentales de los niños y la obligación por parte de la familia, la sociedad y el Estado, de garantizar el ejercicio pleno de esos derechos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, dentro de sus funciones, deberá prestar asistencia prioritaria a los menores de edad que, por razón de los atentados terroristas, hayan quedado sin familia o que teniéndola, no se encuentre en condiciones de asumir su cuidado.

B. El capítulo II, que versa sobre la *asistencia en materia de salud*, comprende un conjunto normativo dirigido a:

Fijar la obligación de las instituciones hospitalarias públicas o privadas de atender de manera inmediata e incondicional a las víctimas de los atentados terroristas que lo requieran (art.5o).

Especificar en que consisten los servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria (art.6o).

Señalar que el reconocimiento y pago de dichos servicios, a cargo de las instituciones hospitalarias o en su defecto los particulares, se hará por conducto del Ministerio de Salud, con cargo a los recursos que suministre el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social (art.7o).

Preveer que, cuando el Ministerio de Salud tenga duda sobre la procedencia de una solicitud, para la prestación de un servicio médico determinado, podrá pedir concepto de una junta médica (inciso segundo del art.7o).

Disponer que para el reconocimiento y pago de los servicios prestados por razón de hechos ocurridos entre el 8 de noviembre de 1992 y a la entrada en vigencia de este decreto, se podrá solicitar el correspondiente pago y reembolso ante el Ministerio de Salud (parágrafo del art. 7o).

Señalar que las víctimas que estuvieren afiliadas a entidades de previsión o seguridad social, serán remitidas, una vez se les preste la atención de urgencias y se logre su estabilización, a las instituciones hospitalarias que definan dichas entidades, para que allí se continúe el tratamiento requerido; previéndose que los costos, tanto del tratamiento inicial como el requerido

posteriormente, seán asumidos por la correspondiente Institución de Previsión y Seguridad Social(art. 8o)

Determinar que los gastos que demanden las víctimas amparadas por pólizas de compañías de seguro de salud o contratos con empresas de medicina prepagada, sean cubiertos por el Estado, en aquella parte del paquete de servicios definidos por el decreto y que no estan cubiertos por el respectivo seguro o contrato o que lo estén en forma insuficiente (art.9o).

Finalmente, a precisar los aspectos sobre los cuales el Ministerio de Salud ejercerá evaluación y control (art, 10), y, que el incumplimiento de lo dispuesto en este capítulo, será causal de sanción, imponible por las autoridades competentes, que tienen a su cargo la función de inspección y vigilancia (art.11).

Considera la Corte: El capítulo II del decreto 444 de 1993, contempla una serie de disposiciones que ya estaban consignadas en el decreto de Conmoción Interior 263 de 1993, subrogado por aquel; el decreto 263 fue declarado constitucional por esta Corporación a través de sentencia C-134 de 1993 (Magistrado Ponente: Dr Alejandro Martinez Caballero). Por consiguiente, esta Corte respecto al mencionado capítulo, resuelve estarse a lo considerado y dispuesto en la aludida sentencia, pues no es del caso volver a pronunciarse sobre lo decidido.

Referente al numeral 8o del artículo 6o y al inciso 2o del artículo 7o del decreto 444 de 1993, unicas materias novedosas frente al decreto subrogado, se anota que así como no se encontró objeción alguna, en la sentencia mencionada en cuanto a que los servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria para las víctimas de los atentados terroristas, comprendieran los servicios de rehabilitación física, no se observa ahora reparo, a que tambien se cobijen dentro de esos servicios, los de rehabilitación mental, en los casos en que como consecuencia del atentado terrorista la persona quede gravemente incapacitada para desarrollar una vida normal de acuerdo con su situación personal.

Igualmente, no se vislumbra inconstitucionalidad en el contenido de la norma, que facultad al Ministerio de Salud, para efectos de adoptar una decisión, cuando se solicita la prestación de los servicios de que trata el decreto 444 de 1993, y existe duda sobre la procedencia de la solicitud de asistencia médica.

C. El capítulo III, referente a la *asistencia en materia de vivienda*, contempla lo siguiente:

Se define que se entiende por hogares damnificados (art. 13); y, establece la forma como se accede al subsidio familiar de vivienda, de que trata la ley 3 de 1991 y determina la función del INURBE, en cuanto a dar prioridad a las solicitudes de esos hogares. Cuando el subsidio, no sea suficiente para la adquisición o recuperación de la vivienda, el monto del mismo podrá destinarse a financiar, en todo o en parte, el valor del arrendamiento de una solución de vivienda (art.12).

Como complemento de lo anterior, se consagra la cuantía máxima del subsidio (art.15), y se prevé la posibilidad para los hogares damnificados de acogerse a cualesquiera de los planes declarados elegibles(art.14), y que las postulaciones para el acceso al subsidio sean atendidas por el INURBE, con cargo a los recursos asignados por el Gobierno para el subsidio de vivienda de interés social (art.16), al cual, se aplicará lo establecido en la Ley 3 de 1991 (art 17).

Considera la Corte: El propósito del decreto objeto de control de constitucionalidad, referido a satisfacer el derecho de las víctimas de los atentados a una vivienda digna, es una activación o desarrollo del artículo 51 de la Constitución Nacional.

Por medio del capítulo III del decreto 444 de 1993, se verifican la obligaciones estatales, de fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho de todos los colombianos a una vivienda digna, y de promover planes de vivienda de interes social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.

La Corte aclara, que si bien el artículo 51 de la Constitución Política, establece para todos los colombianos el derecho a la vivienda digna, no se incurre en inconstitucionalidad, cuando el decreto que se revisa, señala un programa de financiación, construcción, mejoramiento, reubicación y habilitación de vivienda para un determinado sector de los colombianos. Efectivamente, la misma Carta, en aras de lograr la verdadera igualdad,

permite la discriminación por parte de la ley, que es razonable, como en este caso, a favor de las víctimas del terrorismo.

Finalmente, debe anotarse, que el decreto 599 de 1991, "por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley No 3 de 1991", no sólo precisó que debe entenderse por "hogares damnificados" -concepto que ahora se menciona en el decreto 444 de 1993-, sino que se encuentra vigente.

D. El capítulo IV, acerca de la *asistencia en materia de crédito*, prevé:

-La misión que en esta materia incumbe al Instituto de Fomento Industrial -IFI-, el cual redescontará los préstamos que con ocasión a este decreto, otorguen los establecimientos de crédito, así como lo que atañe al Banco Central Hipotecario -BCH-, el cual otorgará prestamos directamente a los damnificados (art. 18).

-La manera como el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social contribuirá a la realización de esas operaciones.(art 19).

-Que los establecimientos de crédito diseñarán los procedimientos adecuados para estudiar las solicitudes de crédito de manera sumaria, prioritaria y exigiendo solamente los documentos estrictamente necesarios para el efecto, y corresponde a la Superintendencia Bancaria vigilar el cumplimiento de esta disposición (art.20).

-La centralización de la información acerca de las personas que se beneficiaren de los créditos aquí establecidos, lo cual estará a cargo del referido Fondo (arts. 20 y 21).

-Que el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social podrá celebrar un contrato fiduciario con la filial fiduciaria del I.F.I., con el propósito de crear el "Fondo de Garantías para la Solidaridad", cuya función será garantizar el pago de los créditos otorgados en desarrollo del presente decreto por los establecimientos de crédito a través del I.F.I. o del B.C.H., a las víctimas de los atentados terroristas, en aquellos eventos en que estas, se encontraren en imposibilidad de ofrecer una garantía suficiente de acuerdo con las sanas prácticas del mercado financiero (art.22).

-Que el establecimiento de crédito respectivo podrá hacer efectivo ante la filial fiduciaria del I.F.I., la garantía correspondiente, para que se le reembolse el saldo a su favor, siempre y cuando además de cumplir las demás condiciones que se hayan pactado, acredite que adelantó, infructuosamente, las actuaciones necesarias para la recuperación de las sumas adeudadas (art.23).

Considera la Corte: En primer lugar, debe observarse, que las funciones adscritas al Instituto de Fomento Industrial -IFI- y al Banco Central Hipotecario -BCH-, tienen su soporte constitucional, en el desarrollo del principio de solidaridad de que trata el artículo 1o de la Constitución Política.

Evidentemente, la República de Colombia, se funda no sólo en el trabajo y solidaridad de las personas-particulares que la integran, sino que como Estado social de derecho que se proclama, se basa esencialmente, e igualmente, en la solidaridad de los servidores públicos, y de las diferentes entidades públicas que integran el Estado. Por lo tanto, dicha solidaridad también se predica respecto del -IFI- y del -BCH-.

En segundo lugar, la función del Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, encuentra respaldo constitucional, en la misma norma que le dio vida, es decir , en el artículo transitorio 46 de la Carta.

Ciertamente, la tarea señalada por el Constituyente al Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, es la de financiar proyectos de apoyo a los sectores más vulnerables de la población colombiana, como son las personas que directamente han padecido el flagelo del terrorismo en sus vidas, integridad física y bienes.

Por otra parte, el decreto desarrolla derechos y mecanismos de protección de esos derechos, tales como el derecho al trabajo de las víctimas de atentados terroristas que por razón de dichos hechos han visto menoscabada su actividad productiva, y el principio de la buena fe, el cual se consagra como un medio de protección y aplicación de los derechos, en el artículo 83 de la Constitución Nacional.

En cuanto al derecho al trabajo, se establecen líneas de crédito en el IFI y en el Banco Central Hipotecario con tasas de interés que serán subsidiadas por el Fondo de solidaridad y Emergencia Social.

Y en lo que atañe a la presunción de la buena fe en las actuaciones o gestiones de los particulares ante las autoridades públicas, se establece que los establecimientos de crédito diseñen procedimientos que permitan a las víctimas del terrorismo, obtener crédito en el menor tiempo posible y con los documentos estrictamente necesarios.

Se observa, que al consagrarse instrumentos para proteger el derecho al trabajo de dichas víctimas no sólo se ampara este derecho, sino que indirectamente se salvaguardan todos aquellos que pueden ser satisfechos directamente por la persona con el resultado de su trabajo.

Como quiera que para que una ayuda de carácter crediticia pueda ser eficaz, es indispensable la creación de mecanismos garantizadores, el decreto prevé la creación de un "Fondo de Garantías para la Solidaridad", con el fin de brindar ayuda a aquellas personas que por su condición económica, y sobre todo, por su condición de damnificados, no puedan cumplir con las exigencias ordinarias del sector financiero a sus usuarios

Por último, esta Corporación, considera constitucional, la exención de derechos notariales, registrales y del pago de impuestos nacionales en los trámites que se adelanten para constituir las garantías y suscribir los documentos requeridos para el otorgamiento de los créditos, por cuanto esta clase de regulaciones constituyen un instrumento apropiado para hacer efectiva la ayuda y las retribuciones acordadas en el decreto para las víctimas del terrorismo.

E. El capítulo V, relativo a la *asistencia en materia educativa*, dispone que los beneficios contemplados en los decretos 2231 del 3 de octubre de 1989 y 48 del 4 de enero de 1990, serán concedidos también a las víctimas de atentados terroristas, correspondiéndole al Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, la función de expedir las certificaciones correspondientes, sobre la condición de víctimas, con base en las listas a que se refiere el artículo 4o. del presente decreto (art. 24).

Considera la Corte: En este aparte del decreto, se materializan o realizan de cierta forma, los derechos a la educación y a la formación de los niños y adolescentes víctimas de un atentado terrorista, disponiéndose la aplicación de los decretos 2231 de octubre de 1989 "Por el cual se crearon unos

beneficios en el sector educativo para apoyar a las familias de las víctimas de la violencia" y 0048 de enero de 1990 "Por el cual se modifica el decreto 2231 de 1989". Ambos, son decretos con fuerza de ley, expedidos por el Presidente de la República con fundamento en el artículo 120, numeral 12, de la Constitución Política de 1886, y actualmente se encuentran vigentes.

Las disposiciones del capítulo en comento, constituyen una aplicación específica de la norma constitucional que señala al Estado el deber de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13).

Así mismo, dichas normas son el desarrollo concreto del precepto constitucional que consagra la responsabilidad en materia de educación no sólo de la familia, sino de la sociedad y el Estado, si se tiene en cuenta que la educación es un derecho fundamental de la persona, aparte de que, igualmente, es un servicio público. (art. 67).

F. El capítulo VI, que trata de la *asistencia con la participación de las entidades sin ánimo de lucro*, establece que el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, podrá celebrar contratos con esta clase de personas jurídicas, con el fin de impulsar los programas y actividades de dichas entidades, dirigidos a apoyar a las víctimas de los atentados terroristas a que se refiere el presente decreto; actividades o programas que podrán incluir el suministro de la necesaria asistencia económica, técnica y administrativa a las víctimas de las actividades terroristas que, por su situación económica, no pueden tener acceso a las líneas ordinarias de crédito del sistema financiero (art.25).

De otra parte, y como quiera que las medidas que se adopten a través de los entes financieros pueden no ser suficientes, el Decreto prevé la posibilidad de que el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, en desarrollo de lo dispuesto por el segundo inciso del artículo 355 de la Carta, recurra a organizaciones sin ánimo de lucro, apoyando la actividad que las mismas desarrollen en beneficio de las víctimas de atentados terroristas. Particularmente se prevé la posibilidad de apoyar programas dirigidos a aquellas personas que en razón de su situación no tienen acceso al crédito bancario. Esta disposición desarrolla así el deber del Estado de brindar

especial protección a las personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta (artículo 13 de la Carta) y el principio de la solidaridad social.

G. El capítulo VII, contiene, *otras disposiciones*, instrumentales, a saber:

Las operaciones que se realicen para la constitución y registro de las garantías que se otorguen para amparar los créditos a que se refiere este decreto, deberán adelantarse en un término no mayor de dos días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud, y estarán exentas de derechos notariales, registrales y del pago de los impuestos nacionales actualmente vigentes para tales trámites. Igualmente, estarán exentos de impuestos nacionales los documentos que deban expedirse, para efectos de los créditos que se otorguen en desarrollo del mismo (inciso 1o del art. 26).

Con el fin de acreditar que la respectiva operación tiene por objeto amparar los créditos a que se refiere este decreto, bastará la certificación del establecimiento de crédito beneficiario de la garantía, donde se identifique el préstamo como "crédito de solidaridad" (inciso 2o del art.26).

Por otra parte, se dispone que las asambleas y los concejos podrán establecer dentro de la órbita de su competencia, exenciones de los impuestos de beneficencia, predial industria y comercio, rodamiento de vehículo, registro y anotación y de aquellos otros que consideren del caso, en beneficio de las víctimas de los atentados terroristas a que se refiere este decreto (art.27).

Adicionalmente, el decreto extiende la asistencia financiera del Fondo de Solidaridad y Emergencia Social a los gastos funerarios de las víctimas, a los seguros que se consideren necesarios para proteger los habitantes contra los atentados terroristas, y a los programas que adelanten las entidades territoriales para atender a las víctimas del terrorismo (art.28).

En cuanto a la posible responsabilidad que pueda corresponder la Nación o las entidades públicas, por los perjuicios causados a las víctimas de los atentados terroristas, se declara que la asistencia estatal que el decreto regula, no implica el reconocimiento de responsabilidad alguna (art.29); en el evento de condenarse a dichos entes a reparar los daños ocasionados a las víctimas de los atentados terroristas, deberán deducirse las sumas que se hubieren entregado en cumplimiento de las normas del decreto que se revisa (art. 30)

Finalmente se expresa, que el decreto materia de exámen subroga el decreto 263 de 1993, y mantendrá su vigencia por el tiempo del Estado de Conmoción Interior, sin perjuicio de que se prorrogue en desarrollo de lo previsto en el artículo 213 de la Constitución Política (art. 31).

Considera la Corte: No contraviene el art. 26 del decreto que se estudia, los preceptos de los artículos 287 y 294 constitucionales, relativos a la autonomía de las entidades territoriales y a la prohibición al legislador de "conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales...", pues la norma no consagra propiamente exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con tributos de propiedad de dichos entes, sino que simplemente difiere, al libre ejercicio de las competencias que le corresponden a las Asambleas y a los Concejos, el establecimiento de exenciones a los impuestos departamentales y municipales, a que se refiere la norma examinada.

Por otra parte, la advertencia que hace el decreto (art. 29), en el sentido de que "la asistencia que la nación o las entidades territoriales presten a las víctimas de atentados terroristas..., no implica el reconocimiento de responsabilidad, no desconoce el mandato constitucional del inciso 1o, del art. 90 de la Constitución Política., según el cual: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas", por cuanto la norma objeto de análisis se refiere única y exclusivamente a la circunstancia de que la prestación de dicha asistencia no configura el reconocimiento de responsabilidad, con las consecuencias reparatorias de los perjuicios que ella comporta, a cargo de la entidad pública causante del daño, más no impide que a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se defina lo relativo a la existencia o inexistencia de la responsabilidad que pueda corresponderle a determinado sujeto público, por los perjuicios recibidos por las víctimas del terrorismo.

Lo expresado antes se confirma con lo dispuesto por el precepto del artículo siguiente, que regula la hipótesis de la eventual condena que puedan sufrir la Nación o las entidades públicas, para "reparar los daños a las víctimas de atentados terroristas", en cuanto ordena deducir "del monto total de los perjuicios que se liquiden", las sumas entregadas a dichas víctimas, en cumplimiento de la normatividad que se revisa. Estas previsiones consultan

los principios de justicia y de equidad, si se tiene en cuenta, además, que la reparación del daño con fundamento en la responsabilidad estatal no puede constituir una fuente de enriquecimiento. El resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite; y es obvio, que si el Estado ha reparado, en parte, ese perjuicio, no puede ser condenado de nuevo a reparar la porción ya satisfecha.

IX. DECISION

Según lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el Decreto 444 de 1993 "Por el cual se dictan medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas"

Cópiese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

HERNANDO HERRERA VERGARA
Presidente

JORGE ARANGO MEJIA
Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

Secretaría

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL

Magistrado ponente:

Dr. EDUARDO GARCIA SARMIENTO

Abogado Asistente:

Dr. Nicolás Bechara Simanca.

Bogotá, doce de diciembre de mil novecientos
ochenta y nueve.-

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 3 de julio de 1987, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por JORGE A. FIGUEROA DESTES, JUAN ENRIQUE FIGUEROA DESTES y JAIME CASTAÑO YEPES frente a IGNACIO PAZMIÑO, RAFAEL HUMBERTO SAMUDIO, CARLOS ARTURO PAEZ VARGAS, MANUEL NIETO, LUIS RIVERA M., PEDRO MANUEL CELY SANCHEZ, JORGE RINCON MORENO, DARIO MEJIA GIRALDO, EUSTAQUIO FLECHAS, GERMAN PAEZ VARGAS, GUILLERMO PAZMIÑO, ROBERTO CEPEDA y ARNULFO SANCHEZ.

I - ANTECEDENTES

1o. Mediante demanda presentada el 3 de agosto de 1981, que por reparto correspondió al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, los actores solicitaron los siguientes proveimientos:

a) Declarar que los demandados incumplieron el contrato de promesa de compraventa que con ellos suscribieron el 10 de abril de 1980, en Bogotá, relacionado con el inmueble distinguido con

- 2 -

el número 20-76 de la calle 13 o Avenida Colón y con el número 20-67 de la calle 14, de la nomenclatura de Bogotá, que alinderaron conveniente - mente en el libelo.

b) Declarar resuelto dicho contrato.

c) Como consecuencia de las declaraciones anteriores y en armonía con el artículo 1932 del C.C., ordenar a los demandados la - restitución de dicho inmueble, dentro de los cinco días siguientes a la eje- cutoria de la sentencia que así lo disponga, junto con los frutos percibidos desde el 1º de julio de 1980 y hasta cuando se verifique la restitución, en proporción a la quinta parte del precio dejado de pagar.

d). Condenar a los demandados a resarcir los perjuicios sufridos por los actores con ocasión del incumplimiento de la promesa de - compraventa, lo mismo que a pagar las costas procesales; y

e) Permitir a los demandantes compensar el monto de las condenas por frutos y perjuicios que se hagan en su favor, con la parte proporcional del precio pagado por los demandados.

2o. Las anteriores pretensiones se fundaron en los siguien- tes hechos:

a) Mediante documento privado de fecha 10 de abril de - 1980, las partes celebraron contrato de promesa de compraventa en relación con el inmueble descrito.

b) El precio se acordó en VEINTE MILLONES DE PESOS, que los demandados se obligaron a pagar así: Dos millones de pesos a la firma de la promesa, diez y seis millones de pesos en diez y seis cuotas

- 3 -

mensuales iguales, a partir del día 20 del mes de abril de 1980; el saldo, o sea, la suma de dos millones, al momento de otorgarse la escritura pública.

c) Los demandados se obligaron a pagar intereses anticipados del 2% mensual sobre el saldo del precio, a partir del día 20 de abril de 1980.

d) Para pagar las cuotas mensuales del precio y los intereses, el demandado Ignacio Pazmiño, debidamente autorizado por los restantes compradores, giró diez y seis cheques, de los cuales el Banco de Colombia dejó de pagar el distinguido con el número 166817, por valor de \$1'060.000, correspondiente a la cuota número 15, pagadera el 15 de junio de 1981, aduciendo contraorden del girador.

e) Los demandados incumplieron, en consecuencia, una de sus obligaciones contractuales, "cual era la de pagar el precio en la forma, día y términos convenidos".

f) Los demandados restan por pagar del precio la suma de CUATRO MILLONES, pues en vista del incumplimiento no se presentó para su pago el cheque que contenía el abono correspondiente a la cuota del mes 16, cuyo pago debía efectuarse el 20 de julio de 1981.

g) A los demandados, por conducto de Ignacio Pazmiño, se les hizo entrega del inmueble el día 1 de julio de 1980, de acuerdo con lo convenido en la promesa.

h) Del mismo modo que el demandado Ignacio Pazmiño estaba autorizado para girar y recibir el inmueble, el demandante Jaime Castaño Yepes también lo estaba para recibir el precio y los intereses.

i) El incumplimiento de los demandados ha irrogado perjuicios a los demandantes.

- 4 -

30. Los demandados, una vez enterados del contenido del libelo, se opusieron a las súplicas y en relación con los hechos, afirmaron que la orden impartida al Banco no obedeció a capricho o insolvencia del girador y los demás compradores, "sino al temor fundado de que se les estuviera pretendiendo vender una vía pública", al existir amenaza por parte de la Procuraduría de bienes del Distrito de reivindicar parcialmente el inmueble como zona de uso público. Manifestaron, además, haber concurrido a la notaría en la fecha de otorgamiento de la escritura llevando el saldo del precio, sin que se hubieran hecho presentes los demandantes; y estar dispuestos a depositar ese saldo tan pronto como éstos "acrediten ser los propietarios del inmueble....". Finalmente propusieron las excepciones que denominaron de "contrato no cumplido, carencia de acción en el demandante, derecho a retener la prestación y derecho a la restitución de intereses".

40. Replicada en tales términos la demanda y adelantado el trámite de rigor, el a quo le puso fin a la primera instancia mediante sentencia de 27 de mayo de 1985, en la cual hizo los siguientes proveimientos: Declaró nula la promesa de compra-venta; ordenó a los demandados la restitución del bien, condenándolos a pagar los frutos producidos por el inmueble o los que hubiere podido producir a partir de la notificación de la demanda; y obligó a los actores a devolver el predio recibido (\$16'000.000) con corrección monetaria como a tener que pagar el 6% de intereses sobre ese precio a partir de la notificación de la demanda.

50. Apelada esta decisión por ambas partes, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 3 de julio de 1987, adicionada el 18 de septiembre del mismo año, revocó la dictada por el a quo y, en su lugar, después de declarar no probadas las excepciones propuestas, decretó la resolución de la promesa de compraventa,

- 5 -

ordenando a los demandados restituir el inmueble y la quinta parte de los frutos por él producidos o que debió producir desde la fecha en que lo recibieron, indemnizar los perjuicios ocasionados a los actores, lo mismo que a pagar las costas procesales; y a los demandantes, el pago de mejoras, la devolución del precio recibido (\$18'740.000), más sus intereses legales. El fallo dispuso también, el trámite incidental para las correspondientes liquidaciones y autorizó las compensaciones pertinentes.

Inconforme con esta decisión, la parte demandada interpuso el recurso de casación que ahora ocupa la atención de la Corte.

II - LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

6o. Narrados los antecedentes del litigio, el tribunal - pasó a manifestar que es inaplicable al caso litigado el artículo 2 de la ley 50 de 1.936, para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, en vista de que el vicio encontrado por el a-quo no aparece de manera manifiesta en la promesa de compraventa. Agrega que, sin embargo, esta circunstancia carece de importancia si se tiene en cuenta que, aun cuando mencionada con otro nombre, la nulidad fue propuesta como medio exceptivo por los demandados y, además, se puede declarar de oficio bajo la circunstancia que menciona el artículo 306 del C. de P. C.

Ocupado, pues, en determinar los alcances de esa excepción de nulidad, el Tribunal la desechó por el aspecto de la indeterminación del inmueble, lo mismo que por la ilicitud del objeto del contrato, en consideración a que halló debidamente identificado el bien por su ubicación, linderos y cabida e igualmente al observar que él no pertenece a una entidad

- 6 -

de derecho público, como quiera que los predios cedidos al Distrito por Namel Bassil y Sofía Sosa no integran el que fue materia de la promesa, según lo dictaminaron los peritos, y, en estas condiciones, era imposible que se diera la ilicitud de objeto.

Del acervo probatorio, en especial de las distintas escrituras y tradiciones, concluye el Tribunal que el predio prometido en venta forma parte de otro de mayor extensión, cuyo dominio particular nadie discute, y del cual no ha sido segregado jamás; por lo que, agrega, el Distrito pretende la propiedad de los predios que conformarían la carrera 20A. con argumentaciones que se fundan en situaciones de hecho, con apoyo en las cuales el Procurador de Bienes solicitó a la Alcaldía Menor "avocar su restitución", ordenada por resolución 08 de 30 de diciembre de 1981, confirmada por la Alcaldía Mayor el 6 de julio de 1982.

Tampoco encontró el Tribunal motivo de nulidad en que se hubiera prometido un bien embargado, que se esperaba liberar para el momento del cumplimiento del contrato, en atención a que las convenciones de este orden no constituyen título traslativo de dominio.

Hechas las consideraciones anteriores, se ocupó seguidamente el sentenciador del estudio del petitum, acerca del cual se permitió recordar que para la viabilidad de la acción resolutoria es indispensable que el demandante haya cumplido o se hubiera allanado a cumplir su prestación, o no estuviera obligado a hacerlo por incumplimiento anterior del demandado. Manifiesta, de este modo, al valorar lo acreditado en la litis, que los actores cumplieron hasta cuando los demandados deja-

- 7 -

ron de hacerlo, contraordenando el cheque correspondiente a la penúltima cuota del precio (\$1'060.000) y no pagando el saldo posterior, en momentos en que aún era posible que aquellos liberaran del embargo el bien, para lo que adujeron como razón "el hecho simple de haberse enterado, por las reclamaciones del Distrito, de la destinación parcial del inmueble al uso público"; incumplimiento que fue anterior a la fecha prevista para el otorgamiento de la escritura pública.

Para finalizar, el Tribunal agregó: "Así pues que la excepción de contrato no cumplido fundamentada en los hechos ya estudiados, ha quedado desvirtuada. La carencia de acción, fundada en una presunta imposibilidad de incumplimiento por el demandante, también queda desvirtuada por las mismas razones. La denominada derecho a retener la prestación (el saldo insoluto) no es una excepción. Lo mismo cabe decir de la llamada derecho a la restitución de intereses. La de pago no puede prosperar pues ya está dicho y confesado que no lo hubo en su totalidad, es decir, la parte demandada no cumplió, el suspender los pagos. La de compensación tampoco -bajo la propuesta- pues no hay inexistencia, ni imposibilidad de transferir el predio total, según lo expuesto".

III - LA DEMANDA DE CASACION

Con fundamento en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que la Corte estudiará en el orden siguiente: el primero y el tercero y por último el segundo que encuentra próspero.

CARGO PRIMERO

Se acusa la sentencia de violar indirectamente los artículos 1496, 1544, 1545, 1546, 1608, 1613, 1614, 1615, 1625, 1932, 674, 675, 768, 961, 962, 964, 965, 966 y 969 del C.C., por aplicación indebida; los artículos 1524, 1602, 1603, 1605, 1609, 1880, 1882, 1884, 1893, 1914, 1915 y 752

del mismo Código, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

7. Incurrió en yerro fáctico el Tribunal ,dice la censura, en relación con las siguientes pruebas: a) Resolución expedida por la Alcaldía Menor de los Mártires el 30 de diciembre de 1981 (folios 109 a 116, Cdno.No.1), confirmada por la Alcaldía Mayor el 6 de julio de 1982 (folio 121 y 122), que dispuso la restitución parcial del inmueble incluso con el auxilio de la fuerza pública, que comenzó a cumplirse el 8 de marzo de 1983 (folios 163 a 165); b) Continuación de la diligencia de restitución realizada el 23 de marzo de 1983; c) Respuesta a la pregunta 5a. del interrogatorio formulado a Jaime Castaño Yepes el 1o. de Agosto de 1983, en la que confesó que la restitución se llevó a cabo en las diligencias del 8 y 23 de marzo de 1983; d) La confesión hecha por el demandado Juan Enrique - Figueroa Deste acerca de la restitución verificada, al responder el interrogatorio que se le formuló el 1o. de agosto de 1983; e) Contancia dejada -

lo reiteran las doctrinas de la Corte que transcribe, de las cuales destaca que esta acción está vedada al contratante en mora de cumplir o que ha cumplido imperfectamente (artículo 1613 C.C.).

Continúa afirmando que los promitentes vendedores cumplieron en principio con la entrega del inmueble en la fecha convenida, pero que los promitentes compradores se vieron privados de poderlo utilizar en su totalidad, enterándose de la imposibilidad existente para que se les hiciera tradición, a consecuencia de lo cual contraordenaron el pago del cheque correspondiente a la décimoquinta cuota del precio; por lo que observa, luego de citar las obligaciones que se derivan para el vendedor de los artículos 1882 y 1884 del C.C., que en la compraventa y en la promesa de compraventa no basta cualquier entrega para que se entienda satisfecha esta obligación, sino que además es indispensable que ella "se realice en condiciones tales que le permitan al comprador o prometiente comprador, según el caso, utilizarla para su uso natural o contractual", motivo por el cual también pone de presente que, según el artículo 1613 del C.C., la responsabilidad contractual puede provenir igualmente "de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento". La entrega es imperfecta, agrega, "cuando las condiciones en que fue entregada impiden al prometiente comprador utilizarla para su uso natural o contractual, o utilizarla tan solo parcialmente. De este hecho nacen para el comprador varios derechos: El de que se resuelva el contrato de conformidad con el artículo 1546 del C.C. y el de que se le rescinda o se rebaje el precio, según los artículos 1914 y siguientes. O puede alegarlo como excepción, al tenor del artículo 1.609". En respaldo a sus aseveraciones, transcribe comentarios de Valencia Zea, Pérez Vives y Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga.

Dice seguidamente el recurrente que los prometientes -

- 10 -

vendedores entregaron el inmueble materia del contrato el 10.de julio de 1980, como fue acordado, pero no cumplieron cabalmente con su obligación por haber hecho una "entrega imperfecta, ya que el Distrito Especial de Bogotá, alegando que parte del inmueble, que forma la carrera 20A., es de uso público desalojó de ella a los promitentes compradores privándolos del goce tranquilo del inmueble ..., quienes de haber sabido lo anterior, y de que por esa razón no podrían disfrutarlo en su totalidad, no habrían celebrado el contrato o lo habrían llevado a cabo en otras condiciones". Sin embargo, afirma, el Tribunal no le dio trascendencia a estas circunstancias al manifestar que esa reclamación se fundó en "situaciones hecho", sin darse cuenta que lo que "interesaba establecer no era si el Distrito tenía realmente derecho para reclamar la zona que forma la carrera 20A., sino el hecho de haber privado a los promitentes compradores del goce tranquilo de la totalidad del inmueble, que fue el objeto que éstos tuvieron en mente al celebrar el contrato de promesa de compra - venta", por lo que los prometientes compradores no tenían que probar la propiedad del Distrito, como lo dijo el Tribunal, sino el hecho de haber sido privados de parte del inmueble, con lo cual quedaba demostrado que la entrega se hizo de manera imperfecta.

Manifiesta finalmente el casacionista, que de no haber incurrido el sentenciador en la preterición de las pruebas que atrás se indicaron, habría llegado a la conclusión de que los prometientes vendedores no cumplieron la promesa, por lo que al dictar el fallo que declaró resuelto el contrato quebrantó las normas de derecho sustancial indicadas en el encabezamiento del cargo.

SE CONSIDERA

8. Tal como se deduce de la actuación cumplida, la cesación de pagos en que incurrieron los prometientes compradores, tuvo

lugar a partir de la comunicación de 20 de junio de 1981 (fls.55 c.1), con la que Ignacio Pasmiño contraordenó al Banco de Colombia el pago del cheque correspondiente a la penúltima cuota del precio del inmueble prometido, que era pagadero en esa fecha. Esa contraorden se impartió cuando no se había operado la restitución parcial del inmueble por parte del Distrito Especial de Bogotá, pues tuvo como antecedente la comunicación de 19 de mayo de 1981 (fl.54 c.1), dirigida a Luis Rivera por el Procurador de Bienes del Distrito, en la que se le advertía que su Despacho instauraría la demanda respectiva para obtener la restitución de los terrenos correspondientes a la carrera 20A. Empero, esa restitución no se hizo efectiva sino una vez adelantado proceso averiguatorio ante la Alcaldía Menor de Los Martires, culminado con la resolución 08 de 30 de diciembre de 1981 (fl.109,c.1),que así lo dispuso, confirmada luego por la Alcaldía Mayor de Bogotá el 6 de julio de 1982 (fl.121 c.1), a la cual comenzó a dársele cumplimiento con la "diligencia de restitución" practicada por el primero de esos despachos el 8 de marzo de 1983, cuando dispuso, para dar cumplimiento a la medida, se proceda incluso el empleo tanto de la fuerza pública, como de los obreros de la secretaría del ramo demoler los muros levantados sobre la vía a restituir. (fls. 165 c.1.).

Lo anterior significa, que cuando los prometiotes compradores impartieron la orden de no pago al Banco,por conducto de Ignacio Pasmiño, la restitución parcial del inmueble era sólo un proyecto del Distrito Especial de Bogotá,gestado en la mente de su Procurador de Bienes,para ser puesto en marcha una vez se adelantarán las diligencias pertinentes, y, por ende, al producirse la contraorden de pago del cheque por la penúltima cuota del precio,no se había presentado aún con la certeza requerida el incumplimiento de la

- 12 -

obligación contractual de entregar a cargo de los prometientes vendedores, consistente -según lo expresa el casacionista- en "haberse -privado a los prometientes compradores del goce tranquilo de la totalidad del inmueble, que fue el objeto que estos tuvieron en mente al celebrar el contrato de promesa de compraventa".

Obvio es entonces, que, cuando los prometientes compradores se enteraron de los planes del Procurador de Bienes del Distrito, continuaron gozando tranquilamente de la totalidad del inmueble por mucho tiempo después, por lo que la comunicación en -viada por él a Luis Rivera no puede catalogarse ni denotar, a térmi-

- 13 -

mente los artículos 4, 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887; 1544, 1602 y 1746 del C. C.; y 831 del C. de Co., por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el tribunal en la apreciación de las pruebas.

9. El recurrente parte de que el efecto legal y natural de la resolución del contrato es la restitución de las cosas al estado anterior, como lo consagra el artículo 1544 del C.C. y lo admiten la doctrina y la jurisprudencia, para seguidamente agregar, que así como la ley procura la equivalencia de las obligaciones de las partes al contratar, esta misma equivalencia debe mantenerse cuando, por motivo de la resolución decretada, se procede a las prestaciones mutuas. Por eso, invocando sentencia de la Corte de 9 de julio de 1.979, advierte que el fenómeno de la desvalorización de la moneda no puede apartarse del concepto de restitución, que se hace indispensable para evitar el enriquecimiento sin causa de uno de los contratantes, a cuyo respecto transcribió lo dicho por esta Corporación en fallos de 24 de marzo y 15 de septiembre de 1983.

Manifiesta a continuación el censor, que el Tribunal no accedió al reajuste monetario del precio que deben devolver los demandantes, porque estimó, amparándose en sentencias de la Corte de 9 de julio de 1979 y 19 de marzo de 1986, que los demandados no merecen esta consideración, puesto que la resolución del contrato se debió a su incumplimiento; pero, agrega entonces, que en ninguno de esos fallos la Corte ha hecho semejante pronunciamiento, ya que resultaría contrario a la doctrina reiterada de que debe existir equivalencia en las restituciones mutuas. Con semejante tesis, prosigue, habría que con

- 14 -

cluír igualmente "que si el contrato se resuelve porque el vendedor no cumplió sus obligaciones, el comprador no está obligado a restituir sino una parte del inmueble que recibió por haber sido el causante de la resolución del pacto".

Concretando los errores de apreciación, la censura puntualiza que el Tribunal no vió que la cantidad de \$18'740.000.00 recibida por los demandantes como parte del precio, no tiene hoy el mismo poder adquisitivo que tuvo el 10 de abril de 1980, cuando se suscribió el contrato, que por ser un hecho notorio no requiere - de prueba (artículo 177 del C. de P. C.); tampoco se percató el sentenciador que para que se obtuviera la restitución resultaba indispensable que se devolviera a los demandados una cantidad de dinero con igual poder adquisitivo al que tenía el precio pagado por ellos en 1980; y, finalmente, dejó de darse cuenta "que dicha cantidad apenas en mínima parte vendría a reemplazar la que entregaron los prometientes - compradores a los prometientes vendedores el 10 de abril de 1980". Que de no haber incurrido el Tribunal en estos evidentes errores de hecho, de haber apreciado la desvalorización monetaria, habría ordenado el reajuste correspondiente y no habría incurrido, a causa de los citados yerros, en la violación de los preceptos de derecho sustancial que se indicaron en el inicio del cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

10. - El error de hecho en la apreciación de las - pruebas se produce cuando el sentenciador concreta su atención a establecer la existencia material de la prueba, y en esta tarea da por demostrado un hecho sin existir la prueba de él, que en esta forma la su-

pone, o cuando, a la inversa, obrando en el proceso la prueba demostrativa de un hecho, ignora su existencia (preterición).

El error por preterición supone, entonces, que el sentenciador ha ignorado la presencia de prueba en el proceso, a consecuencia de lo cual ha encontrado acreditado un hecho diverso al que demuestran los medios que no vió, o a dejar de admitir los hechos probados que lo llevaron de contragolpe a violar normas de derecho sustancial, por falta de aplicación o por aplicación indebida. Por consiguiente, no puede presentarse este yerro de apreciación si las pruebas que se dice: no estimadas, no las pasó por alto el fallador que, al contrario, las vió y las consideró, así la conclusión a que haya llegado sea diversa, porque se basó en otras pruebas que obraban en la actuación.

En el caso litigado, el ad-quem en el fallo adicional pronunciado para proveer a lo que la parte demandada solicitó, explicó que "ciertamente no se dispuso la corrección monetaria del precio a devolver por el demandante a la demandada, pero ello obedeció al hecho de haberse considerado que al contratante incumplido (causante de la resolución del pacto) no se le debía otorgar esa consideración, siguiendo en el punto jurisprudencia de la H.Corte Suprema de Justicia, que nos parece justa y equitativa (julio 9/79, G.J. Tomo IX; marzo 19/86, G. J.Tomo XV). Nadie puede invocar beneficios con base en la propia falta". Se observa, pues, que el sentenciador no fue que dejara de apreciar la específica prueba que el recurrente indicó, consistente en la desvalorización de la moneda o en la pérdida de su poder adquisitivo, presentada como hecho notorio, sino que, por el contrario, la tuvo en cuenta el sentenciador al momento de decidir, pero estimó, en

razón del incumplimiento contractual, que esta parte no era merecedora de la misma. Luego no pretirió ese hecho, sino que viéndolo tuvo en cuenta otro que, según su criterio, enervaba el derecho que aquel pudo generar.

No es como lo dice el casacionista, que el sentenciador hubiera omitido ordenar la corrección monetaria del precio a consecuencia de no haber visto o estimado la prueba de la des-

- 17 -

el recurrente por ninguna parte atacó la prueba que sí valoró el Tribunal y, por consiguiente, la sentencia seguiría encontrando soporte firme en ella.

11. Por otra parte, la Corte considera que las citas jurisprudenciales inexactas en que se funda un fallo no constituyen error evidente de hecho que autoricen su casación, si el fundamento invocado encuentra respaldo en otros pronunciamientos del mismo orden que se mantienen vigentes.

Es lo que acontece en el presente caso, en donde si bien el Tribunal declara improcedente la corrección monetaria en favor de los demandados con base en las sentencias de la Corte de 9 de julio de 1979 y 19 de marzo de 1986, que dice el recurrente no sostienen objetivamente ese parecer, es igualmente cierto que la aludida tesis, que le sirve de respaldo al Tribunal, sí ha sido mantenida en diversos fallos de este Organismo que guardan su vigor, tal como el de 14 de mayo de 1987, en el que dijo que "resultaría contrario a la justicia y la equidad que el contratante incumplido pudiera beneficiarse con recibir la suma de dinero que dió con devaluación monetaria, como quiera que equivaldría a prohiar el incumplimiento, que no puede legitimar derecho a reclamar la devaluación de la moneda. La Corte ha reiterado que en supuestos de nulidad del contrato, por ejemplo, si la equidad lo exige, procede a la parte cumplida reconocerle derecho a la corrección monetaria. Mas no a la incumplida". (Sentencia 175 no publicada).

Síguese de lo expuesto, que el cargo no puede prosperar.

CARCO SEGUNDO

Se hace consistir en quebranto indirecto de los artículos 1546, 1930, in fine, 1604, 1613, 1614, 1615, 1616, 2341, 2343, del C.C. y 307 del C. de P.C., por aplicación indebida, a causa de yerros fácticos cometidos por el Tribunal en la apreciación probatoria.

12. El censor lo encamina a demostrar la ilegalidad de las decisiones contenidas en los ordinales 8o. y 9o. de la parte resolutive del fallo, relativos a la condena impuesta por perjuicios a los demandados y al trámite incidental dispuesto para la liquidación de los mismos.

Manifiesta en primer lugar el impugnante, que el Tribunal hizo estos pronunciamientos en forma ligera porque no expresó las razones que le sirvieron de fundamento, desconociendo el contenido del artículo 163 de la Constitución Nacional y del 304 del C. de P.C.. Agrega que de conformidad con el artículo 75 de este último estatuto, la demanda deberá contener, entre otros requisitos, "lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad", y "los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados", puesto que el demandado no puede ser llamado a responder por hechos que no fueron puestos de presente en la demanda como fundamento de la pretensión, aunque se encuentren probados en el proceso. Cita al respecto doctrinas de la Corte, que en lo pertinente transcribe.

Asevera entonces el recurrente, que los demandantes se limitaron a manifestar que sufrieron perjuicios a consecuencia del incumplimiento de los demandados, pero sin indicar en qué consistieron, incumpliendo así el deber impuesto por el art. 75, numeral 6o., del C. de P.C., "puesto que siendo el daño uno de los elementos

axiológicos de la acción de responsabilidad, han debido expresar con precisión y claridad en qué consistía el daño cuya indemnización reclamaban", que los demandados necesitan conocer para poder defenderse. No basta afirmar que se sufrieron perjuicios, añade, sino que es indispensable indicar los hechos constitutivos del daño recibido, que si se omiten en la causa petendi impiden la condena del juzgador, porque escapan al thema decidendum.

Continúa expresando el casacionista que la resolución del contrato no trae como consecuencia necesaria la condena por perjuicios, que solo se da cuando se acreditan el daño, la culpa y la relación causal entre uno y otra, de tal manera que bien puede producirse aquella sin que se disponga el pago de éstos, como de otra parte reza la jurisprudencia de la Corte que transcribe, en contra de la cual, afirma, el Tribunal "se limitó a decir que como estaba demostrado el incumplimiento a cargo de los demandados había que 'decretar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios', sin expresar con base en qué elementos de juicio profería la condena a pagarlos". Tampoco era procedente la condena in genere hecha por el Tribunal, sostiene, puesto que es determinación autorizada por el artículo 307 del C. de P.C. sólo para cuando estando demostrada la existencia del perjuicio no logró probarse su cuantía.

Agrega luego el recurrente que la decisión del sentenciador en el caso litigado, obedeció a errores de hecho consistentes:

a) No percatarse que los demandantes se limitaron a manifestar en el libelo que recibieron perjuicios por el incumplimiento de los demandados, pero sin indicar, como les incumbía, los hechos constitutivos de aquéllos, con lo cual el sentenciador vió "un fundamento fáctico de la

- 20 -

pretensión indemnizatoria que en realidad no existía"; b) Dar por demostrados unos perjuicios sin que en el proceso existiera la prueba de los mismos: y, c) Condenar en abstracto a los demandados a pagar perjuicios y ordenar liquidarlos mediante incidente, sin estar probada su existencia; errores que condujeron al fallador a violar las normas de derecho sustancial indicadas en el encabezamiento del cargo.

CONSIDERACIONES

13. Para que proceda la reparación de perjuicios por el incumplimiento contractual, es preciso, según lo reitera la doctrina de la Corte, que se demuestre el daño del acreedor y la relación causal entre éste y la culpa del deudor. No basta por lo tanto que se pruebe la inexecución del contrato para que automáticamente surja la obligación de resarcir perjuicios, salvo en las obligaciones dinerarias (art. 1.617 del C. C.). Necesario es, entonces, como quiera que el incumplimiento contractual solo hace presumir la culpa y ésta es independiente del daño, que se demuestre plenamente este último como una consecuencia de aquella para que la condena por perjuicios pueda darse.

Y como el incumplimiento de una obligación no irroga siempre perjuicios al acreedor y casos hay en los que incluso le proporciona beneficios, obvio es concluir que el perjuicio no es un efecto forzoso del incumplimiento, ni una presunción de él. Por eso, como regla general, quien demanda la indemnización de perjuicios debe demostrar que se le causaron, tal como se deduce de los artículos 1617 y 1599 del Código Civil, relativos a la mora en el cumplimiento de una obligación dineraria y al pago de una obligación con cláusula penal, respectivamente, que, de manera excepcional, consagran dos casos en que esa presunción es po-

sible, ratificando de paso el fundamento de la regla general.

Ha dicho la Corte : "Del hecho de que se admita la culpabilidad del deudor, no puede deducirse la existencia del perjuicio y la relación de causalidad entre este y la culpa; porque pueden presentarse situaciones en que no obstante la culpa del deudor no se hubieren ocasionado los perjuicios o que estos queden fuera de la órbita de las nociones que integran los elementos de la culpa. Perjuicios y relación de causalidad entre estos y la culpa son demostraciones cuya carga le compete al acreedor" (Cas. 12 de julio de 1955, LXXX, 688).

"De conformidad con el artículo 1617 del Código Civil, cuando la obligación es de pagar una suma de dinero, si se pide indemnización de perjuicios por la mora, el acreedor que solo cobra intereses por ésta, no está obligado a justificar los perjuicios. Pero si pretende el resarcimiento de otro daño que no se satisfaga con los simples intereses de la suma de dinero debida, entonces es patente que irremisiblemente debe probar el perjuicio padecido. De otro modo no podría fulminarse una condena por ese aspecto" (Cas. de 5 de octubre de 1.982, proceso de Enrique Sudarsky contra el Banco Popular).

"El petitum de la demanda y la causa petendi indican que el demandante ejercita una acción de responsabilidad civil con la consiguiente indemnización de perjuicios, fundamentada en el cumplimiento defectuoso del contrato de compraventa celebrado con la demandada, en virtud de que la cosa vendida entregada por ésta para el objeto pretendido por el comprador.... Síguese de lo anterior que para configurar dicha responsabilidad, es necesario demostrar la existencia del contrato, -

el incumplimiento de la obligación contraída en el mismo y el daño al acreedor" (Sent. 11 de septiembre de 1986, ordinario de Rafael Enrique Ochoa Pedraza contra Federación Nacional de Algodoneros).

Y esto otro: "El incumplimiento y consiguiente resolución por si solos no determinan la condena al pago de perjuicios; esta será viable en la medida en que aparezca demostrado que ellos se causaron. 'Es de lógica elemental, ha dicho la Corte refiriéndose precisamente a la prosperidad de la acción indemnizatoria consagrada en el artículo 1546, para que haya lugar a indemnización se requiere que haya perjuicios, los que deben demostrarse porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo. Vale esto como decir que quien demanda que se le indemnice debe probar que los ha sufrido. Más todavía: bien puede haber culpa y haberse demostrado perjuicios y, sin embargo, no prosperar la acción indemnizatoria porque no se haya acreditado que esos sean efecto de aquella; en otros términos, es preciso establecer el vínculo de causalidad entre una y otros' (G.J., LX,61). Si para corroborar lo dicho arriba, se vuelve sobre el acervo probatorio, se verá cómo el demandante no demostró que hubiese sufrido perjuicios a causa del incumplimiento que determinó la resolución, incumpliendo así la carga que le incumbía -- si realmente aspiraba a una efectiva condena a tal título...." (Cas. 24 de julio de 1985; G.J. GLXXX, 182

Pero eso no es todo. Del mismo modo es indispensable que se indique cuáles son esos perjuicios y cuánto valen, si en este último caso se pretende que la condena se haga en suma determinada. En efecto, la Corte ha dicho: "Esta disposición, también excepcional (se refiere al art.1599 del C.C.), hace ver por su lado que la regla general es la antedicha, esto es, que quien demanda que se le indemnicen perjuicios

debe demostrar que se le han causado, cuáles son y cuánto valen" (LXVI-2077,625). Además, en sentencia de 30 de mayo de 1956 expresó igualmente : 'En innumerables ocasiones la Corte, acatando un principio fundamental de derecho, ha repetido que quien demanda la indemnización de perjuicios, está obligado a probar su existencia y extensión, demostrando primero los hechos que lo constituyen y luego su cuantía, o por lo menos las bases para determinarla. Esto porque aún en la hipótesis de incumplimiento o culpa demostrados, puede ocurrir que el daño no se haya producido, o que dicho incumplimiento o culpa haya reportado beneficios. (LXXXII-2167, 695).

Solo, pues, si los perjuicios están demostrados, puede producirse la condena a pagarlos en suma determinada si su quantum quedó establecido, o en abstracto, como lo permite el artículo 307 del C. de P.C., en el caso contrario. Y puesto que la condenación in genere es la resultante de la prueba del perjuicio sin quantum, jamás ella será terreno propicio para el replanteamiento de consideraciones atinentes a la existencia de éste, cuya previa demostración es requisito sine qua non de esa condena.

14. En la especie de esta litis, fuera de que, como lo dice la censura, no se indicó en qué consistieron los perjuicios ni cuáles - los hechos que los configuraron, ciertamente ellos tampoco se demostraron, porque los actores, en vez de cumplir con la carga que les incumbía, poco o nada hicieron para lograrlo. Así, pues, la prueba en este preciso punto carece de significado, y la que al amparo del artículo 731 del C. de Co. se ha pretendido relieves, no pasa de ser una sanción pecuniaria que la misma norma consagra sin detrimento de las acciones indemnizatorias por perjuicios, que a salvo deja.

- 24 -

Sin embargo, el Tribunal expresó sobre el particular:

"Tendrán que acogerse entonces las pretensiones de la demanda para decretar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios", - pero sin verificar la existencia de éstos, sin reparar que el daño no se acreditó, por modo que es de entender que a esa última conclusión llegó como consecuencia del solo incumplimiento del contrato que, como se notó, no genera por sí mismo la condena al pago de perjuicios por cuanto su objeto no queda comprendido en alguno de los casos de excepción a que arriba se aludió.

Siendo, entonces, que la prueba de los perjuicios sufridos por los actores no obra en los autos, es obligado aceptar que la condena a pagarlos impuesta en la sentencia, fue el resultado de la apreciación errónea en que incurrió el Tribunal al examinar la prueba de los hechos, que, por ser ostensible, le abre camino a la impugnación, debiendo casarse el fallo y en sede de instancia proveer sobre el recurso de apelación.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

Como la impugnación solo resultó próspera con relación a una parte de la decisión tomada por el ad-quem, concretamente respecto a la condena que éste hizo relativa a los perjuicios, la Corte re - producirá del fallo impugnado las decisiones restantes que resultaron ilesas en el ataque.

DECISION

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, C A S A la sen -

- 25 -

tencia de 3 de julio de 1987 y su adición de 18 de septiembre del mismo año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, en sede de instancia,

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia apelada.

Segundo: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la parte demandada.

Tercero: DECLARAR NO PROBADA la objeción formulada al dictamen pericial decretado de oficio.

Cuarto: DECRETAR LA RESOLUCION del contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes aquí contendientes, de 10 de abril de 1980, referido en la parte motiva.

Quinto: La parte demandada deberá restituir el predio objeto del litigio en el término de diez (10) días.

Sexto: La parte demandada deberá restituir la quinta (5a.) parte de los frutos producidos, o que ha debido producir, el predio en cuestión, desde la fecha en que lo recibió.

Séptimo: La parte demandante deberá restituir el valor de lo recibido a cuenta del precio, o sea la suma total de dieciocho millones setecientos cuarenta mil pesos (\$18'740.000.00), más sus intereses legales a partir de las fechas de recibo.

Octavo: Condenar a la parte demandante a pagar a la demandada las mejoras que puso en el inmueble.

- 26 -

Noveno: Tramítense incidentalmente las liquidaciones que correspondan (art.308 del C. de P.C.) en relación con el valor de mejoras y de frutos, y efectúense las compensaciones del caso.

Décimo: Absuélvese a los demandados de la pretensión de perjuicios reclamada por la parte demandante.

Undécimo: Condénase a la parte demandada a pagar las costas de las instancias, en proporción de un 80% en cada una.

Duodécimo: Declárase sin efecto la ejecución provisional en lo que respecta a la indemnización de perjuicios. Por consiguiente, el a-quo tomará las medidas pertinentes de que trata el artículo 376 del C. de P.C.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente.

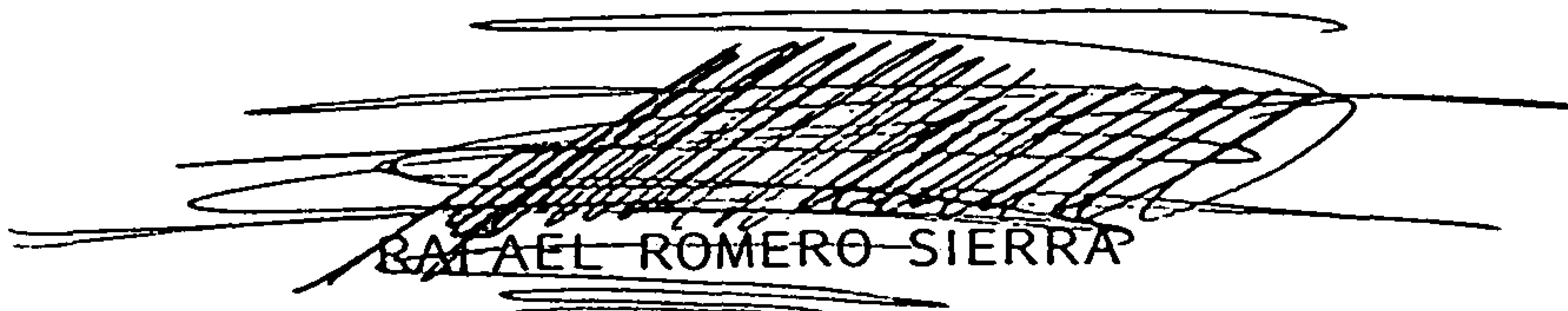

HECTOR MARIN NARANJO


JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ


EDUARDO GARCIA SARMIENTO


PEDRO LAFONT PIANETTA


ALBERTO OSPINA BOTERO


RAFAEL ROMERO SIERRA

Blanca Trujillo de Sanjuan
Secretaria.

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

**Magistrado Ponente:
ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ**

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil diez (2010).-

Ref.: 11001-3103-001-1985-00134-01

Procede la Corte a dictar la sentencia sustitutiva que en derecho corresponde, en el presente proceso ordinario promovido por el señor **LUIS CASTILLO DE LA PARRA** en contra del señor **CARLOS ALBERTO OLIVEROS GÓMEZ**.

ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta capital se tramitó el litigio arriba referenciado, en el cual su promotor solicitó, en síntesis, que se declarara la resolución por incumplimiento del contrato de promesa de compraventa que, como prometiente vendedor, celebró con el demandado, como prometiente comprador, el 11 de julio de 1975, respecto del bien inmueble denominado “Esparta”, antes “San Martín”, ubicado en el municipio de Suesca, Cundinamarca, identificado por los linderos que se transcriben en el libelo introductorio; que como

consecuencia de tal declaración, se decretara la restitución del predio con todas sus anexidades, mejoras, dependencias y los frutos civiles y naturales percibidos desde la fecha en que el accionado lo recibió y hasta cuando efectúe su entrega; y que se condenara a éste último al pago de la totalidad de los perjuicios que irrogó al actor.

En subsidio pidió que se declarara disuelto dicho contrato por “mutuo consenso tácito” y que, en tal virtud, se proveyera también sobre la restitución del referido predio con todo lo que forma parte de él y con los frutos -civiles y naturales- que con mediana diligencia y cuidado hubiera podido producir.

2. Como soporte de las anteriores súplicas se adujo lo siguiente:

2.1. La celebración del mencionado contrato de promesa de compraventa, en los términos fijados en el documento que lo recoge, obrante a folios 2 a 3 vuelto del cuaderno principal.

2.2. Su incumplimiento por parte del demandado, como quiera que no atendió el deber de “subrogarse” en “las obligaciones que había contraído CASTILLO DE LA PARRA con el Banco Ganadero en el proceso ejecutivo” que se adelantó en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, al punto que éste último “pagó dicha obligación..., según recibo...donde se incluyen las partidas correspondientes al capital..., intereses de mora, asistencia técnica, gastos, cobro judicial, honorarios...por un total de (\$974.106.69) pesos m/cte.” y que sólo así obtuvo la terminación de esa acción de cobro.

2.3. La entrega del bien al demandado el 12 de julio de 1975.

2.4. El señor Oliveros Gómez tramitó con anterioridad a este litigio un proceso ejecutivo en contra del aquí demandante, que estuvo dirigido a forzar el otorgamiento de la escritura pública que diera perfeccionamiento a la venta prometida, que cursó en el Juzgado Décimo Civil del Circuito de esta capital y terminó con sentencia del 27 de noviembre de 1979, en la que se declaró probada la excepción de “INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO” por parte del citado ejecutante, la cual fue confirmada en su integridad por el Tribunal Superior de la ciudad, según fallo del 23 de julio de 1981.

3. Luego de admitido el escrito con el que se dio inicio a la presente controversia (auto de 6 de febrero de 1985; fl. 46, cd. 1), el demandado compareció al proceso y, por intermedio de apoderado judicial, en la contestación que presentó, hizo oposición a sus pretensiones, se pronunció de distinta manera respecto de cada uno de los hechos que les sirvieron de soporte y formuló las excepciones que denominó “contrato no cumplido”, “prescripción adquisitiva de dominio”, “falta de notificación de la demanda en debida forma” y “violación al debido proceso y al derecho de defensa” (fls. 66 a 90, cd. 1).

4. Agotada la instancia, el juzgado del conocimiento profirió sentencia el 15 de octubre de 1992, en la que desechó los mecanismos defensivos aducidos por el accionado; en razón del incumplimiento de éste, declaró la resolución del contrato materia de la controversia; ordenó al

demandado restituir al actor el inmueble objeto de dicha negociación y le impuso a aquél el pago, por una parte, del “valor de los frutos civiles o naturales percibidos o dejados de percibir, desde el 12 de julio de 1975”, al considerarlo “poseedor de mala fe”, y, por otra, de “los perjuicios causados”, condenas que profirió en abstracto, de conformidad con el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil que estaba vigente en la época en que surgió el conflicto judicial, y en relación con las cuales previó que su liquidación debería efectuarse por la vía incidental contemplada en la mencionada norma.

Adicionalmente, dispuso que el actor deberá devolver “al demandado las sumas de dinero recibidas junto con la corrección monetaria e intereses legales del 6% anual, desde el día en que fueron entregadas y hasta la fecha [en] que se verifique el pago, es decir, la suma de \$150.000.00 M/CTE”.

5. Apelado dicho fallo por el demandado, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, mediante el suyo, fechado el 24 de octubre de 1996, lo revocó y negó las pretensiones de la demanda, proveído que la Corte casó, en virtud del recurso extraordinario que contra él interpuso el actor.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. Para arribar a las señaladas decisiones, el *a quo*, delanteramente, destacó la satisfacción de los presupuestos procesales, indicó que la “acción principal” ejercida corresponde a la “resolución del contrato de promesa de compraventa” ajustado

entre los litigantes, trajo a colación el mandato del artículo 1546 del Código Civil y, con fundamento en dicha norma y en la jurisprudencia, precisó que son sus presupuestos estructurales la existencia de un contrato bilateral válido, su incumplimiento, total o parcial, por parte del demandado y que el promotor de la causa haya cumplido o, por lo menos, se haya allanado a cumplir, con las obligaciones a su cargo.

2. Afirmó la satisfacción de la primera de dichas condiciones, habida cuenta que “el documento contentivo del contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes, reúne las formalidades prescritas por el art. 89 de la Ley 153 de 1887 y 1502 del C.C.”.

3. Con miras a dilucidar las dos restantes, puso de presente que el aquí demandado planteó la excepción de “contrato no cumplido” afincado, esencialmente, en que el señor Castillo de la Parra se sustrajo de acatar las previsiones contractuales consagradas en las cláusulas segunda, suministro permanente de agua al predio, octava, entrega del bien al día siguiente de la promesa, y sexta, otorgamiento de la escritura pública con la que se perfeccionaría el negocio prometido.

En torno de la segunda estipulación del señalado negocio jurídico, previa transcripción, el juzgado del conocimiento coligió que “ninguna obligación surgió para el prometiente vendedor, en relación [con] garantizar el suministro de agua al lote prometido en venta, en ella simplemente se hace una descripción de la topografía del terreno y de los elementos con que cuenta para la irrigación del mismo; por el contrario, era el prometiente

comprador quien debería sufragar los gastos que implicara” el abastecimiento del mencionado líquido al predio.

Respecto de la entrega del inmueble, con respaldo en la prueba de confesión que dedujo de la contestación que el demandado hizo al hecho quinto del libelo introductorio y de los planteamientos que esgrimió en respaldo de la excepción de “prescripción adquisitiva” que propuso, el *a quo* afirmó que ella tuvo lugar el 12 de julio de 1975, conforme lo pactado.

Y en cuanto hace a la obligación relacionada con el otorgamiento de la escritura pública que perfeccionara la compraventa prometida, la funcionaria cognoscente estimó que ella no era “pura y simple”, sino que estaba condicionada “al previo cumplimiento del comprador de las obligaciones contraídas en la cláusula quinta”, en especial, la atinente a la “subrogación” por su parte de “todas las obligaciones a cargo del prometiende vendedor y que surjan del proceso ejecutivo que cursó en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá” a petición del Banco Ganadero, la cual “constituía parte del precio del contrato de promesa de compraventa”, y que halló insatisfecha, según se declaró en “las providencias proferidas por el Juzgado Décimo Civil del Circuito y el H. Tribunal Superior de esta ciudad, en el proceso ejecutivo seguido por Carlos Alberto Oliveros contra Luis E. Castillo de la Parra”.

Más adelante, el sentenciador de primera instancia, luego de reproducir la cláusula quinta del contrato de promesa de compraventa, puntualizó que para el prometiende comprador el deber “de subrogarse [en] la deuda del prometiende vendedor,

contraída con el Banco Ganadero y que se cobraba ejecutivamente en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de esta ciudad, constituía la principal e inicial obligación”, porque hacía parte de la “forma de pago del precio convenido en la promesa...; y que al no haber dado él cumplimiento a tal convención, no nac[ió] la obligación del vendedor de otorgar la respectiva escritura pública que solemnizara la venta prometida”.

Añadió que “[d]e las pruebas allegadas al proceso y en especial de la de orden documental que milita a folio 22”, se desprende que “la obligación contraída por el señor LUIS ERNESTO CASTILLO DE LA PARRA con el Banco Ganadero, fue cancelada por intermedio de... ‘COLMAIZ S.A.’, por un valor total de \$974.106.69, con lo que se demuestra aún más el incumplimiento del demandado en la subrogación de dicha obligación”.

4. Los precedentes argumentos condujeron al *a quo*, por una parte, a tener por “satisfechos los presupuestos para la prosperidad de la acción resolutoria incoada” y, por otra, a desestimar la excepción de “contrato no cumplido”.

5. Pasó seguidamente al estudio de las otras defensas, las cuales, igualmente, desechó, con respaldo en los siguientes planteamientos:

5.1. La de “prescripción adquisitiva de dominio”, que el demandado sustentó en la posesión del predio por un período superior a diez años, porque no se precisó la clase de prescripción invocada, si ordinaria o extraordinaria, amén que

debió alegarse como acción, mediante la formulación de la correspondiente demanda de reconvención, lo que no se hizo, y, finalmente, debido a que fue desestimada como excepción previa.

5.2. Y las de “falta de notificación” y “violación al debido proceso y al derecho a la defensa”, por cuanto la irregularidad en que se incurrió respecto del enteramiento del auto admisorio de la demanda al accionado fue debidamente subsanada en el proceso, de forma que él la contestó, se opuso a su acogimiento y formuló los mecanismos que, para la salvaguarda de sus intereses, estimó pertinentes.

6. Por último, el *a quo* se ocupó de las prestaciones mutuas y, al efecto, previa consideración de que la resolución del contrato base de acción conduce a que las partes, recíprocamente, restituyan lo que cada una recibió, ordenó, al demandado, la entrega de la finca, el pago de frutos “desde el día doce (12) de julio de mil novecientos setenta y cinco (1975)”, para lo cual aplicó el artículo 1932 del Código Civil y calificó al accionado como poseedor de mala fe, y, además, el correspondiente resarcimiento de perjuicios a favor del actor; y, al demandante, devolver la parte del precio que le fue sufragada, con corrección monetaria e intereses legales liquidados al 6% anual.

EL RECURSO DE APELACIÓN

1. El demandado, actuando en nombre propio en su calidad de abogado, interpuso recurso de apelación contra el fallo del *a quo*.

2. Para sustentarlo, en síntesis, insistió en el incumplimiento por parte del actor de la obligación de suministrar agua en forma permanente al predio materia de la negociación, en pro de lo cual efectuó una interpretación distinta de la cláusula segunda de la promesa de compraventa a la realizada por el *a quo* y analizó extensamente el interrogatorio de parte que aquél absolvió.

3. Por otra parte, desconoció que hubiese radicado el incumplimiento que atribuyó al demandante en la falta de entrega oportuna del predio y, por el contrario, avaló la conclusión a la que, sobre este particular, arribó el juzgado del conocimiento.

4. Y, finalmente, en relación con el incumplimiento que se le endilga respecto del otorgamiento de la escritura mediante la cual se perfeccionaría el contrato prometido, el impugnante manifestó, por una parte, que tal comportamiento se derivó del incumplimiento previo del actor en el suministro de agua al predio; por otra, que no fue ninguna omisión suya la que determinó que el señor Castillo de la Parra se sustrajera de atender dicho compromiso, sino la imposibilidad en que éste se hallaba para el efecto, debido a que carecía de los paz y salvos correspondientes, como se desprende del interrogatorio de parte que absolvió; y, por último, que la subrogación mencionada en la promesa fue, en verdad, una cesión de derechos litigiosos que, por consiguiente, no comportaba el pago de la deuda, sino la defensa del allá ejecutado -aquí demandante-, actividad que no obstante haberse realizado, resultó fallida, debido a las cartas que

éste había emitido y que desvirtuaron la prescripción extintiva de dicha acción.

5. Adicionalmente, el apelante reprochó que en la sentencia cuestionada no se hubiesen adoptado las medidas pertinentes con miras a hacer efectiva la devolución de la totalidad del dinero que, por razón del precio, pagó al demandante; al reconocimiento de las mejoras que plantó en el predio y a la determinación de los perjuicios derivados de los fallidos cultivos que él intentó en la finca.

CONSIDERACIONES

1. Ningún reparo cabe hacer sobre la satisfacción de los presupuestos procesales, además de lo cual se debe destacar la inexistencia de motivos de nulidad que pudieran conducir a la invalidación de lo actuado, pues los defectos en que se incurrió al intentarse la vinculación al proceso del demandado, fueron oportunamente corregidos, de modo que el señor Oliveros Gómez, como ya se hizo ver, dio oportuna contestación a la demanda y formuló diversas excepciones de mérito en su defensa. Se suma a lo anterior que los demás desatinos que, eventualmente, se hubieran podido cometer, se encuentran saneados y que la nulidad alegada en casación, relacionada con el trámite de la segunda instancia, no fue acogida por esta Corporación.

2. En cuanto hace a la legitimidad de los intervinientes, se aprecia, por una parte, que ellos fueron quienes

celebraron el contrato de promesa de compraventa y, por otra, que el demandante, como prometiende vendedor, imploró la resolución del mismo, para lo cual atribuyó su incumplimiento al accionado, como prometiende comprador.

3. Precisado lo anterior, corresponde puntualizar que la apelación en estudio fue circunscrita por su proponente al tema del incumplimiento del tantas veces mencionado contrato preparatorio, temática en relación con la cual, básicamente, insistió en que ese estado de cosas sobrevino por la omisión del demandante en atender las obligaciones que con motivo de dicho negocio jurídico surgieron a su cargo y, adicionalmente, refutó que ello hubiese tenido lugar por razón de su desempeño -el del accionado- en frente de los deberes contractuales que adquirió, como con desacierto lo concluyó el juzgado del conocimiento.

Es claro, entonces, que el impugnante no formuló ningún reparo en contra de la negativa del *a quo* de acoger las excepciones de “prescripción adquisitiva de dominio”, “falta de notificación de la demanda en debida forma” y “violación al debido proceso y al derecho de defensa”, cuestiones que, por ende, escapan de la competencia de la Corte, al actuar en sede de segunda instancia.

4. Fijada la atención de la Sala en la específica circunstancia controvertida por el apelante -el incumplimiento contractual-, indispensable es memorar que la Corte, al decidir el cargo segundo que la parte actora planteó en la demanda de casación con la que sustentó el recurso extraordinario que

interpuso contra la sentencia desestimatoria que en este asunto profirió la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y cuya prosperidad ocasionó su quiebre, luego de referirse, en términos generales, al instituto de la cosa juzgada, consideró que en el presente caso *“no se remite a duda que las partes aquí contendientes, lo fueron previamente también, en un proceso ejecutivo instaurado por el -acá- demandado en contra del actor, pues a folios 7 a 21 del cuaderno uno, se encuentran las copias de las sentencias de primera y segunda instancia del referido juicio ‘encaminado a obtener la ejecución del hecho debido’, que efectivamente fueron denegatorias de las pretensiones, por haberse declarado próspera la excepción de contrato no cumplido”*.

Seguidamente la Corporación observó que *“[e]xaminadas tales decisiones, es dable afirmar que en el presente asunto concurren, además de la identidad de sujetos, los dos presupuestos restantes que para el reconocimiento de la cosa juzgada establece al artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, precedentemente esbozados”*, como quiera que *“hay identidad -o simetría- de objeto, por cuanto lo pedido por el señor Castillo de la Parra al formular la excepción correspondiente, dentro del proceso ejecutivo adelantado en su contra por el señor Oliveros, fue la declaratoria de incumplimiento de este último, medio exceptivo que, como antes se memoró, fue -irrestrictamente- próspero de cara al referido juicio, al punto que se declaró probada la llamada excepción de ‘contrato no cumplido’ (fls. 12 y 20 vto cdno 1)”*; que *“el mismo incumplimiento, a su turno, está inmerso -como detonante- en la pretensión de resolución de contrato, contenida*

en la demanda con la que -ex post- se inició el proceso ordinario que, en lo pertinente, ahora conoce la Sala”; y que, igualmente, “media identidad de causa por cuanto el motivo en que se fundó la excepción formulada en el proceso ejecutivo consistió en que el ejecutante (Oliveros), no se subrogó en las obligaciones y derechos que el Banco Ganadero exigía al prometiente vendedor en el proceso ejecutivo adelantado ante el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, y el mismo hecho, explícitamente, fue alegado también en el ulterior proceso ordinario (hecho 4, fl. 29 Cdno 1), a manera de basamento del petitum resolutorio”.

Posteriormente la Corte precisó que “[e]xistiendo -como existe- entre los dos procesos, identidad de sujetos, de objeto y de causa, es palmario que el Tribunal desconoció la autoridad de cosa juzgada que emanaba de las sentencias dictadas dentro del proceso ejecutivo, pues el segundo contradice, abierta y paladinamente, al primero”, habida cuenta que “mientras en éste se decidió -después de auscultarse el entramado contractual- que la obligación a cargo del señor Oliveros, relativa a la subrogación [término utilizado en tal proceso], debía cumplirse en forma previa a cualesquiera otra, en el segundo, se expresó lo contrario, juicio que no era dable al Tribunal desconocer, a posteriori”, en razón a que “ello implicaba rasgar el sello de la cosa juzgada que cobijaba la decisión proferida en el proceso precedente, con todas las secuelas que de ello se derivan” (se subraya).

Así las cosas, la Sala concluyó que “[e]s incontestable, entonces, que mientras en el juicio ejecutivo, la jurisdicción ordinaria, después de escrutar el contrato de promesa de

compraventa, las obligaciones contraídas por las partes y su conducta, determinó, con fuerza de cosa juzgada, que la ‘subrogación’ del prometiende comprador era de ‘previo cumplimiento’ a cualesquiera otras que tuvieran su fuente en el pluricitado negocio jurídico, en el presente y ulterior proceso, el Tribunal concluyó que ‘no era de previo cumplimiento’, lo que evidencia su rebeldía -o inobservancia- frente a los pronunciamientos -en el punto en cuestión- dictados en el primer proceso, concernientes al régimen prestacional derivado del mencionado contrato preparatorio, materia de auscultación previa”.

De lo anterior, al tiempo, coligió que “[s]i el Tribunal hubiera aceptado -como era lo debido- que el señor Oliveros debía cumplir primero con la referida obligación -como otrora se había sentenciado- y que el demandante no estaba obligado a honrar las suyas, hasta tanto ello no ocurriera, **ha debido concluir que se reunían los requisitos necesarios para decretar la resolución del negocio jurídico, como acertadamente lo había ordenado el A-quo,...**” (negrillas fuera del texto).

Y, en definitiva, la Corte estimó que “en el presente proceso se demostró con los fallos dictados en el juicio ejecutivo, que el demandado debía cumplir -con la que se denominó en éstos- obligación de ‘subrogación’ antes de otorgarse la escritura pública correspondiente y que tal obligación fue incumplida, pruebas con apoyo en las cuales, el actor ulteriormente solicitó la resolución del negocio jurídico que lo ligaba con aquel, de tal suerte que la pretensión resolutoria, en sí misma, ha debido

abrirse paso, sin que fuera necesario examinar en este caso -por las razones expuestas- si el actor había o no cumplido sus obligaciones” (se subraya).

5. Deviene del estudio que efectuó la Sala al desatar el mencionado cargo segundo de la demanda de casación, que las decisiones adoptadas en las sentencias emitidas en el proceso ejecutivo que el señor Carlos Alberto Oliveros Gómez adelantó en contra del señor Luis Castillo de la Parra, al haber hecho tránsito a cosa juzgada, resultan vinculantes y que, por lo mismo, nada distinto a lo decidido en esos fallos puede aquí resolverse, de lo que se sigue el acierto de las consideraciones que sobre el punto esgrimió el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta capital, autoridad que, como ya se registró, con respaldo en las copias de los indicados pronunciamientos, infirió el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa base de la acción por parte del aquí demandado, en razón a que él no satisfizo primeramente la estipulación consagrada en el ordinal a) de su cláusula quinta, sin que haya lugar, como también lo anticipó la Corte en la providencia que resolvió el memorado recurso extraordinario, a escrutar el cumplimiento del actor, en torno de lo cual basta insistir, en concordancia con lo expuesto, que como sus obligaciones debían cumplirse con posterioridad a la incumplida por el prometiende comprador, aquel no estaba determinado, por lo mismo, a satisfacerlas de antemano (CLVIII, 299; CCXXXIV, 688 y cas. civ. 4 de septiembre de 2000, Exp. 5420).

6. Si a lo anterior se suma, de una parte, que en el proceso está demostrado el contrato de promesa de

compraventa objeto de la pretensión resolutoria debatida, con el documento que obra del folio 2 al 3 vuelto del cuaderno principal, del que se desprende la plena satisfacción de la exigencias consagradas en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que reemplazó el artículo 1611 del Código Civil, como lo señaló el *a quo*, y, por la otra, el fracaso de la totalidad de las excepciones propuestas por el demandado al contestar la demanda, por las razones que se dejaron expresadas, es del caso reiterar que la resolución contractual solicitada de manera principal en la demanda, estaba llamada a prosperar y que, por consiguiente, en este aspecto, las decisiones adoptadas en la sentencia de primer grado habrán de confirmarse.

7. Resta por revisar lo atinente a las prestaciones mutuas ordenadas por el *a quo*, como consecuencia de la resolución contractual que decretó.

7.1. Desde una perspectiva general, es necesario tener presente lo siguiente:

7.1.1. De conformidad con el artículo 1544 del Código de Civil, “[c]umplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que esta haya sido puesta a favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere” (se subraya).

De igual forma, el artículo 1545 *ibidem* señala, de manera general, que en los eventos de resolución contractual “no

se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario”.

Como lo ha destacado la jurisprudencia, uno de los casos en los que el ordenamiento ha establecido una solución particular en materia de frutos luego de producida la resolución contractual, es en el contrato de compraventa, toda vez que el artículo 1932 establece el criterio específico que debe atenderse para la restitución los frutos a que haya lugar como consecuencia de la resolución de un contrato de compraventa, cuando la misma se haya originado en la falta de pago del precio convenido.

7.1.2. Por otra parte, a partir de la sentencia de 6 de julio de 2000 (Expediente 5020), la Corte fijó como “*doctrina oficial*” suya, la aplicabilidad del artículo 1932 del Código Civil a la resolución del contrato de promesa de compraventa cuando ella obedezca al incumplimiento del prometiente comprador en el pago del precio del bien, realizado anteladamente en virtud de dicho negocio jurídico.

Al respecto, la Corporación concluyó que es “*válido...aplicar por vía de interpretación extensiva la disposición del art. 1932 del C. Civil,... cuando la resolución versa sobre un contrato de promesa de compraventa donde las partes convinieron anticipadamente el pago del precio de la cosa vendida y ésta es precisamente la obligación incumplida que realiza la condición resolutoria tácita*” (sentencia citada), norma que es del siguiente tenor:

“La resolución de la venta por no haberse pagado el precio dará derecho al vendedor para retener las arras, o exigir las dobladas, y además para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad si ninguna parte del precio se le hubiere pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada.

“El comprador, a su vez, tendrá derecho para que se restituya la parte del precio que hubiere pagado del precio.

“Para el abono de las expensas al comprador, y de los deterioros al vendedor, se considerará al primero como poseedor de mala fe, a menos que compruebe haber sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado”.

7.1.3. Y, finalmente, en relación con dicha preceptiva, la Corte precisó, por una parte, que “[n]o puede el comprador entonces recibir el tratamiento de poseedor de buena fe, que sí se merece el que cumplió o estuvo allanado a cumplir los de su parte” (Cas. Civ., sentencia del 29 de noviembre de 1963) y, por otra, que “...‘...en el contrato de compraventa [igual en el de permuta], la legislación colombiana previó en forma específica sus consecuencias jurídicas, que no permiten, so pena de sustituir al legislador, incluir dentro de ellas el fenómeno de la corrección monetaria para la restitución del precio pagado y de los frutos percibidos’ (Sent. 21 marzo 1995, Exp. 3328)...Y ello es así, porque la materia relacionada con las restituciones mutuas, en el evento de incumplimiento del precio pactado, gira exclusivamente en torno de lo dispuesto en el artículo 1932 antes citado y no alrededor de lo reglado en el artículo 1746 del mismo estatuto, ‘de allí que para el juzgador de una resolución por mora en el pago del precio, sea imperativo sujetarse no solo a lo normado por aquel precepto, sino también a su espíritu’ (Sentencia antes citada)...En esas condiciones, el vendedor o permutante cumplido tiene derecho a retener las arras que le

hayan sido pagadas, o a exigir las dobladas, y el comprador o permutante incumplido a retener los frutos percibidos en la parte proporcional del precio o su equivalente pagado, así como la carga de restituir los frutos en el faltante, y a recibir el precio que hubiere pagado, entendiéndose, claro está de conformidad con la interpretación armónica de dicha regulación legal, la restitución nominal del mismo” (Cas. Civ., sentencia del 15 de enero de 2004, expediente No. 6913; se subraya).

7.2. Se infiere de lo expuesto que, como consecuencia de la resolución contractual decretada, surgen como prestaciones iniciales, que las partes deban restituirse, recíprocamente, lo que recibieron en virtud del negocio jurídico que las vinculó, así: el demandante, la parte del precio que le fue cancelada; y el demandado, la finca prometida en venta.

7.2.1. En cuanto a lo primero, se establece:

7.2.1.1. El Juzgado del conocimiento ordenó al actor “restituir al demandado CARLOS ALBERTO OLIVEROS GOMEZ, la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000.00) M/cte., junto con la corrección monetaria y los intereses legales al 6% anual, a partir del once (11) de julio y primero (1º) de agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975), hasta cuando se verifique el pago, los que se liquidarán por simple operación aritmética, sin perjuicio de las compensaciones a que haya lugar, por el trámite incidental del art. 307, inciso 4º, del C. de P.C.”.

7.2.1.2. Pese a que, como se vio, no era procedente disponer la corrección monetaria de la indicada suma de dinero, ni

el pago de los intereses legales autorizados por el *a quo* (punto 8.1.3.), dichos pronunciamientos, por ser del todo favorables al demandado, único apelante, no pueden ser modificados por la Corte, para excluir tales rubros, como quiera que esos cambios irían en perjuicio del accionado y, por lo mismo, trasgredirían la prohibición de la *reformatio in pejus*, establecida en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

7.2.1.3. En lo tocante con el planteamiento que el accionado sostuvo al sustentar el recurso de apelación que interpuso contra el fallo de primera instancia, consistente en que él pagó anticipadamente a lo convenido la cantidad de \$250.000.00 contemplada en la parte final del literal b) de la cláusula quinta del contrato base de la acción, prevista para ser satisfecha el día de la firma de la escritura pública mediante la cual se perfeccionaría la compraventa prometida, encuentra la Corte que la cancelación de esa parte del precio fue confesada por el aquí demandante en el curso de la diligencia de inspección judicial practicada el 28 de junio de 1979 en el proceso ejecutivo que el señor Oliveros Gómez adelantó en el Juzgado Décimo Civil del Circuito de esta capital contra el señor Castillo de la Parra, cuya copia debidamente autenticada milita del folio 348 al 351 del cuaderno No. 9 y se allegó en cumplimiento del decreto oficioso impartido por la Corte mediante auto de 4 de marzo de 2004 (fl. 231, cd. 9).

En ese acto, el aquí demandante manifestó que “[y]o no recuerdo haber firmado nunca un recibo por \$400.000.00 sino por varias partidas que sí suman los \$400.000.00 y puedo discriminar las partidas tal como lo hice ante el Juzgado 15 o 17

Civil del Circuito en el año pasado en septiembre, en donde quedaron discriminadas las partidas que recibí del Dr. Oliveros y las puedo discriminar ahora y así es: el primer abono lo recibí el 30 de octubre del 75 por \$20.000.00, el segundo el 28 de noviembre del mismo año por \$25.000.00, el tercero el 5 de diciembre del mismo año por \$30.000.00, el cuarto el 19 de diciembre/75 por \$20.000.00, el quinto 12 de febrero/76 por \$50.000.00, el sexto marzo 18 por \$20.000.00, el séptimo abril 8/76 por \$30.000.00, el octavo mayo 18/76 por \$10.000.00, el noveno en junio 1/76 por \$20.000.00, el décimo junio 7/76 por \$5.000.00 y el onceavo agosto 3/76 por \$, (sic) ahí quedó cancelado...”.

Si los dos pagos iniciales ascendieron a la suma de \$150.000.00, reconocida por el *a quo* sin protesta del actor, y los primeros diez abonos detallados por el confesante suman \$230.000.00, se infiere que el último instalamento, verificado el 3 de agosto de 1976, debió ser por el valor de \$20.000.00, quedando así satisfecha la referida cantidad de \$400.000.00, que desde un principio el actor admitió como recibida.

La Sala no tendrá en cuenta como prueba de los pagos mencionados, la copia del interrogatorio de parte que el señor Castillo de la Parra absolvió ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá el 15 de septiembre de 1978, obrante a folios 423 a 427 del cuaderno No. 1, toda vez que no aparece debidamente autenticada, pues la atestación de su correspondencia con el original provino del Secretario del Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá cuando, como acaba de indicarse, la prueba se surtió en el Juzgado Quinto Civil del

Circuito de esta capital y, particularmente, porque su agregación al expediente no se verificó en ninguna de las oportunidades determinadas por la ley procesal civil para la aportación de los documentos, en la medida en que se anexó al memorial mediante el cual el demandado interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Viable es colegir, entonces, que se demostró el pago de la suma de \$250.000.00, establecida en el literal b) de la cláusula quinta del contrato de promesa de compraventa para completar la cantidad de \$400.000.00 que allí se menciona, monto aquel cuya devolución al demandado se ordenará por su valor nominal y sin intereses de ninguna índole, conforme las razones que ya fueron explicitadas.

7.2.1.4. Desde otra perspectiva, propio es señalar que no escapa a la Corte que la referida suma de \$150.000.00 que primeramente pagó el prometiente comprador al prometiente vendedor como parte del precio del bien prometido en venta, la entregó a título de arras, como se aclaró en el “OTRO SI” que figura al final del documento contentivo de dicho acuerdo de disposición de intereses, en donde se precisó que “las arras del presente contrato se limitan a la suma de \$150.000.00 (ciento cincuenta mil pesos moneda corriente), como consta en la cláusula quinta del mismo”.

Siendo ello así y no obstante que el artículo 1932 del Código Civil da “derecho al vendedor para retener las arras, o exigirlas dobladas”, frente al silencio que al respecto guardó el sentenciador *a quo* y a la circunstancia de que el demandante no

apeló su fallo, la Corte, en acatamiento de las limitaciones que se desprenden del ya citado artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, como con anterioridad se explicó, se abstendrá de tomar cualquier determinación al respecto.

7.2.1.5. Corolario de lo hasta aquí analizado, es que, en cuanto a la orden de restitución del precio adoptada por el *a quo*, ella habrá de confirmarse, sin que haya lugar, por ser el demandado apelante único, a excluir el reconocimiento que esa autoridad hizo de la corrección monetaria y los intereses legales del 6% anual sobre la cantidad de \$150.000.00, ni a autorizar al actor para retener dicho monto por haberlo recibió a título de arras, empero modificándola en lo tocante a su cuantía, que se aumentará en la suma de \$250.000.00, por haberse demostrado aquí que el señor Oliveros Gómez pagó anteladamente a lo estipulado en el ordinal b) de la cláusula quinta del contrato de promesa materia del litigio dicho valor, el cual habrá de restituirse sin corrección monetaria, ni intereses.

Al mismo tiempo, de conformidad con las previsiones del actual artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, se dejará sin efecto el carácter *in genere* de la condena que se impuso, pues al tenor de ese precepto ello no es procedente.

7.2.1.6. Para concretar el valor correspondiente al reajuste monetario y a los intereses de la suma de \$150.000.00, la Sala seguirá el procedimiento aplicado por el perito Héctor Ibáñez Sandoval, como quiera que aparece debidamente explicado, se ajusta a parámetros técnicos y no fue materia de las objeciones que en relación con su trabajo formularon las partes, empero no

adoptará las cantidades por él determinadas, como quiera que los índices de precios al consumidor que tomó para los meses de julio y agosto de 1975 fueron modificados por el DANE desde el año 2009, época a partir de la cual empezó a aplicar una nueva base - la del 2008- para el cálculo del IPC, y, adicionalmente, por el tiempo transcurrido desde la fecha de corte de sus cálculos (marzo de 2004) hasta ahora, que evidencia la falta de actualidad de esas cuentas.

Así las cosas, se sigue a la verificación de las operaciones respectivas con aplicación de los porcentajes actuales del índice de precios al consumidor, hecho notorio que no requiere de prueba en el proceso (art. 177, inc. 2º, C. de P.C.), para determinar el valor corregido monetariamente hasta el 30 de junio de 2010 de la mencionada suma de \$150.000.00 que el demandado entregó al demandante, teniendo en cuenta la fecha de realización de cada uno de los abonos efectuados:

a) Indexación de la suma de \$100.000.00 pagada el 11 de julio de 1975: Índice de julio de 1975: 0.40; índice de junio de 2010: 104.52. En consecuencia: $104.52 / 0.40 \times \$100.000.00 = \$ 26.130.000.00$.

b) Indexación de la suma de \$50.000.00 pagada el 1º de agosto de 1975: Índice de agosto de 1975: 0.40; índice de junio de 2010: 104.52. En consecuencia: $104.52 / 0.40 \times \$50.000.00 = \$ 13.065.000.00$.

En lo que refiere al cálculo de los intereses, se arriba a los siguientes resultados:

a) Intereses al 6% anual (0.5% mes) sobre la suma de \$100.000.00 desde el 11 de julio de 1975 hasta el 30 de junio de 2010 (equivalente a 419.62 meses): $\$100.000.00 \times 0.5\% \times 419.6 \text{ meses} = \$209.810.00$.

b) Intereses al 6% anual (0.5% mes) sobre la suma de \$50.000.00 desde el 1º de agosto de 1975 hasta el 30 de junio de 2010 (equivalente a 419 meses): $\$50.000.00 \times 0.5\% \times 419 \text{ meses} = \$104.750.00$.

Resultado de lo anterior, es que la parte pagada del precio en cantidad de \$150.000.00, corregida monetariamente al 30 de junio de 2010, asciende a la suma de \$39.195.000.00; y que los intereses legales a la tasa del 6% anual, causados hasta la misma fecha sobre aquel monto, totalizan el valor de \$314.560.00.

7.2.2. En lo tocante con la devolución del inmueble materia del negocio jurídico resuelto, el juzgado del conocimiento ordenó al señor Oliveros Gómez “restituir al demandante LUIS CASTILLO DE LA PARRA, el inmueble objeto del contrato de promesa de compraventa, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia”, pronunciamiento que por ajustarse en un todo a los parámetros legales ya examinados, habrá de confirmarse en su integridad.

7.3. Tal y como lo definió el *a quo*, otra prestación derivada de la resolución del contrato base de la acción corresponde al pago de los frutos producidos o que

hubiese podido producir el inmueble materia de ese negocio jurídico.

7.3.1. Al respecto, el juzgado del conocimiento condenó al demandado a pagar al actor “el valor de los frutos civiles o naturales percibidos o dejados de percibir, desde el día 12 de julio de 1975, por considerarse como poseedor de mala fe”.

7.3.2. Como ya quedó indicado, las prestaciones que en el caso *sub lite* surgen para las partes están reguladas por el artículo 1932 del Código Civil, que en cuanto hace a la temática ahora examinada consagra que el vendedor tiene derecho “además para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad si ninguna parte del precio se le hubiere pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada”.

7.3.3. Así las cosas, fluye ostensible el exceso en que incurrió el sentenciador de primer grado al ordenar el pago de la totalidad de los frutos en cuestión, pues conforme al indicado precepto, esa condena solo podía comprenderlos en la proporción de la parte del precio no pagada por el prometiente comprador, razón por la cual habrá de modificarse dicha determinación para reducirla en el sentido anteriormente precisado.

7.3.4. Ahora bien, no siendo procedente, como ya se analizó, la condena en abstracto, se impone a la Corte concretar el valor de los frutos que el señor Oliveros Gómez deberá pagar al aquí accionante.

Para ello, es indispensable, conforme los derroteros trazados por el artículo 1932 del Código Civil, establecer, de un lado, el porcentaje de la parte del precio no pagada por el promitente comprador y, de otro, el valor de los frutos correspondientes, a lo que se sigue.

7.3.4.1. Reza la cláusula quinta del contrato de promesa materia del litigio: “Como precio, las partes contratantes acuerdan que el promitente COMPRADOR pagará al promitente VENDEDOR en Bogotá D.E., las siguientes partidas: a) El promitente COMPRADOR se obliga y se subroga en todas las obligaciones a cargo del promitente VENDEDOR y que surjan del proceso ejecutivo que actualmente cursa en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, referencia: Ejecutivo de Banco Ganadero contra Luis E. Castillo de la Parra e Irmgard Mürle de Castillo. Por tanto el promitente COMPRADOR corre con todas y cada una de las contingencias del proceso referido cualesquiera que éstas sean, comprometiéndose el promitente VENDEDOR a otorgar todos los poderes que fueren necesarios al promitente COMPRADOR en forma oportuna. b) Y la suma de \$400.000.00 (cuatrocientos mil pesos moneda corriente) que el promitente COMPRADOR pagará al promitente VENDEDOR así: La suma de \$100.000.00 (cien mil pesos moneda corriente) a la firma del presente contrato y que el promitente VENDEDOR declara recibir a satisfacción en cheque No. E965104 del Banco Royal del Canadá; la suma de \$50.000.00 (cincuenta mil pesos moneda corriente) en cheque No. E965105 del Banco Royal del Canadá para el día primero (1°) de agosto del presente año, sumas estas que se tendrán como arras del negocio imputables al precio del mismo, y el saldo o sea la suma \$250.000.00 (doscientos

cincuenta mil pesos moneda corriente) serán pagaderos a la firma de la respectiva escritura en la que se protocolice el presente contrato y el plano del lote”.

En torno de la cláusula pretranscrita, pertinente es señalar que, tratándose allí del precio y de la forma de pago, la previsión contemplada en su ordinal a), no obstante que alude a que el promitente comprador “se subroga” en las obligaciones que entonces tenían el promitente vendedor y la señora Irmgard Mürle de Castillo con el Banco Ganadero y que eran materia del proceso ejecutivo que éste adelantaba en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, no puede entenderse como expresiva de la figura contemplada en el artículo 1666 del Código Civil, el cual establece que “[l]a subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga”, sino en el sentido de que el promitente comprador, por virtud de tal estipulación y, se repite, como parte del precio del inmueble prometido en venta, se obligó a asumir la referida deuda y, por lo mismo, en su momento, debía proceder a su pago.

Con otras palabras, como parte del precio pactado en la promesa de compraventa, el promitente comprador debía encargarse de liberar al promitente vendedor de la obligación que con anterioridad a la celebración de ese negocio jurídico éste tenía para con el Banco Ganadero, estipulación que, como fácilmente se aprecia, dista del pago que de un crédito hace una persona distinta al deudor y que, como efecto jurídico primordial, la “subroga...en los derechos del acreedor” (art. 1667, C.C.), con todo lo que ello supone.

Con esa comprensión del asunto y con el propósito de concretar el valor del compromiso asumido en el comentado ordinal a) de la cláusula quinta del contrato base de esta acción, la Corte tiene en cuenta el documento visible a folio 22 del cuaderno número uno, atendible como prueba en los términos del numeral 2° del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, que informa que el pago que se hizo del crédito cobrado en la ejecución allí mencionada, ascendió a la suma de \$974.106.69.

En consecuencia, se colige que el precio total fijado en la promesa auscultada fue de \$1.374.106.69.

En tal orden de ideas, si como se dejó señalado en el punto 7.2.1.3. precedente, la parte del precio que el demandado comprobó haber satisfecho, fue la cantidad de \$400.000.00, en definitiva se obtienen los siguientes porcentajes: parte pagada: 29.10%; y parte no pagada: 70.90%, rata ésta que será, por ende, la aplicable con miras a concretar el monto de los frutos que el demandado deberá restituir al demandante.

7.3.4.2. En torno del valor de los frutos producidos o que, con mediana inteligencia y cuidado, hubiese podido producir el predio prometido en venta, desde la fecha en que le fue entregado al demandado (12 de julio de 1975), procede el siguiente análisis:

a) La Corte, en consideración a que para la fecha en que se dictó la sentencia de casación no existía prueba de su cuantía, entre otros puntos, ordenó que en el dictamen pericial que allí decretó de oficio, el experto estimara “[e]l valor de

los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble, desde el 12 de julio de 1975 hasta la fecha de rendición de la experticia, y no solamente los percibidos, sino también los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado”.

b) El perito designado, señor Héctor Ibáñez Sandoval, en su trabajo inicial, determinó la “rentabilidad del predio” para el año de 1975 en la suma de \$600.604.00, con fundamento en “las condiciones y clasificación del suelo, así como las tendencias económicas de la zona donde se localiza” la finca; en que, “[h]aciendo un análisis de explotación y mejor uso de la tierra, se encontró que los pastos y propiedades del terreno como topografía, agua disponible y tipo de potreros, eran los óptimos para ser rentados para la ganadería”, sin descartar como factibles otros usos, como serían “los cultivos de flores, tubérculos u hortalizas”; y en que “efectuó un proceso de investigación y análisis con entidades y agremiaciones reconocidas en ese sector económico como FEDEGAN, Asociación Holstein de Colombia y la Bolsa Nacional Agropecuaria entre otros”. Señalado lo anterior, trajo a valor presente dicho monto, operación que arrojó como resultado la suma de \$118.110.341.12, la cual, en sus conclusiones, fijó, además, como el valor de “los perjuicios representados por el lucro cesante” (fls. 250 a 290, cd. 9).

c) En atención a las solicitudes de aclaración y complementación del dictamen que elevaron ambas partes, a las que la Corte accedió por auto del 3 de diciembre de 2004 (fl. 359, cd. 9), el citado perito adicionó su experticia mediante escrito que obra del folio 371 al 376 del cuaderno No. 9, en el que, en lo que aquí interesa, señaló:

- “La rentabilidad del predio está determinada, en mi concepto, tanto por los frutos civiles o naturales que pueda producir con mediana inteligencia”.

- “En estas circunstancias, cuando me refiero a la rentabilidad, este concepto equivale a los frutos naturales” (se subraya).

- “Partiendo de que se estimaron los frutos naturales, promedio año 1975, en la suma de \$600.343, tendríamos que para el periodo comprendido entre aquel año y el 2004, o sea 30 años, la rentabilidad para dicho periodo es de \$18.010.290.00. Actualizando esta suma a valor constante y utilizando la misma metodología observada en el dictamen inicial tenemos: Indicativo para 2004: 150.90, Indicativo para 1975: 0.767343; suma a actualizar \$18.010.290.00; 150.90 dividido por 0.762797 y multiplicado por \$18.010.290.00, nos da un valor actual indexado de \$3.562.878.144,00, por concepto de rentabilidad”.

- “...los factores tenidos en cuenta para determinar la rentabilidad del predio, son los mencionados en el dictamen, sin que para ello hubiesen sido considerados factores diferentes a los que obran en el dictamen mismo, ni documentos a los que hace alusión la parte. Por lo anterior, teniendo en cuenta, entonces, que el dictamen se refirió a lo ordenado por la H. Corte y que en el mismo se indican los soportes de la conclusión, tenemos que, sobre este punto, no existe nada que adicionar,...”.

7.3.4.3. Como quiera que considerada, incluso, la aclaración y complementación del trabajo pericial en precedencia compendiada, la Corporación estimó que el perito Ibáñez Sandoval no calculó los frutos producidos o que hubiese podido producir el predio vinculado al litigio durante todos y cada uno de los años transcurridos desde 1975, ordenó a éste la realización de ese estimativo (auto de 19 de octubre de 2005, fls.400 a 404, cd.9).

7.3.4.4. En razón a que el mencionado auxiliar de la justicia no acató oportunamente el referido mandato, la Corte lo removió del cargo (auto de 1º de agosto de 2006, fl. 421, cd. 9). Luego de varias designaciones del reemplazo, en últimas, la señalada labor fue realizada por el perito Pedro Antonio Salazar Berrío, quien conceptuó que “[l]a FINCA ESPARTA, conforme lo menciona y lo manifestó personal y verbalmente su propietario, el Sr. CARLOS ALBERTO OLIVEROS G., no produjo rentas ni utilidades desde la fecha año 1976, ..., y hasta fecha año 2002. Es decir, durante este tiempo no existe acreditación alguna, no encontré prueba real ni documentaria ni similar de que hubo cultivos de ninguna especie, ni explotación agraria de la tierra..., ni hubo aprovechamiento de los pastizales para ningún tipo de semoviente o similar; o sea que no hubo **FRUTOS PRODUCIDOS**,...”.

Más adelante, el mencionado experto observó que “[p]ara fecha año 2002, mes enero, la HACIENDA ESPARTA entró en arrendamiento”; que “[s]in embargo hubo incumplimiento del arrendatario con el pago de los cánones de arrendamiento, por lo cual el arrendador certifica de buena fe que solo le pagaron

3 meses o sea \$9.000.000.00, los cuales se deben contar a partir de fecha mes abril 2002”; que luego de que el aquí demandado recuperó la tenencia de la finca, según él lo informó, la arrendó nuevamente en forma verbal al señor Andrés Vásquez “por la cantidad de \$1.200.000.00 canon mensual, o sea que desde la fecha enero de 2006 a la fecha (mayo de 2007, aclara la Corte), han transcurrido 15 meses, lo que significa que la Hacienda ESPARTA ha producido FRUTOS REALES por valor de \$18.000.000.00”; y que, por lo tanto, los “frutos producidos totales” corresponden a la sumatoria de los anteriores montos, operación que arroja la cantidad de \$27.000.000.00, cánones que “no generan intereses” (fls. 445 a 452, cd. 9).

7.3.4.5. El apoderado judicial de la parte demandante, dentro del término del traslado tanto del dictamen inicialmente rendido por el perito Ibáñez Sandoval (escrito de folios 298 a 315, cd. 9), como de la aclaración y complementación que presentó el señor Salazar Berrío (escrito de folios 469 a 490, cd. 9), objetó esos trabajos en lo referente al cálculo de los frutos.

En esencia, denunció la comisión de los siguientes errores: se tomó “la suma de \$600.000 o la de \$600.604 como la de ‘rentabilidad’ del inmueble para todo el periodo desde el 12 de julio de 1975 hasta la fecha del dictamen, cuando en realidad corresponde únicamente al año de 1975”; “[a]l indexar o actualizar esa suma de \$600.000 o de \$600.604” se indicó “que la cantidad de \$118’110.341,12 es la que corresponde a todo el periodo, cuando en realidad corresponde a la actualización de una sola anualidad”; y no se tuvo en cuenta, “como se...ordenó en el auto que dispuso oficiosamente la prueba, que la estimación debía

comprender el valor de los frutos desde el 12 de julio de 1975 hasta la fecha de rendición de la experticia”, puesto que se omitieron los cálculos para “los años 1976, 1977, y así sucesivamente hasta la fecha del dictamen”.

En compendio, el objetante manifestó que “[c]omo ese estimativo no se hizo, la conclusión sobre el valor de los frutos, o ‘rentabilidad’ o ‘lucro cesante’, como también los denomina, resulta igualmente errónea. También y por los mismos motivos resulta errónea la conclusión del perito Salazar respecto del valor de los frutos por \$27.000.000”.

7.3.4.6. Por su parte, el demandado, actuando en nombre propio, dentro del término del traslado de la aclaración y complementación que el perito Ibáñez Sandoval hizo a su inicial trabajo (escrito de folios 393 a 396, cd. 9), también objetó dicha experticia, en los siguientes términos:

a) Remitió al memorial en el que había solicitado aclaración y complementación del dictamen pericial, donde puso de presente que, conforme se desprende del proceso ejecutivo que el Banco Ganadero adelantó al aquí demandante en el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, el señor Castillo de la Parra, pese a ser titular de la hacienda denominada “Descanso 2”, luego “Valle Verde”, con capacidad de 196 fanegadas, es decir, 4 veces más que la finca “Esparta”, no pudo cumplir con el pago de la suma de \$400.000.00, que había solicitado en préstamo para la compra de ganado, por cuanto en dicha extensión sólo pudo mantener 38 animales, que fueron los embargados en esa causa.

Con tal fundamento, cuestionó la rentabilidad determinada por el perito para el año de 1975, en cuanto hace al número de animales sostenibles en el predio materia de este litigio, al promedio de producción de leche y del tiempo del mismo, al porcentaje de natalidad y a la viabilidad de explotar dicho terreno al mismo tiempo con actividades de cría, levante y ceba.

Fincado en valores que extrajo “del formato de FINAGRO ‘ESTIMACION DE INGRESOS Y VENTAS’”, concluyó que la rentabilidad neta (sin incluir costos financieros) del referido predio para 1975, a lo sumo, ascendería a \$121.770.00.

b) Advirtió que en la sucesión del actor se estimó “al año 2000 como valor del derecho o inmueble que nos ocupa la suma de \$20’000.000.00, lo que implica que nadie puede ser más papista que el papa y por cuanto el perito es funcionario que ocupa esta labor transitoriamente, nadie puede dar más de [lo] que se pide o estima su derecho, por ende, su peritaje está desfasado y contiene un error de hecho sustancial en la situación puesta a su consideración”.

c) Reprochó que el auxiliar de la justicia “debió tener en cuenta lo probado en los distintos procesos cuyas copias obran en autos, de la destinación como lote de engorde a que estaba destinado el que es motivo del proceso por parte de Castillo, quien igualmente como está probado, Juzgado 8 Civil del Cto (sic), ejecutivo Banco Ganadero vs. CASTILLO, era dueño y la HDA. ESTABA CONFORMADA POR 105 FANEGADAS y en 10 años que duró su acreencia o proceso no pudo producir en

ésta los \$400.000.00 adeudados a la entidad bancaria, siendo 4 veces mayor su extensión para la fecha”.

d) Recabó en que el aquí demandante provocó la clausura del pozo profundo que el demandado construyó en el predio, con todo lo que de esa circunstancia se derivó, y en las características del suelo, descritas por el mismo perito.

e) Afirmó que “[l]a producción y rentabilidad precisadas por el perito se encuentra[n] en evidente contraposición y desfase con la peritación del Dr. Ortigón que hoy presento a la cual me atengo para objetar por las circunstancia[s] de error grave que tal perito hace notar y establece, ya que de una parte la inactividad de la actora, en el sentido de producción, es evidente y quedó demostrada no sólo con la prueba aportada, sino también con la imposibilidad de pago de sus créditos antes de mi intervención en el inmueble, y la peritación rechazada en tal sentido por el Juzgado 8 C. de Cto (sic) y dado que no hay vida sin agua, correlativamente no hay productividad, y si quien pretende beneficiarse con su propia culpa, dolo, y menos cualificar su calificada actuación de improductividad anterior en el fundo objeto del experticio”.

7.3.4.7. Como prueba de las objeciones formuladas contra los relacionados trabajos periciales, en lo atañadero a la estimación de frutos que en ellos aparece, mediante auto del 7 de mayo de 2008 (fls. 506 y 507, cd. 9), se decretó la práctica del dictamen pericial solicitado por la parte actora, que debía absolver, fundamentalmente, los siguientes puntos:

a) “...el cálculo de los frutos naturales y/o civiles del predio, año por año, desde 1975 y hasta la fecha del dictamen”, con la correspondiente corrección monetaria y los intereses legales del 6% anual.

b) “...el cálculo de los frutos por concepto de arrendamiento del predio, año por año, desde 1975 y hasta la fecha del dictamen”, teniendo como base “que para el período enero de 2004 a enero de 2005 el arrendamiento anual es de cincuenta y cuatro millones setecientos cincuenta y un mil quinientos pesos (\$54.751.500), los cuales actualizarán hacia atrás, utilizando, como ya lo hizo para otras sumas, la misma metodología” aplicada, junto con el de los intereses legales del 6% anual.

7.3.4.8. La experticia estuvo a cargo de la perito financiera señora María Magdalena Rincón Bernal, quien para calcular los frutos de la finca partió de la suma de \$600.000.00, estimada por el perito Ibáñez Sandoval para 1975, y fijó el valor de los años subsiguientes “con base en el porcentaje de incremento anual en el valor de la leche al productor”, según datos que obtuvo del “CEGA (CENTRO DE ESTUDIOS GANADEROS Y AGRÍCOLAS)”, y en el “porcentaje de incremento en la producción de reces (sic)”, conforme “cuadros anexos”. Obtenido así el valor de los frutos, año a año, desde 1975, la auxiliar corrigió monetariamente cada uno de esos montos, sumó los valores indexados y, de esta manera, fijó como frutos totales la cantidad de \$1.371.943.579.95.

En cuanto concierne al otro punto materia del dictamen -la estimación de los frutos partiendo del arrendamiento anual por valor de \$54.751.500.00 para el año de 2005-, la perito señaló que “[d]e enero de 2006 hasta la fecha del dictamen, se incrementó en un 15% anual, para obtener como resultado el valor de los frutos por concepto de arrendamiento”; seguidamente plasmó las formulas matemáticas que utilizó para la actualización de los años restantes; y, por último, condensó sus cálculos en un cuadro, en el que totalizó el valor de los arrendamientos entre 1975 y noviembre de 2008 en la suma de \$579.760.634.22.

7.3.4.9. Para definir las relacionadas objeciones, pertinente es memorar que *“como por ‘error’ se entiende el ‘concepto equivocado o juicio falso’ y por ‘grave’ lo que es ‘grande, de mucha entidad o importancia’, según se define en el Diccionario de la Real Academia Española, es claro que no cualquier tacha contra el dictamen conduce a descalificarlo. Los reparos procedentes al respecto son los que, amén de protuberantes, en términos generales, se oponen a la verdad o a la naturaleza de las cosas, a tal punto que si no se hubieren cometido los resultados habrían sido diametralmente distintos...La Corte, reiterando doctrina anterior, en el punto tiene explicado que las características de los errores de ese linaje y que permiten diferenciarlos de otros defectos imputables al dictamen pericial, ‘es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se*

deriven” (Cas. Civ., sentencia del 12 de diciembre de 2005, expediente No. C-2530731840012001-00005-01; se subraya).

Examinados los motivos en los que los objetantes sustentaron sus reclamos, se establece, delantamente, que los cuestionamientos formulados no corresponden, en esencia, al concepto de “error grave” que se dejó dilucidado, en tanto que ellos apuntan, fundamentalmente, a poner de presente, los de la parte actora, que el perito Ibáñez Sandoval no realizó en forma completa el trabajo que le fue encomendado, puesto que no calculó los frutos producidos o que pudo producir el predio materia del litigio a partir del año 1976 y hasta la fecha de rendición de la experticia, y los de la parte demandada, que el valor de \$600.634.00, que dicho auxiliar fijó como frutos para el año 1975, carece de fundamento, defectos que de ser ciertos, como en efecto lo son, según más adelante se verá, no engendran, *per se*, la comisión de errores de la intensidad atrás advertida, sino que conducirían a que las conclusiones allí incorporadas no puedan ser apreciadas como prueba, por no satisfacer las exigencias legales.

Lo dicho es suficiente para desestimar las objeciones analizadas.

7.3.4.10. Pasa la Sala a valorar los trabajos periciales en lo relacionado con la estimación de frutos que en ellos se realizó, para lo cual tiene en cuenta que “[e]l dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los

fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones” (num. 6º, art. 237, C. de P.C.).

a) La experticia presentada por el señor Ibáñez Sandoval, considerada la aclaración y complementación que él mismo efectuó, resulta inatendible, como quiera que, por una parte, la suma de \$600.634.00, que fijó como frutos para el año de 1975, carece de fundamento y, por otra, no comprendió el cálculo del mencionado factor -frutos- respecto de los años subsiguientes al en precedencia indicado.

En efecto, como ya se registró, para sustentar la mencionada cifra, luego de colegir la aptitud del terreno para desarrollar actividades ganaderas, el perito señaló que “efectuó un proceso de investigación y análisis con entidades y agremiaciones reconocidas en ese sector económico como FEDEGAN, Asociación Holstein de Colombia y la Bolsa Nacional Agropecuaria, entre otros”, empero por ninguna parte relacionó el resultado de tales indagaciones y, mucho menos, anexó a su trabajo el material que hubiese podido recaudar.

Seguidamente, señaló que el “área neta útil de pastos para ser explotada en ganadería” era la de 30 hectáreas y que “por el tipo de pastos, el clima y el grado de tecnología en el proceso productivo de explotación del ganado, principalmente en lechería, se determinó el factor de capacidad de carga en una (1) unidad de gran ganado”, sin indicar, en concreto, cuál era esa “capacidad de carga”, ni explicar en qué consistía “una (1) unidad de gran ganado”.

En clara alusión al cuadro No. 1, anexo a la experticia (fl. 256, cd. 1), el señor Ibañez Sandoval explicó que la producción ganadera “la conforman las actividades de cría, levante y ceba hasta el consumo final como carne”; que en la zona de Suesca y, en general, “en la Sabana, el promedio de producción de leche del ganado típico, Holstein, es de 20 litros por día. Adicionalmente, el promedio de producción lechera por año es de ocho (8) meses”; y que “[l]os precios de venta de cada una de las actividades de producción para el año 1975 (\$7.50, \$10,00, \$10,00), se establecieron con base en informes de FEDEGAN (Federación Antioqueña de Ganado) (sic) del año 1978. Estos valores fueron corroborados, mediante cálculos con base en el precio actual al productor afectado por los índices de precios emitidos por FEDEGAN, encontrando un margen de error cercano al 5%, es decir, en pesos de la fecha 40 centavos, que por su baja cuantía se considera aceptable”.

Examinado el mencionado cuadro No. 1, elaborado por el mismo auxiliar de la justicia y que él denominó “ANÁLISIS DE POTENCIAL USO EXPLOTACIÓN GANADERA FINCA ESPARTA”, contentivo del “análisis de producción”, “de ingresos” y “de costos”, concluye la Corte, por una parte, que las precisiones que en torno del mismo hizo el perito, en precedencia compendiadas, son insatisfactorias, pues no justifican aspectos que constituyen base esencial de dicho estudio -que seguidamente se enunciarán-, y, por otra, que la rentabilidad de la finca así proyectada para el año 1975, como ya se indicó, no tiene un sustento suficiente que le sirva de soporte. Es así como no se detecta la razón del número de animales con base en el cual se hicieron las cuentas (en total 69.43, discriminados así: 21.00 para

la producción de leche, 34.07 por peso y 14.36 para levante), o de la cantidad de leche promedio animal por día aplicada (20 litros), o del tiempo de producción contemplado (8 meses por año) y, mucho menos, de los costos estimados. En torno del último punto -costos-, que es toral cuando se trata de establecer la utilidad neta de cualquier actividad económica, debe destacarse que nada se explicó y que, por consiguiente, ninguna pauta ofrece el dictamen que permita entender cómo se obtuvieron los valores incluidos por concepto de mano de obra, concentrados, sal mineralizada, cercas, construcciones, inseminación artificial, manejo de potreros, otros gastos y maquinaria y equipos.

Y en lo tocante al período de cálculo de los frutos, es evidente que el perito, en su inicial trabajo, los estableció pero sólo respecto del año 1975, en los términos precedentemente comentados; y que, en el escrito de complementación, tomó el valor que fijó para el indicado año, lo multiplicó por el término de 30 años, que era el tiempo que para entonces había transcurrido, e indexó el resultado, obteniendo, en definitiva, la cantidad de \$3.562.878.144.00.

Se concluye, por consiguiente, que para determinar los frutos que el inmueble prometido en venta hubiera podido producir desde la fecha en que le fue entregado al demandado y hasta cuando se presentó la complementación del trabajo pericial (28 de abril de 2005), el auxiliar de la justicia aplicó la misma rentabilidad que él había determinado para 1975 a los años posteriores, sin aducir razón alguna que justifique ese procedimiento.

Así las cosas, el trabajo pericial analizado no podrá ser tenido en cuenta por la Corte para fijar el valor de los frutos que se investigan.

b) Tampoco es atendible con ese fin el concepto emitido por el perito Salazar Berrío, toda vez que el cálculo que efectuó de los frutos por valor de \$27.000.000.00 está afincado exclusivamente, según su propio decir, en los datos que de manera verbal e informal le suministró el demandado, sustento éste que, como es obvio comprenderlo, no podía servir de base para la confección de la experticia.

c) El dictamen elaborado por la perito María Magdalena Rincón Bernal, en su primera parte, al igual que los anteriores, está desprovisto del debido sustento, como quiera que partió de la suma de \$600.000.00 que el perito Ibáñez Sandoval fijó como rentabilidad de la finca para el año 1975, atrás cuestionada, y porque el índice porcentual que utilizó para incrementar, año a año, el valor de los frutos, a partir de 1976, no fue señalado, ni tiene respaldo probatorio, ya que los cuadros anexos a la experticia, a los que la auxiliar remitió, versan, al parecer, sobre el “precio real al productor de la leche (puesto en finca)” a partir, unos, de 1991 (fls. 749 y 750, cd. 9B) y otros, de 1999 (fls. 751 a 760 cd. 9B), sin que de ellos, por consiguiente, pueda inferirse, de un lado, los valores correspondientes para el período comprendido entre 1975 y ese primer año -1991- y, de otro, la tasa porcentual de incremento de los precios allí registrados, que vendría a ser la que aplicó la experta.

El segundo cálculo que en el aludido dictamen se hizo de los frutos, con base en que el valor del arrendamiento de la

finca para al año de 2004 ascendió a la suma de \$54.751.500.00, tampoco puede considerarse, en la medida que adolece del mismo defecto que se detectó en las cuentas que sobre la corrección monetaria de la parte del precio pagado realizó el perito Ibáñez Sandoval, es decir, la auxiliar de la justicia tomó como índices de precios al consumidor los expresados en la tabla que obra del folio 251 al 264 del cuaderno No. 9, sin que hubiera tenido en cuenta que la base para su fijación fue modificada en el año 2008 y que, como consecuencia de ello, a partir de 2009 se cambiaron esos valores, lo que denota que el trabajo pericial no está fincado en datos actuales y que, por lo mismo, los resultados económicos de que da cuenta se encuentran desfigurados.

7.3.4.11. Descartado, como queda, que los trabajos periciales realizados sirvan al propósito de determinar el monto de los frutos que deberá restituir el demandado al actor, se concluye que el único elemento cierto que puede orientar a la Sala para concretar dichos frutos, es el contrato de arrendamiento celebrado por el señor Carlos Alberto Oliveros Gómez, como arrendador, e Inversiones María Camila Cía. Ltda. y los señores María Inés Hernández de Torres, Hugo Leonardo Torres Hernández y Diego Mauricio Torres Hernández, como arrendatarios, que en copia auténtica milita a folios 245 a 247 del cuaderno No. 9, cuyo original fue reconocido expresamente por aquí accionado, documento que fue tenido en cuenta por la Corte en auto del 18 de junio de 2004 (fl. 296, cd. 9).

En dicha convención se estipuló, por una parte, que “[e]l término de duración del presente contrato es de 10 años, contados a partir del 10 de enero del año 2002” (cláusula quinta)

y, por otra, que “[c]omo precio del canon se ha determinado la suma de \$36.000.000.00 TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS ANUALES, siendo pagaderos en forma anual y por adelantado dentro de los cinco días primeros del mes en que empiece cada vigencia o anualidad, por los arrendatarios al arrendador..., pactándose un incremento anual del 15% del valor del canon anual inmediatamente anterior, renunciando a cualquier otro beneficio o mejor porcentaje que determinen los gobiernos o las leyes....” (cláusula octava).

Siendo ello así, la Sala, con base en la fecha de vigencia de dicho negocio jurídico, el canon fijado y el índice de precios al consumidor, calculará el valor que tendría el canon de arrendamiento en el período comprendido entre 1975 y 2001, para lo cual, año a año, restará al precio de la renta la cantidad que resulte de aplicarle el índice de precios al consumidor del año anterior. En lo tocante con los años posteriores a 2002, incrementará, también año a año, el canon en el porcentaje que en ese negocio fue estipulado por los contratantes.

Las anunciadas operaciones se registrarán por separado en los cuadros que a continuación se consignan, en relación con los cuales, para su mejor entendimiento, ES pertinente aclarar que por el año de 1975, sólo se incluirá el período comprendido entre el 12 de julio y el 31 de diciembre (5.6 meses); que la liquidación se extenderá hasta el 30 de junio de 2010, razón por la cual, del presente año, sólo se computarán 6 meses; y que la cantidad de \$36.000.000.00, correspondiente al canon anual del año 2002, sólo se sumará en el cuadro No. 2.

CUADRO N° 1						
CÁLCULO CANON DE ARRENDAMIENTO ANUAL PERÍODO						
1975-2001						
AÑO	CANON BASE (AÑO POSTERIOR)	INDICE DE INFLACIÓN AÑO	VALOR REDUCCIÓN	CANON PERÍODO	NÚMERO DE MESES	FRUTOS CIVILES
2002	\$ 36.000.000,00					
2001	\$ 36.000.000,00	7,65	\$ 2.754.000,00	\$ 33.246.000,00	12	\$ 33.246.000,00
2000	\$ 33.246.000,00	8,75	\$ 2.909.025,00	\$ 30.336.975,00	12	\$ 30.336.975,00
1999	\$ 30.336.975,00	9,23	\$ 2.800.102,79	\$ 27.536.872,21	12	\$ 27.536.872,21
1998	\$ 27.536.872,21	16,70	\$ 4.598.657,66	\$ 22.938.214,55	12	\$ 22.938.214,55
1997	\$ 22.938.214,55	17,68	\$ 4.055.476,33	\$ 18.882.738,22	12	\$ 18.882.738,22
1996	\$ 18.882.738,22	21,64	\$ 4.086.224,55	\$ 14.796.513,67	12	\$ 14.796.513,67
1995	\$ 14.796.513,67	19,47	\$ 2.880.881,21	\$ 11.915.632,46	12	\$ 11.915.632,46
1994	\$ 11.915.632,46	22,60	\$ 2.692.932,93	\$ 9.222.699,52	12	\$ 9.222.699,52
1993	\$ 9.222.699,52	22,61	\$ 2.085.252,36	\$ 7.137.447,16	12	\$ 7.137.447,16
1992	\$ 7.137.447,16	25,13	\$ 1.793.640,47	\$ 5.343.806,69	12	\$ 5.343.806,69
1991	\$ 5.343.806,69	26,82	\$ 1.433.208,95	\$ 3.910.597,73	12	\$ 3.910.597,73
1990	\$ 3.910.597,73	32,37	\$ 1.265.860,49	\$ 2.644.737,25	12	\$ 2.644.737,25
1989	\$ 2.644.737,25	26,12	\$ 690.805,37	\$ 1.953.931,88	12	\$ 1.953.931,88
1988	\$ 1.953.931,88	28,12	\$ 549.445,64	\$ 1.404.486,23	12	\$ 1.404.486,23
1987	\$ 1.404.486,23	24,02	\$ 337.357,59	\$ 1.067.128,64	12	\$ 1.067.128,64
1986	\$ 1.067.128,64	20,95	\$ 223.563,45	\$ 843.565,19	12	\$ 843.565,19
1985	\$ 843.565,19	22,45	\$ 189.380,39	\$ 654.184,81	12	\$ 654.184,81
1984	\$ 654.184,81	18,28	\$ 119.584,98	\$ 534.599,82	12	\$ 534.599,82
1983	\$ 534.599,82	16,64	\$ 88.957,41	\$ 445.642,41	12	\$ 445.642,41
1982	\$ 445.642,41	24,03	\$ 107.087,87	\$ 338.554,54	12	\$ 338.554,54
1981	\$ 338.554,54	26,46	\$ 89.581,53	\$ 248.973,01	12	\$ 248.973,01
1980	\$ 248.973,01	25,85	\$ 64.359,52	\$ 184.613,49	12	\$ 184.613,49
1979	\$ 184.613,49	28,80	\$ 53.168,68	\$ 131.444,80	12	\$ 131.444,80
1978	\$ 131.444,80	18,42	\$ 24.212,13	\$ 107.232,67	12	\$ 107.232,67
1977	\$ 107.232,67	28,71	\$ 30.786,50	\$ 76.446,17	12	\$ 76.446,17
1976	\$ 76.446,17	25,76	\$ 19.692,53	\$ 56.753,64	12	\$ 56.753,64
1975	\$ 56.753,64	17,77	\$ 10.085,12	\$ 46.668,52	5,60	\$ 21.778,64
SUBTOTAL						\$ 195.981.570,39

CUADRO N° 2					
CALCULO CANON DE ARRENDAMIENTO ANUAL PERÍODO 2002-2010					
AÑO	CANON BASE (AÑO ANTERIOR)	VALOR INCREMENTO CANON (15%)	CANON PERIODO	NÚMERO DE MESES	FRUTOS CIVILES
2002	\$ 36.000.000,00		\$ 36.000.000,00	12	\$ 36.000.000,00
2003	\$ 36.000.000,00	\$ 5.400.000,00	\$ 41.400.000,00	12	\$ 41.400.000,00
2004	\$ 41.400.000,00	\$ 6.210.000,00	\$ 47.610.000,00	12	\$ 47.610.000,00
2005	\$ 47.610.000,00	\$ 7.141.500,00	\$ 54.751.500,00	12	\$ 54.751.500,00
2006	\$ 54.751.500,00	\$ 8.212.725,00	\$ 62.964.225,00	12	\$ 62.964.225,00
2007	\$ 62.964.225,00	\$ 9.444.633,75	\$ 72.408.858,75	12	\$ 72.408.858,75
2008	\$ 72.408.858,75	\$ 10.861.328,81	\$ 83.270.187,56	12	\$ 83.270.187,56
2009	\$ 83.270.187,56	\$ 12.490.528,13	\$ 95.760.715,70	12	\$ 95.760.715,70
2010	\$ 95.760.715,70	\$ 14.364.107,35	\$ 110.124.823,05	6	\$ 55.062.411,53
				SUBTOTAL	\$ 549.227.898,54
				SUBTOTAL CUADRO N° 1	\$ 195.981.570,39
				TOTAL	\$ 745.209.468,93

7.3.4.12. Totalizan los frutos la suma de \$745.209.468.93. En consecuencia, corresponderá al accionado restituir al demandante el equivalente al 70.90% de dicho valor, es decir, la cantidad de \$528.353.513.47, sin que haya lugar, como ya se consideró (punto 7.1.3.), al reconocimiento de corrección monetaria o de intereses.

7.4. Ahora bien, si de conformidad con el artículo 1932 del Código Civil, “[p]ara el abono de las expensas al comprador, y de los deterioros al vendedor, se considerará al primero como poseedor de mala fe, a menos que pruebe haber sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan

grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado”, excepción que en el caso *sub lite* ni siquiera fue propuesta y que, por consiguiente, aquí no aplica, se colige, en primer lugar, que en ningún error incurrió el *a quo* al calificar al señor Oliveros Gómez como poseedor de mala fe del inmueble que el actor le entregó en virtud de la promesa que habrá de resolverse y, en segundo término, que en su fallo omitió pronunciarse, dentro del análisis que hizo de las prestaciones mutuas, sobre mejoras, expensas y deterioros, temas que, por lo tanto, estudiará la Corte a continuación en ese mismo orden.

7.4.1. Dispone el artículo 966 del Código Civil que “[e]l poseedor de mala fe no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles de que habla este artículo” (inciso 5º), pero que “podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehúse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados” (inciso 6º).

Apreciadas en conjunto la inspección judicial practicada al predio prometido en venta en el curso del presente proceso y la experticia rendida por el señor Ibañez Sandoval, se colige que de las cinco casas identificadas, la primera no fue obra del demandado, toda vez que “corresponde a una construcción con un área aproximada de 12 X 23 metros..., con una edad de más de 150 años, con acabados constructivos de la época y en mal estado de conservación” (se subraya).

Por consiguiente, es dable colegir que son mejoras del inmueble: “2 construcciones localizadas al centro del predio, una

de ellas en regular estado de conservación, construida en ladrillo y sin acabados, de aproximadamente 7 X 8 metros y la otra casa en mejor estado de conservación y con acabados de aceptable calidad y de 10 X 8 metros aproximadamente, otras 2 construcciones en mal estado una de 19 X 9 y otra de 9 X 9. Todas las construcciones están desarrolladas en un nivel, cuentan con adecuación del terreno para el soporte del mismo, cimentación y estructura en ladrillo, algunas con fachada en pintura sobre pañete, otras en ladrillo, cuentan con habitaciones sin closet, cocina y baño sin ningún aditamento especial. Son construcciones de más de 15 años... aproximadamente”.

Adicionalmente, el auxiliar de la justicia relacionó por aparte como tales “una represa con dimensiones aproximadas de 20 m X 225 m y una profundidad de 3.0 m surtida naturalmente” y un pozo con “una profundidad de 90 m, típica para la zona donde se ubica el predio en estudio, por la existencia de material rocoso en profundidades medias. La tubería de revestimiento que la constituye posee un diámetro de 6” y un aforo de 320 galones, que se traducen [en] 21 lts/min aproximadamente”.

Las referidas mejoras, sin duda, ostentan el carácter de útiles, pues su realización aumentó el valor venal del predio (inc. 2º, art. 966 del C.C.).

No obstante que en el cuadro en el que el perito resumió la información sobre mejoras incluyó los conceptos de “postes (mejora valor real)” y “cercas –cerramientos”, empero bajo el rubro de “otros elementos”, la Sala no tendrá como tales los mismos, puesto que el auxiliar, en el subacápite de “otros

elementos”, luego de explicar que allí se “incluyen todos los elementos correspondientes a cercas y cerramientos, así como la postería para los tendidos eléctricos” y que “[e]n las inspecciones realizadas se determinaron las cantidades, dimensiones y características de cada uno de los elementos”, añadió que “al desconocerse la fecha de adquisición y/o instalación de estos o los períodos en que estos han sido renovados, es imposible determinar su valor real” (se subraya), y en el escrito de aclaración y complementación de su trabajo, puntualizó que “[r]especto de los manifestado sobre los postes de luz, en el sentido de que fueron una mejora, ello no es materia de dictamen, pues este se limita a su valoración. Si preexistían, o no, para que puedan considerarse como mejora, es asunto de demostración por medio diferente”, de lo que se desprende que no existe certeza sobre que los postes y cercas relacionados por el perito en verdad hayan sido instalados por el demandado.

No habiendo lugar a que el actor abone el valor de las identificadas mejoras útiles al demandado, según ya se indicó, la Corte se abstendrá de apreciar en este aspecto el dictamen rendido por el citado auxiliar de la justicia, toda vez que el mismo estuvo dirigido a determinar, precisamente, ese valor, y, por consiguiente, no reconocerá prosperidad a las objeciones que al respecto formularon las partes, pues tanto el avalúo como los reparos de los litigantes resultan intrascendentes frente de la decisión que aquí habrá de adoptarse.

Como el inciso 6º del artículo 966 del Código Civil, ya reproducido, consagra que el retiro por parte del poseedor de mala fe de los materiales con que fueron construidas las mejoras

depende, de un lado, de que pueda procederse a ello sin ocasionar detrimento al inmueble y, de otro, de que el propietario se rehúse a pagar su precio después de separados, ello supone que éste último tiene la posibilidad de optar por lo segundo, caso en el cual aquél no podría realizar la acción primeramente descrita.

Así las cosas, la aplicación práctica del referido precepto impone que el propietario del bien materia de restitución pueda manifestar si ejerce la prerrogativa que le concede el legislador, única hipótesis en la cual habría lugar a determinar “el precio que tendrían dichos materiales después de separados”, pues si así no fuera, lo que procedería sería su retiro por parte del poseedor.

Como dicha manifestación en ningún caso podría realizarse con anterioridad a la sentencia, pues es solamente en ella que cabe definir los derechos que para el poseedor surgen en relación con las mejoras que hubiere plantado en el inmueble que debe restituir, se concluye que la cuantificación del valor de los referidos materiales no puede efectuarse en concreto en el respectivo fallo y que, por consiguiente, constituye una excepción a la regla del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

En el supuesto de que el propietario del bien no rehusare pagar el precio que tendrían los materiales después de separados, la concreción de su valor, por consiguiente, deberá efectuarse por la vía consagrada en el inciso 2º del artículo 339 del Código de Procedimiento Civil.

En definitiva, la Corte, con miras a hacer efectivos en el presente asunto los derechos contemplados en el inciso 6° del artículo 966 del Código Civil, dispondrá que dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del auto de obediencia y cumplimiento a lo resuelto por el superior, que en su momento le corresponderá proferir al juzgado del conocimiento (art. 362 del C. de P.C.), el aquí demandante deberá manifestar si rehúsa pagar el precio que tendrían los materiales con que fueron construidas las mejoras plantadas por el demandado en el predio que habrá de restituírsele, lo que se entenderá en el supuesto de guardar silencio en dicho término, caso en el cual el accionado quedará habilitado para retirar los materiales con sujeción a lo dispuesto en el mencionado inciso y en el artículo 968 también del Código Civil. Si el demandado opta por pagar el referido precio, su valor deberá concretarse mediante el incidente mencionado, el cual deberá promover el demandado dentro del término de los veinte (20) días fijados en el artículo 339 del Código de Procedimiento Civil, pero contados a partir del día siguiente a la manifestación del actor.

7.4.2. En lo referente a expensas, el artículo 965 del Código Civil establece el derecho del poseedor a que se le abonen las “necesarias invertidas en la conservación de la cosa” y precisa que de tratarse de “obras permanentes, como una cerca para impedir las depredaciones, o un dique para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto” su valor se reducirá “a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución”; y que si las expensas se invirtieron “en cosas que por su naturaleza no dejan un resultado material permanente, como la defensa judicial de la finca, serán abonados

al poseedor en cuanto aprovecharen al reivindicador y se hubieren ejecutado con mediana inteligencia y economía”.

En el caso *sub lite*, el perito Ibáñez Sandoval conceptuó que “[e]n lo relacionado con las expensas invertidas para la conservación de la cosa, me abstengo de hacer valoración alguna por cuanto no se cuenta con elementos indicativos de en qué están representados y los inmuebles se presentan como en su estado natural y, según se observó, en mal estado”.

Así las cosas, no habiendo prueba de su causación, se infiere que no procede su reconocimiento.

7.4.3. A su turno, según voces del inciso 1º del artículo 963 del Código Civil, “[e]l poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa haya sufrido la cosa”.

No obstante que el perito Ibáñez Sandoval, en sus conclusiones, indicó que los “[d]eterioros sufridos por el inmueble, [están] representados por el valor de reposición de postes de la luz \$2.998.019,00 y de cercas de cerramiento: \$1.551.734.00. TOTAL CUATRO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$4.549.753,00) M/cte.”, la Corte desatenderá, en este punto, su concepto, habida cuenta que, como se dijo, al tratar el tema de mejoras, no obra prueba en autos sobre si los postes para el tendido de las instalaciones eléctricas y las cercas a que hizo alusión el auxiliar de la justicia existían o no al tiempo en que el inmueble materia de la controversia fue entregado por el actor al

demandado, o si fueron renovadas por éste, de donde mal podría imputarse al accionado un proceder culpable en el mal estado de conservación que percibió el perito.

Por tanto, no se condenará al demandado por este factor.

8. Es bien sabido que a la pretensión resolutoria por incumplimiento de un negocio jurídico puede acumularse aquella encaminada a obtener el resarcimiento de los perjuicios causados al contratante cumplido o que se allanó a cumplir, por parte de quien dio lugar a ese estado de cosas. Reza el artículo 1546 del Código Civil, que “[e]n los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria tácita en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado...Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios” (se subraya).

En el escrito con el que se dio inicio a este debate, el actor solicitó “[q]ue se condene al demandado a pagar al demandante el valor de todos los perjuicios emanados del incumplimiento del contrato referido, en la cuantía que se determine y fije”, sin que en esa pieza procesal se hubiese hecho mención adicional alguna al respecto, menos para describir o detallar los perjuicios reclamados.

El juzgado del conocimiento, en la sentencia apelada, condenó al señor Oliveros Gómez a pagar al señor Castillo de la Parra “los perjuicios causados, condena que se hace en abstracto

conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia, y cuya liquidación se efectuará conforme a lo dispuesto en el art. 307 del C. de P.C.”.

Con fundamento en que una cosa es la demostración del perjuicio mismo y otra la comprobación de su cuantía, es menester destacar que la circunstancia de que para cuando se inició el presente proceso (21 de enero de 1985) el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil autorizara la condena *in genere*, a fin de que, posteriormente a la sentencia, se concretara su monto por la vía incidental, ello no exoneraba al actor del deber que tenía de especificar en el libelo introductorio los perjuicios que le causó el incumplimiento contractual por él imputado al demandado y, particularmente, de acreditarlos de manera suficiente en el curso del litigio, independientemente, se reitera, de que comprobara su extensión económica.

Sobre el particular, desde antes de entrar en vigencia el Decreto 2282 de 1989, que modificó la precitada norma para establecer como deber de conducta de los jueces la imposición de condenas en concreto, la Sala ha observado que “[p]ara que proceda la reparación de perjuicios por el incumplimiento contractual, es preciso, según reiterada doctrina de la Corte, que se demuestre el daño del acreedor y la relación causal entre éste y la culpa de deudor. No basta por lo tanto que se pruebe la inejecución del contrato para que automáticamente surja la obligación de resarcir perjuicios, salvo las obligaciones dinerarias (art. 1617 del C.C.). Necesario es, entonces, como quiera que el incumplimiento contractual solo hace presumir la culpa y ésta es independiente del daño, que se demuestre plenamente este

último como una consecuencia de aquella para que la condena por perjuicios pueda darse...Y como el incumplimiento de una obligación no irroga siempre perjuicios al acreedor y casos hay en los que incluso le proporciona beneficios, obvio es concluir que el perjuicio no es un efecto forzoso del incumplimiento, ni una presunción de él. Por eso, como regla general, quien demanda la indemnización de perjuicios debe demostrar que se le causaron..." (Cas. Civ., sentencia No. 478 del 12 de diciembre de 1989).

Más adelante, en dicho fallo, la Corporación precisó: *"Pero eso no es todo. Del mismo modo es indispensable que se indique cuáles son esos perjuicios y cuánto valen, si en este último caso se pretende que la condena se haga en suma determinada. En efecto, la Corte ha dicho: 'Esta disposición, también excepcional (se refiere al art. 1599 del C.C.), hace ver por su lado que la regla general es la antedicha, esto es, que quien demanda que se le indemnicen perjuicios debe demostrar que se le han causado, cuáles son y cuánto valen' (LXVI-2077, 625). Además, en sentencia de 30 de mayo de 1956 expresó igualmente: 'En innumerables ocasiones la Corte, acatando un principio fundamental de derecho, ha repetido que quien demanda la indemnización de perjuicios, está obligado a probar su existencia y luego su cuantía, o por lo menos las bases para determinarla. Esto porque aún en la hipótesis de incumplimiento o culpa demostrados, puede ocurrir que el daño no se haya producido, o que dicho incumplimiento o culpa haya reportado beneficios' (LXXXII-2167, 695)...Solo, pues, si los perjuicios están demostrados, puede producirse la condena a pagarlos en suma determinada si su quantum quedó establecido, o en abstracto,*

como lo permite el artículo 307 del C. de P.C., en el caso contrario. Y puesto que la condenación in genere es la resultante de la prueba del perjuicio sin quantum, jamás ella será terreno propicio para el replanteamiento de consideraciones atinentes a la existencia de éste, cuya previa demostración es requisito sine qua non de esa condena”.

En tiempo más reciente, la Sala reiteró que “[l]a existencia de un contrato válidamente celebrado, la lesión o menoscabo que ha sufrido el demandante en su patrimonio y la relación de causalidad entre el incumplimiento imputado al demandado y el daño causado, son los elementos que estructuran la responsabilidad contractual....Empero, no siempre el incumplimiento contractual conlleva el resarcimiento de perjuicios, porque como desde antaño lo ha sostenido la doctrina de la Corte, ‘para condenar al pago de perjuicios, el juzgador debe tener ante sí la prueba de que el reo se los ha causado al actor, pues ellos son la sujeta materia de la condena, y sabido es, por otra parte, que, aunque el incumplimiento es culpa y ésta obliga en principio a indemnizar, bien puede suceder que no haya dado lugar a perjuicios, que no se los haya causado a la otra parte, y no sería lógico condenar a la indemnización de perjuicios inexistente’...Por eso, cuando se pretende judicialmente el pago de perjuicios, al actor le corresponde demostrar, salvo los casos de presunción de daño, como ocurre con la cláusula penal y el caso del numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil, la lesión o menoscabo en su patrimonio, bien por una pérdida real y efectiva, ora de una ventaja o ganancia, ocasionado por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del deudor. Significa esto que el daño susceptible de reparación debe ser ‘directo y cierto’ y

no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’” (Cas. Civ., sentencia de 27 de marzo de 2003, expediente No. C-6879).

Precisado lo anterior, debe señalarse que, en realidad, nada aparece demostrado en el proceso en punto de la causación al actor de perjuicios derivados del comportamiento omisivo del demandado en la satisfacción de sus compromisos contractuales. La Corte no puede acoger el concepto final que sobre el particular emitió el perito Héctor Ibáñez Sandoval, quien sobre los perjuicios indemnizables expresó: “Si bien la demanda solicita su condena, en la misma no se precisan a cuáles se contrae la pretensión, así como tampoco en los distintos elementos de prueba o actuaciones aparecen mencionados o acreditados hechos o circunstancias precisas sobre las cuales pueda practicarse el avalúo. Así las cosas, los perjuicios que pueden valorarse, en ausencia de otro señalamiento, están representados por el lucro cesante que debió sufrir el demandante al verse privado de la explotación del inmueble que, según su estimativo para 1975, es de \$600.604.00, suma que llevada a valor constante, aplicando la misma metodología utilizada para la actualización de las sumas de dinero señaladas en el fallo, alcanzan la cantidad de \$118.110.341,12 y por el estado de deterioro de las cercas y postas de la luz y conforme aparecen tasados en los cuadros anexos uno y cuatro (1 y 4) en la suma total de \$2.998.019,00” (se subraya).

Posteriormente, el auxiliar de la justicia concluyó que el “valor de los perjuicios” está representado por “el lucro cesante

en cuantía de \$118.110.341,12 y por el valor de reposición de postas y cerramientos, \$4.549.753,00, para un total de CIENTO VEINTIDÓS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA MIL NOVENTA Y CUATRO PESOS CON DIEZ CENTAVOS (\$122.660.094,10) M/cte.”.

El criterio adoptado por el experto es inadmisibile, pues la suma de \$600.604.00 que aquí tuvo como “lucro cesante”, es la misma que en otro aparte de la experticia, como ya se analizó, fijó como “rentabilidad del predio” y que le permitió calcular los frutos que hubiese podido producir la finca de haber sido explotada en actividades ganaderas, para lo cual, en un principio, indexó ese valor y arribó al monto de \$118.110.341,12 (trabajo inicial) y, luego, lo multiplicó por treinta años y el resultado lo corrigió monetariamente para definir los frutos en la cantidad de \$3.562.878.144.00 (aclaración y complementación). Y porque, adicionalmente, el “valor de reposición de postes y cerramientos”, lo tuvo como mejoras bajo los conceptos de “postes (mejora valor real)” y “cercas y cerramientos”.

Por lo tanto, si se admitiera el comentado concepto pericial, se avalaría el reconocimiento de un mismo factor dos veces, aunque con denominaciones diferentes, lo que, desde todo punto de vista, es inaceptable.

En conclusión, no habiendo el actor especificado los perjuicios cuya reparación persiguió en este proceso y no militando en autos prueba que acredite su causación, impropia resulta la condena que sobre este aspecto impuso el *a quo*, la

que, por consiguiente, habrá de revocarse para, en su defecto, negarse la correlativa petición de la demanda.

9. Recapitulando: la Corte denegará las objeciones que por error grave propusieron las partes contra el dictamen pericial que en oportunidad decretó; confirmará en su integridad los puntos primero, segundo, tercero y sexto de la parte resolutive de la sentencia apelada; respecto del punto cuarto, mantendrá la condena al pago de frutos, pero modificándola en cuanto a su extensión y concretando su valor, y revocará la condena al pago de perjuicios; y en relación con el punto quinto, avalará la restitución allí ordenada y la adicionará para disponer la devolución de la suma de \$250.000.00, que igualmente el prometiente comprador pagó al prometiente vendedor en desarrollo del negocio jurídico entre ellos convenido, todo de conformidad con lo expresado en precedencia.

Para establecer la corrección monetaria y los intereses que sobre la suma de \$150.000.00 -parte del precio pagado- se causen con posterioridad al 30 de junio de 2010, obsérvese el mandato del inciso final del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Los frutos causados y que se causen con posterioridad a la fecha de corte de los cálculos efectuados por la Corte (30 de junio de 2010), deberán concretarse con plena sujeción a los términos y procedimientos expuestos por la Sala.

Las costas en segunda instancia correrán a cargo del demandado, pero sólo en un 80%, por la prosperidad de algunos de los planteamientos en que se sustentó la alzada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, actuando en sede de segunda instancia, **RESUELVE:**

Primero: Declarar no probadas las objeciones que por error grave, formularon las partes contra la pericia ordenada por la Corte como prueba de oficio, una vez casó el fallo del Tribunal.

Segundo: Confirmar en su integridad los puntos primero, segundo, tercero y sexto de la parte resolutive de la sentencia que el 15 de octubre de 1992 dictó en este asunto el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá.

Tercero: Confirmar el punto cuarto de dicho fallo, en cuanto hace a la condena al pago de frutos que se impuso al demandado señor CARLOS ALBERTO OLIVEROS GOMEZ en favor del actor señor LUIS CASTILLO DE LA PARRA, pero MODIFICÁNDOLO en el sentido de que ella sólo se extiende al 70.90% de los mismos, que al 30 de junio de 2010 se tasan en la suma de QUINIENTOS VEINTIOCHO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL QUINIENTOS TRECE

PESOS CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS
(\$528.353.513.47) MONEDA CORRIENTE.

Cuarto: Confirmar el punto quinto de las resoluciones del memorado pronunciamiento.

La suma de \$150.000.00 de que allí se trata, corregida monetariamente al 30 de junio de 2010, según las fechas en que se verificó su cancelación, asciende a TREINTA Y NUEVE MILLONES CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL PESOS (\$39.195.000.00) MONEDA CORRIENTE.

Los intereses del 6% anual causados sobre el aludido monto (\$150.000.00), al 30 de junio de 2010, según las fechas en que se verificó su cancelación, totalizan la suma de TRESCIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS (\$314.560.00) MONEDA CORRIENTE.

Quinto: Adicionar el referido punto quinto de la sentencia del *a quo*, para disponer que el demandante señor LUIS CASTILLO DE LA PARRA restituya al accionado señor CARLOS ALBERTO OLIVEROS GÓMEZ, por concepto de la parte del precio que éste pagó a aquél en virtud del contrato de promesa de compraventa que se declaró resuelto, la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$250.000.00), por su valor nominal y sin intereses de ninguna índole.

Sexto: Revocar la condena al pago de perjuicios que en el punto cuarto del mencionado fallo de primera instancia

se impuso al demandado en favor del actor. En defecto de tal determinación, se NIEGA el reconocimiento de dichos perjuicios.

Séptimo: Disponer en relación con las mejoras plantadas por el demandado señor CARLOS ALBERTO OLIVEROS GÓMEZ en el predio de que se trata, identificadas en el cuerpo de esta providencia, que dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del auto de obediencia y cumplimiento a lo resuelto por el superior, que en su momento deberá proferir el juzgado del conocimiento (art. 362 del C. de P.C.), el aquí demandante señor LUIS CASTILLO DE LA PARRA manifieste si rehúsa pagar el precio que tendrían los materiales con que ellas fueron construidas, una vez separados del suelo, lo que se entenderá en el supuesto de guardar silencio, caso en el cual el accionado queda habilitado para retirar dichos materiales con sujeción a lo dispuesto en el inciso 6º del artículo 966 y en el artículo 968 del Código Civil.

Si el demandante opta por pagar el referido precio, concrétese su valor mediante el incidente contemplado en el inciso 2º del artículo 339 del Código de Procedimiento Civil, el cual deberá promover el demandado dentro del término de veinte (20) días consagrado en la precitada norma, contados a partir del día siguiente a la manifestación del actor.

Octavo: Condenar en costas de segunda instancia al demandado, pero sólo en un 80%. Tásense por el *ad quem*.

Cópiese, notifíquese y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

WILLIAM NAMÉN VARGAS

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

TRIBUNAL ARBITRAL

de

**Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer
y José Daniel Echeverry Lacouture**

Contra

Best Coal Company S.A.S.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Índice

	Pág.
I.- Antecedentes y trámite procesal _____	5
1. Cláusula Compromisoria _____	5
2. Las Partes y sus Representantes _____	6
3. Convocatoria del Tribunal y etapa introductoria del proceso _____	7
4. La Controversia _____	11
4.1 La Demanda Principal Reformada _____	11
4.1.1 Pretensiones _____	11
4.1.2 Hechos _____	17
4.2 Contestación de la Demanda Reformada por parte de la Convocada y formulación de Excepciones _____	17
4.2.1 Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio _____	17
4.2.2 Las excepciones formuladas _____	17
5. Primera Audiencia de Trámite y Etapa Probatoria _____	18
5.1 Primera Audiencia de Trámite _____	18
5.2 Etapa Probatoria _____	19
5.2.1 Pruebas documentales _____	19
5.2.2 Exhibiciones de documentos _____	19
5.2.3 Interrogatorios de parte _____	20
5.2.4 Testimonios _____	20
5.2.5 Pruebas desistidas _____	20
6. Alegatos de conclusión _____	21
7. Término de duración del proceso _____	21

Tribunal Arbitral de
Gloría Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

II.- Consideraciones del Tribunal	22
1. Presupuestos procesales	22
2. El Contrato de Promesa de Compraventa objeto del presente Trámite Arbitral	23
3. Excepción de falta de competencia	26
4. Excepción de indebida integración del contradictorio	31
5. Validez del Contrato de Promesa de Compraventa y estudio de las pretensiones principales declarativas	35
5.1 Las condiciones contenidas en el Contrato de Promesa analizado	38
5.2 Interpretación de la condición contenida en el literal D) de la cláusula quinta del Contrato de Promesa analizado	45
5.2.1 ¿Los contenidos del contrato de promesa y en especial la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta fueron extendidos o dictados por la Promitente Compradora?	46
5.2.2 ¿Es ambigua la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta del contrato de promesa? ¿En caso afirmativo, cuál es el origen de la ambigüedad?	50
5.2.2.1 Ambigüedad de la condición D) de la cláusula quinta	50
5.2.2.2 Causa u origen de la ambigüedad	55
5.2.3 Interpretación objetiva de las cláusulas ambiguas. Interpretación contra el contratante que extendió o dictó la cláusula	63
5.2.4 ¿Está cumplida la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta del Contrato de Promesa?	66
6. Estudio del denominado grupo de pretensiones declarativas comunes a todos los grupos de pretensiones anteriores	70
6.1 La primera pretensión declarativa de este grupo	70

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

6.2	La segunda y tercera pretensiones del grupo de las declarativas comunes _____	71
6.3	Las pretensiones cuarta y quinta declarativas comunes _____	74
6.4	La sexta pretensión declarativa común _____	76
6.5	La séptima pretensión declarativa común y su subsidiaria _____	83
6.6	La octava pretensión declarativa común _____	87
6.6.1	Pago del impuesto predial a favor del Municipio de San Juan del Cesar _	87
6.6.2	Pago del impuesto predial a favor del Municipio de Fonseca _____	88
6.6.3	Pago del servicio público de energía eléctrica a favor de Electricaribe __	88
6.6.4	Pago de la tasa por uso de agua a favor de Corpoguajira _____	90
6.7	La novena pretensión declarativa común _____	91
6.8	La décima y última de las pretensiones declarativas comunes _____	93
7.	Estudio de las pretensiones de condena _____	94
7.1	Primera pretensión de condena _____	94
7.2	Segunda pretensión de condena _____	95
7.3	Tercera pretensión de condena _____	96
7.4	Cuarta pretensión de condena _____	97
7.5	Pretensiones de condena quinta y sexta _____	104
7.5.1	Honorarios y Gastos del Trámite Arbitral _____	105
7.5.2	Agencias en derecho _____	106
7.5.3	Gastos en que incurrió la parte Convocante _____	106
7.5.4	Condena en Costas Total _____	107
8.	Juramento Estimatorio _____	107
III.-	Parte Resolutiva _____	109

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

TRIBUNAL ARBITRAL

de

Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture

contra

Best Coal Company S.A.S.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture** (en adelante también "los demandantes" o "los convocantes") y **Best Coal Company S.A.S.** (en adelante también "la demandada" o "la convocada"), después de haber surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, profiere el presente Laudo, con el cual decide de fondo y de manera definitiva, el conflicto planteado en la demanda arbitral reformada, así como en sus respectiva contestación, previo el recuento de los siguientes antecedentes.

I. ANTECEDENTES Y TRÁMITE PROCESAL

1. CLÁUSULA COMPROMISORIA

La cláusula compromisoria que dio lugar al presente trámite está contenida en la Cláusula Décima Tercera del "*CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES Y*

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

MEJORAS No. FS0019-SJ0026", la cual fue modificada por las partes mediante escrito de fecha 31 de octubre de 2017, que en su tenor literal dispone:

"DÉCIMA TÉRCERA. CLÁUSULA COMPROMISORIA.

*Toda controversia o diferencia relativa a la celebración, ejecución y liquidación del presente contrato, se resolverá por un tribunal de arbitramento de acuerdo con las siguientes reglas: (i) El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros. Los árbitros serán designados de común acuerdo por las partes y a falta de acuerdo, por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; (ii) El tribunal decidirá en derecho; (iii) El Tribunal funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá."*¹

2. LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

2.1. La parte convocante está conformada por las siguientes personas:

Gloria Lucía Echeverry Lacouture, quien actúa en nombre propio, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.693.220 de Bogotá D.C.

Lissett Elena Monterroza Meyer, quien actúa en nombre propio, identificada con cédula de ciudadanía No. 23.182.459 de Sincelejo.

José Daniel Echeverry Lacouture, quien actúa en nombre propio, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.646.569 de Valledupar.

En este trámite arbitral la parte convocante ha estado representada judicialmente por los abogados **Jaime Alberto Arrubla Paucar** y **Rafael McCausland Echeverry**, de acuerdo con el poder visible a folio 133 del Cuaderno Principal No. 1, a quienes se les reconoció personería para actuar mediante Auto No. 1 proferido el 18 de diciembre de 2017 (Acta No. 1)².

¹ Cuaderno Principal No.1 - Folio 253.

² Cuaderno Principal No. 1 - Folio 242.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

2.2. La parte convocada es **Best Coal Company S.A.S.**, sociedad constituida mediante documento privado de 2 de diciembre de 2013, inscrita inicialmente en la Cámara de Comercio de Bogotá el 3 de diciembre de 2013, y posteriormente inscrita en la Cámara de Comercio de Medellín el 23 de marzo de 2017, en el libro 9, bajo el número 6018, con domicilio principal en la ciudad de Medellín, representada legalmente por el señor **Marco Antonio Orozco**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Medellín³.

En este trámite arbitral la parte convocada está representada judicialmente por el abogado **Andrés Fernández de Soto Londoño**, de acuerdo con el poder visible a folio 143 del Cuaderno Principal No. 1, a quien se le reconoció personería para actuar mediante Auto No. 1 proferido el 18 de diciembre de 2017 (Acta No. 1)⁴.

3. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

3.1. El 12 de mayo de 2017 la parte convocante presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de convocatoria del Tribunal Arbitral⁵.

3.2. El 23 de junio de 2017, las partes informaron al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el acuerdo al que habían llegado para nombrar de común acuerdo a los árbitros Sergio Muñoz Laverde, Hernando Herrera Mercado y Jorge Gabino Pinzón Sánchez.

3.3. El 18 de diciembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1)⁶, en la que las partes, a través de sus apoderados verbalmente modificaron el pacto arbitral contenido en la Cláusula Décima Tercera del Contrato de Promesa de Compraventa, para efectos de ratificar la designación de los

³ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 60 a 66.

⁴ Cuaderno Principal No. 1 - Folio 242.

⁵ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 1 a 54.

⁶ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 241 a 245.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

árbitros realizada de común acuerdo. 77. Tal modificación fue posteriormente presentada al Tribunal en escrito radicado el 31 de octubre de 2017

En dicha oportunidad, mediante el Auto No. 1, el Tribunal se declaró legalmente instalado, designó al doctor Sergio Muñoz Laverde como Presidente, nombró como Secretaria a la doctora Gabriela Monroy Torres, fijó el lugar de funcionamiento y Secretaría y reconoció personería a los apoderados de las partes.

Adicionalmente, mediante el Auto No.2 inadmitió la demanda por no cumplir con el requisito del juramento estimatorio y concedió el término de cinco días para la correspondiente subsanación. Por solicitud de las partes, en la misma providencia el Tribunal decretó una suspensión del proceso entre el 18 de diciembre de 2017 y el 16 de enero de 2018.

- 3.4.** El 19 de enero de 2018⁸, la parte convocante subsanó la demanda, la cual fue admitida por el Tribunal mediante Auto No. 3 de 24 de enero de 2018 (Acta No. 2)⁹, providencia en la que se ordenó su respectivo traslado, el cual se surtió el 5 de febrero de 2018¹⁰.
- 3.5.** El 26 de marzo de 2018, en forma oportuna la parte convocada contestó la demanda¹¹, escrito en el que solicitó la vinculación al proceso de la sociedad CCX Colombia S.A. en liquidación, en calidad de litisconsorte necesario, petición que fue negada por el Tribunal mediante Auto No. 5 proferido el 17 de abril de 2018 (Acta No. 4)¹² por cuanto la sociedad objeto de solicitud de vinculación cedió su posición contractual a favor de la sociedad convocada, y con ello todos los efectos derivados del contrato cedido se deben predicar entre el cesionario y los contratantes cedidos. Contra la anterior decisión la parte convocada presentó recurso de reposición, el cual fue negado por el Tribunal.

⁷ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 252 a 253.

⁸ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 254 a 258.

⁹ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 270 a 272.

¹⁰ Cuaderno Principal No. 1 - Folio 273.

¹¹ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 299 a 345.

¹² Cuaderno Principal No. 1 - Folios 354 a 361.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

- 3.6.** Mediante Auto No. 6 proferido en la misma fecha (Acta No. 4)¹³ se corrió traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio formuladas en la contestación de la demanda, lo cual generó el pronunciamiento de la parte convocante que incluyó la solicitud de pruebas adicionales¹⁴.
- 3.7.** El 9 de mayo de 2018, en forma oportuna, la parte convocante presentó un escrito de reforma de la demanda¹⁵, en el que incluyó una solicitud de decreto de medidas cautelares, las cuales fueron negadas por el Tribunal mediante Auto No. 10 proferido el 20 de junio de 2018
- 3.8.** Mediante Auto No. 8 de 10 de mayo de 2018 (Acta No. 6)¹⁶, el Tribunal admitió la demanda reformada y ordenó su traslado a la parte convocada.
- 3.9.** El 31 de mayo de 2018, en forma oportuna, la convocada contestó la demanda reformada, objetó el juramento estimatorio y adicionalmente formuló llamamiento en garantía contra la sociedad CCX Colombia S.A. en liquidación¹⁷.
- 3.10.** Mediante Auto No. 9 de 20 de junio de 2018 (Acta No. 7)¹⁸, el Tribunal admitió el llamamiento en garantía de la sociedad CCX Colombia S.A. en liquidación, y ordenó su notificación personal así como el traslado correspondiente.
- 3.11.** El 13 de agosto de 2018, en la oportunidad debida, la sociedad CCX Colombia S.A. en liquidación presentó recurso de reposición contra el auto admisorio del llamamiento en garantía¹⁹, el cual, previo traslado y pronunciamiento de las partes, fue resuelto por el Tribunal mediante Auto No. 14 de 31 de agosto de 2018 (Acta No. 9)²⁰, con la revocatoria del Auto No. 9 y la inadmisión del llamamiento en garantía por incumplimiento del requisito contemplado en el

¹³ Ibídem.

¹⁴ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 371 a 377.

¹⁵ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 1 a 77.

¹⁶ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 78 a 81.

¹⁷ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 86 a 139.

¹⁸ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 140 a 148.

¹⁹ Ibídem.

²⁰ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 231 a 239.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

numeral 3° del artículo 84 del C.G.P. En consecuencia, se le otorgó a la parte convocada el término establecido en la Ley para la correspondiente subsanación, transcurrido el cual esta atendió el requerimiento del Tribunal²¹.

3.12. Mediante Auto No. 15 de 14 de septiembre de 2018 (Acta No. 10)²², el Tribunal admitió el llamamiento en garantía subsanado formulado contra CCX Colombia S.A. en liquidación y ordenó el correspondiente traslado.

3.13. El 16 de octubre de 2018, la sociedad llamada en garantía presentó su contestación de la demanda reformada y del llamamiento en garantía, planteando entre otros, la falta de competencia del Tribunal para dirimir diferencias relacionadas con dicha sociedad y adicionalmente expresó que no adhería a la cláusula compromisoria que dio lugar a la convocatoria del proceso arbitral²³.

3.14. Mediante Auto No. 17 de 22 de octubre de 2018 (Acta No. 11)²⁴ se corrió traslado de las excepciones formuladas en las contestaciones de la demanda reformada y de las objeciones al juramento estimatorio, traslado que fue descorrido por la parte convocante en la debida oportunidad²⁵.

3.15. El 22 de noviembre de 2018 (Acta No. 14)²⁶ se llevó a cabo la audiencia de conciliación propia del proceso arbitral, oportunidad en la que las partes no lograron acuerdo conciliatorio alguno, por lo cual, mediante Auto No. 20 proferido en la misma fecha, el Tribunal fijó las sumas correspondientes a los gastos y honorarios del proceso, monto que en lo concerniente a las sumas a cargo de las partes convocante y convocada, fue pagado en su totalidad por la primera, pero respecto del cual, según se le informó al Tribunal, la convocada procedió al reembolso en favor de la convocante del porcentaje a su cargo. La sociedad llamada en garantía no realizó pago alguno, y tampoco lo hizo la convocada por cuenta de esta.

²¹ Cuaderno Principal No. 2 - Folio 241 y Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folio 243.

²² Cuaderno Principal No. 2 - Folios 242 a 244.

²³ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 260 a 290.

²⁴ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 291 a 294.

²⁵ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 301 a 317.

²⁶ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 331 a 337.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

4. LA CONTROVERSIA

4.1. La Demanda Principal Reformada

4.1.1. Pretensiones

Con apoyo en los hechos planteados en la demanda y en la normatividad invocada, la convocante ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas²⁷:

"1. PRETENSIONES DECLARATIVAS

"i. Pretensiones Declarativas Principales

"Primera. Que se declare que las cláusulas que integraron el Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes fueron extendidas y dictadas por la Promitente Compradora.

"Pretensión Subsidiaria a la Primera Pretensión Declarativa Principal: Que se declare que la Cláusula Quinta de la Promesa denominada "Condición Resolutoria" del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 fue extendida y dictada por la Promitente Compradora.

"Segunda. Que se declare que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 es ambigua debido a una falta de explicación que ha debido darse por la Promitente Compradora.

"Tercera. Que se declare que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 debe interpretarse en contra de la Promitente Compradora y a favor de los Promitentes Vendedores, de conformidad con lo establecido en el artículo 1624 del Código Civil.

²⁷ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 29 a 34.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

"Cuarta. Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 se refiere a la adquisición de los derechos reales sobre los inmuebles en los cuales se realizará el pozo minero (mining pit) del Proyecto Cañaverales.

"Quinta. Que se declare que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 se encuentra cumplida desde la fecha en la que se adquirieron los derechos reales sobre los demás inmuebles sobre los cuales se realizará el pozo minero (con excepción de La Esmeralda y el Predio).

"ii. Primer Grupo de Pretensiones Declarativas Subsidiarias

"Primera. Que se declare que la Promitente Compradora ejerció posición dominante en la estructuración, redacción, negociación y celebración del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes.

"Segunda. Que se declare que la Promitente Compradora abusó de la posición dominante que ostentaba en la estructuración, redacción, negociación y celebración del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos otrosíes.

"Pretensión Subsidiaria a la Segunda Pretensión del Primer Grupo de Pretensiones Declarativas Subsidiarias. Que se declare que la Promitente Compradora abusó de sus derechos en la estructuración, redacción, negociación y celebración del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes.

"Tercera. Que se declare que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 es abusiva y por lo tanto es nula absolutamente.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

"Primera Pretensión Subsidiaria a la Tercera Pretensión del Primer Grupo de Pretensiones Declarativas Subsidiarias. Que se declare que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 es abusiva y por lo tanto se tenga por no escrita y no produzca efecto alguno.

"Segunda Pretensión a la Tercera Pretensión del Primer Grupo de Pretensiones Declarativas Subsidiarias. Que se declare que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 es abusiva, por lo que se debe interpretar a favor de los demandantes, y por lo tanto se encuentra cumplida se encuentra cumplida (sic) desde la fecha en la que se adquirieron los derechos reales sobre los demás inmuebles sobre los cuales se realizará el pozo minero (con excepción de La Esmeralda y el Predio).

"iii. Segundo Grupo de Pretensiones Declarativas Subsidiarias

"Primera. Que se declare que la Promitente Compradora se valió de medios ilícitos para que la condición del literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019- SJ0026 no se haya cumplido.

"Segunda. Que se declare que la condición del literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026 por se tiene por cumplida en los términos del artículo 1538 del Código Civil.

"iv. Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes a todos los Grupos de Pretensiones Anteriores

"Primera. Que se declare que se cumplieron la totalidad de las condiciones válidas de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026, en la fecha que se pruebe en el curso del proceso.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

"Segunda. Que se declare que en la fecha de cumplimiento de la totalidad de las condiciones válidas de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026 surgió la obligación en cabeza de la promitente compradora de notificar del cumplimiento de las mismas a los Demandantes para luego proceder a firmar la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y el contrato de compraventa de las mejoras del Predio La Esmeralda al quinto (5º) día hábil siguiente, de conformidad con la Cláusula Séptima del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026.

"Tercera: Que a la fecha la Promitente Compradora no ha cumplido con la obligación de notificar el cumplimiento de las condiciones a los Demandantes y luego proceder a firmar la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y el contrato de compraventa de las mejoras del Predio La Esmeralda al quinto (5º) día hábil siguiente, y por lo tanto está incumpliendo el Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026.

"Cuarta. Que se declare que la obligación de pagar a los Demandantes el saldo del precio establecido en el literal d) de la Cláusula Cuarta del Contrato de Promesa No. FS0019- SJ0026, modificado por la Cláusula Segunda del Otrosí No. 2, se hizo exigible transcurridos treinta (30) días calendario de la fecha en que debió haberse firmado la escritura pública de compraventa, es decir, al quinto (5º) día hábil siguiente a la fecha de cumplimiento de las condiciones válidas de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026.

"Quinta. Que a la fecha la Promitente Compradora no ha cumplido con la obligación de la pretensión anterior y por lo tanto está incumpliendo el Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026.

"Sexta. Que se declare que la Promitente Compradora incumplió con los postulados del principio general de buena fe y los deberes secundarios de conducta que de este se desprenden, específicamente los deberes de información, claridad, lealtad y corrección.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

"Séptima. Que se declare que la Promitente Compradora abusó de su posición dominante en la ejecución del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes.

"Pretensión Subsidiaria a la Séptima Pretensión del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes. Que se declare que la Promitente Compradora abusó de sus derechos en la ejecución del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes.

"Octava. Que se declare que la Promitente Compradora no ha cumplido con su obligación contractual de pagar todos los servicios públicos e impuestos relacionados con La Esmeralda desde la fecha de la entrega de la tenencia de la misma.

"Novena. Que se declare el incumplimiento del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026 por parte de la Promitente Compradora.

"Décima. Que se declare que los incumplimientos atribuibles a la Promitente Compradora han generado perjuicios para los Promitentes Vendedores y la Promitente Compradora debe indemnizar dichos perjuicios.

"2. PRETENSIONES DE CONDENA

"Primera. Que se ordene a BCC a comparecer a la Notaría Treinta y Uno del Círculo de Bogotá a las 10:00 a.m. del quinto día hábil siguiente de la fecha del laudo para proceder con la firma de la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y de las mejoras sobre el Predio, o en la fecha que lo estime conveniente el Tribunal.

"Segunda. Que se condene a BCC al pago de la última parte del precio pactado en el contrato de promesa de compraventa, de MIL OCHOCIENTOS SESENTA MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS SETECIENTOS PESOS (\$1.860.896.700,00) de la siguiente manera:

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

"OCHOCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS (\$814.142.306,25), correspondientes a la señora GLORIA LUCÍA ECHEVERRY LACOUTURE.

"OCHOCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS (\$814.142.306,25), correspondientes al señor JOSÉ DANIEL ECHEVERRY LACOUTURE.

"DOSCIENTOS TREINTA (sic) DOS MILLONES SEISCIENTOS DICE (sic) MIL OCHENTA Y SISTE (sic) PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$232.612.087,50) correspondientes a la señora LISSET MONTERROZA MEYER.

"Tercera. Que se condene a BCC al pago de los intereses moratorios sobre el capital adeudado a la tasa máxima legal desde la fecha de notificación de la demanda arbitral inicial (reconvención judicial) hasta su fecha efectiva de pago.

"Cuarta. Que se condene a BCC al pago correspondiente a la cláusula penal del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026, por valor de CINCO MIL MILLONES DE PESOS (\$5.000.000.000,00) y a los intereses moratorios a la tasa máxima legal desde la fecha de notificación de la demanda arbitral inicial (reconvención judicial) hasta su fecha efectiva de pago.

"Quinta. Que se condene a la Demandada al pago de las costas y gastos de funcionamiento del Tribunal Arbitral.

"Sexta. Que se condene a la Demandada al pago de las agencias en derecho a favor de los Demandantes."

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

4.1.2. Hechos

La demanda contiene 115 hechos clasificados en las siguientes secciones²⁸:

- a. *"Antecedentes."*
- b. *"La llegada de MPX a Colombia."*
- c. *"La Entrega del Inmueble y la Promesa de Compraventa."*
- d. *"La Cesión a YCCX."*
- e. *"Otros Incumplimientos de la Promitente Compradora."*

4.2. Contestación de la Demanda Reformada por parte de la Convocada y formulación de Excepciones

4.2.1. Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio.

La convocada contestó oportunamente la demanda reformada pronunciándose expresamente sobre cada uno de los hechos, aceptando como ciertos algunos, otros parcialmente y negando los demás. Adicionalmente se opuso a todas las pretensiones y objetó el juramento estimatorio contenido en la demanda reformada.

4.2.2. Las excepciones formuladas

La convocada formuló las siguientes excepciones²⁹:

"Primera: El Tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre las pretensiones primera y segunda declarativas."

²⁸ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 5 a 29.

²⁹ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 107 a 122.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

"Segunda: Indebida integración del contradictorio - falta de legitimación en la causa por pasiva de BCC respecto de las pretensiones derivadas de responsabilidad precontractual.

"Tercera: Inexistencia de posición de dominio de CCX en la estructuración redacción, negociación y celebración del contrato de promesa de compraventa de fecha 9 de marzo de 2011 y sus otrosíes.

"Cuarta: Ausencia de abuso de posición de dominio de CCX en la estructuración, redacción, negociación y celebración del contrato de promesa de compraventa de fecha 9 de marzo de 2011 y sus otrosíes.

"Quinta: Ausencia de posición de dominio contractual y/o abuso del derecho de BCC como cesionaria de CCX en el Contrato de Promesa.

"Sexta: La condición pactada en el literal d) de la cláusula quinta del Contrato de Promesa no es ambigua.

"Séptima: Imposibilidad de rebelarse contra los actos propios.

"Octava: Inexistencia de incumplimiento del contrato de Promesa de Compraventa.

"Novena: Imposibilidad de cumplimiento de la obligación de pago de derecho de uso de agua por causa imputable exclusivamente al promitente vendedor.

"Décima: Improcedencia de exigibilidad de la cláusula penal.

"Décima Primera: Genérica e innominada."

5. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y ETAPA PROBATORIA

5.1. Primera Audiencia de Trámite

El 17 de enero de 2019 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite, oportunidad en la que, previo cumplimiento de las etapas establecidas en la Ley, el Tribunal, mediante Auto

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

No. 21 (Acta No. 16)³⁰, se declaró competente para conocer y resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento, y determino que carecía de competencia para pronunciarse sobre las controversias planteadas en el llamamiento en garantía formulado por la convocada contra CCX Colombia S.A. en liquidación por cuanto esta sociedad no es parte del contrato objeto de la litis, y en tal virtud no es posible extenderle los efectos de la cláusula compromisoria contenida en el mismo, a más de que manifestó no adherir a la citada cláusula compromisoria.

5.2. Etapa probatoria

En la misma fecha, mediante Auto No. 23³¹, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las cuales se practicaron como se indica a continuación:

5.2.1. Pruebas documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera según la ley, los documentos aportados por las partes en las oportunidades procesales establecidas en la normatividad, con excepción de la *"transcripción de la conversación telefónica sostenida entre Manuel Barragán, ex gerente jurídico de MPX, y Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Promitente Vendedora el 23 de noviembre de 2013"* aportada por la parte convocante, prueba que fue negada mediante Auto No. 27 de 26 de marzo de 2019.

5.2.2. Exhibiciones de documentos

Se practicó una exhibición de documentos a cargo de CCX Colombia S.A. en liquidación, los cuales fueron incorporados al expediente³² mediante Auto No. 26 proferido el 12 de marzo de 2019 (Acta No. 20)³³.

³⁰ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 363 a 378.

³¹ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 381 a 391.

³² Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folio 411.

³³ Cuaderno Principal No. 2 – Folio 462.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

5.2.3. Interrogatorios de parte

El 26 de marzo de 2019 (Acta No. 21)³⁴ se practicaron los interrogatorios de parte, los cuales fueron absueltos por el señor Marco Antonio Orozco Álvarez, representante legal de la parte convocada, y por los convocantes José Daniel Echeverry Lacouture, Gloria Lucía Echeverry Lacouture y Lissett Elena Monterroza Meyer.

5.2.4. Testimonios

Se recibieron los testimonios de las personas que se indican a continuación en las fechas que se señalan:

- El 12 de febrero de 2019 (Acta No. 17)³⁵ se recibieron los testimonios de los señores: **Javier Barake Bojanini, Carlos Gerardo Mantilla y Manuel Barragán.**
- El 14 de febrero de 2019 (Acta No. 18)³⁶ se recibió el testimonio de la señora **Lina María Patiño Perilla.**
- El 18 de febrero de 2019 (Acta No. 19)³⁷ se recibió el testimonio del señor **David Arce Rojas.**
- El 12 de marzo de 2019 (Acta No. 20)³⁸ se recibieron los testimonios de los señores: **Diana Carolina Niño Roles y Óscar Iván Saavedra Gómez.**

Las anteriores declaraciones fueron grabadas y sus correspondientes transcripciones fueron incorporadas al expediente.

5.2.5. Pruebas desistidas

Las pruebas que se indican a continuación no se practicaron ante el desistimiento formulado por la parte solicitante de cada uno de estos medios probatorios.

³⁴ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 471 a 475.

³⁵ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 410 a 415.

³⁶ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 437 a 439.

³⁷ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 441 a 445.

³⁸ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 458 a 462.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

- Testimonios de los señores **Ricardo Gaviria Jansa, Teresita Rueda Armella, Andrés McCausland Noguera, Luis Torga, José Domingo Cuello Daza, Víctor Bolívar Cuello Cuello, Duver Albeiro Rivas Meriño, Natalia Pineda y Juan Ernesto Puentes Parra.**
- Inspecciones judiciales con exhibición de documentos e intervención de perito para ser respectivamente practicadas en CCX Colombia S.A. en liquidación y en la sociedad convocada.
- Prueba por Informe a cargo de la Alcaldía del municipio de Fonseca, La Guajira.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En audiencia celebrada el 30 de julio de 2019 (Acta No. 25)³⁹, las partes presentaron sus alegatos de conclusión de manera oral y aportaron los correspondientes escritos que fueron incorporados al expediente⁴⁰.

7. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

El término de duración del proceso es de seis (6) meses, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir el 17 de enero de 2019, con lo cual habría vencido el 17 de julio de 2019. Sin embargo, atendiendo la solicitud de las partes se decretaron las siguientes suspensiones:

Acta – Auto	Fechas de suspensión	Días hábiles
Acta No. 16 – Auto No. 23	18 de enero a 10 de febrero de 2019 (ambas fechas inclusive)	16
Acta No. 19 – Auto No. 25	19 de febrero a 11 de marzo de 2019 (ambas fechas inclusive)	15

³⁹ Cuaderno Principal No. 4 – Folios 1 a 4.

⁴⁰ Cuaderno Principal No. 4 – Folios 5 a 161.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Acta No. 20 – Auto No. 26	13 a 25 de marzo de 2019 (ambas fechas inclusive)	8
Acta No. 24 – Auto No. 31	29 de mayo a 29 de julio de 2019 (ambas fechas inclusive)	41
Acta No. 25 – Auto No. 32	31 de julio a 26 de septiembre de 2019 (ambas fechas inclusive)	40
Total días de suspensión		120

De acuerdo con el anterior reporte el proceso estuvo suspendido durante ciento veinte (120) días hábiles, que sumados a los del término, permiten concluir que este vence el trece (13) de enero de dos mil veinte (2020). Por lo anterior, la expedición del presente Laudo en la fecha es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

El proceso reúne los presupuestos procesales requeridos para su validez y, por ende, para permitir la expedición del pronunciamiento de mérito.

En efecto:

- 1) Se probó la existencia de los convocantes Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture, quienes actúan en nombre propio en el presente proceso, con lo cual se cumple el requisito de capacidad para ser parte.
- 2) De conformidad con el certificado de existencia y representación legal obrante en el proceso, se encuentra acreditado que Best Coal Company S.A.S. es una persona jurídica legalmente constituida y representada, con lo cual se cumple el requisito de capacidad para ser parte.
- 3) Las partes actuaron por conducto de apoderados, que fueron debidamente reconocidos como tales.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

4) El Tribunal constató que:

- i. Había sido integrado e instalado en debida forma;
- ii. Las partes:
 - Eran plenamente capaces y estaban debidamente representadas; y
 - La convocante consignó oportunamente las sumas que le correspondían al igual que aquellas que se fijaron a cargo de la convocada, tanto por concepto de gastos, como por concepto de honorarios.
- iii. Las controversias planteadas, excepto aquella sobre la cual el Tribunal declinó su competencia (llamamiento en garantía formulado contra CCX Colombia S.A. en liquidación), se refieren a asuntos de libre disposición que la ley autoriza someter a arbitraje y las partes tienen capacidad para ello.
- iv. El proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las partes.
- v. No obra causal de nulidad u otra irregularidad que afecte la actuación, a lo que debe añadirse la práctica del control de legalidad en las respectivas etapas del proceso, en cuya virtud el Tribunal no encontró vicio que afectara el trámite y, por ende, requiriera su saneamiento. Respecto de lo anterior las partes expresaron su conformidad.

2. EL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA OBJETO DEL PRESENTE TRÁMITE ARBITRAL

Antes de abordar de fondo el debate planteado, el Tribunal considera oportuno dejar consignadas unas breves consideraciones respecto del contrato objeto de este debate, especialmente en lo que se refiere a sus partes, pues, como se verá, la posición

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

contractual del promitente comprador fue objeto de cesión, circunstancia que ha llevado a la Convocada a estructurar la excepción que denominó "*Indebida integración del contradictorio - falta de legitimación en la causa por pasiva de BCC respecto de las pretensiones derivadas de responsabilidad precontractual*".

Las controversias existentes entre las partes se derivan del "CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES Y MEJORAS No. FS0019-SJ0026", celebrado el 9 de marzo de 2011 entre los señores Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture, como promitentes vendedores, quienes integran la parte convocante en este proceso, y la sociedad MPX Colombia S.A., como promitente compradora.

El objeto del contrato consistía en la promesa de vender el predio "La Esmeralda" ubicado en el municipio de San Juan del Cesar, departamento de La Guajira, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 214-0005905, de propiedad de los convocantes, así como las mejoras existentes en el predio también denominado "La Esmeralda", ubicado en el municipio de Fonseca, departamento de La Guajira, al que le corresponde la cédula catastral No.0005-078-000, respecto del cual los Convocantes tenían la ocupación.

El 18 de mayo de 2012 la sociedad promitente compradora cambió su nombre al de CCX Colombia S.A.⁴¹

El mencionado Contrato de Promesa fue modificado por las partes en dos ocasiones:

- (i) Mediante el "Otrosí No. 1" suscrito el 14 de junio de 2012⁴², en virtud del cual se adicionó un parágrafo a la cláusula Octava del Contrato, en virtud del cual se autorizó el ingreso de la Promitente Compradora a los predios, y se le garantizó la tenencia material de los mismos hasta la fecha de la firma de la Escritura Pública de compraventa y su posterior inscripción en la oficina de registro de Instrumentos Públicos de San Juan del Cesar. Adicionalmente se asignó a la Promitente Compradora la obligación de pagar los servicios públicos y el impuesto predial, a partir de la fecha de entrega de los inmuebles.

⁴¹ Cuaderno Principal No. 1 – Folio 68.

⁴² Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folios 80 a 85.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

- (ii) Mediante Otrosí No.2 suscrito el 21 de noviembre de 2012⁴³, las partes modificaron el precio del Contrato previsto en la cláusula cuarta del mismo, el cual quedó en la suma total de \$14.217.000.000.

Posteriormente, el 26 de marzo de 2014 el Contrato de Promesa objeto de controversia fue cedido por la Prometiente Compradora en favor de la sociedad YCCX Colombia S.A.S. (hoy Best Coal Company SAS -BCC) con motivo de la celebración de un "CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACTIVOS" , mediante el cual esta última adquirió todos los "*activos, propiedades y derechos de todo tipo y naturaleza, ya sean muebles, inmuebles o mixtos, tangibles o intangibles, de todo tipo y descripción, donde sea que se encuentren, ya sea que existan actualmente o se adquieran en el futuro (...)*"⁴⁴, incluido el "Proyecto Cañaverales" y las "*promesas de compraventa que se requieren para el desarrollo de los proyectos para estipular la propiedad y el uso de los Activos Adquiridos*"⁴⁵.

En comunicación fechada agosto de 2016, cuyo asunto es "*Asunto: Notificación cesión contrato promesa de compraventa de inmueble y mejoras N° FS0019 – SJ 0026*", CCX Colombia S.A. y YCCX Colombia S.A.S. le notificaron a los convocantes la cesión de la Promesa de Compraventa, en los siguientes términos:

"Como es de público conocimiento, CCX Colombia S.A. se obligó a venderle a YCCX Colombia S.A.S. los activos de la primera relacionados con el proyecto minero integrado que se encuentra adelantando CCX Colombia S.A., incluyendo los derechos y obligaciones de CCX Colombia S.A. bajo el mencionado contrato de promesa de compraventa.

"Teniendo en cuenta todo lo anterior, por medio de la presente, en aplicación del artículo 887 del Código de Comercio, nos permitimos notificar la cesión del contrato de promesa de compraventa de inmueble y mejoras N° FS0019 – SJ 0026 en favor de YCCX Colombia S.A.S., [hoy BCC] quien a partir de la notificación de esta comunicación

⁴³ Ibidem – Folios 86 a 89.

⁴⁴ Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folio 268.

⁴⁵ Ibidem – Folio 269.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

*ocupará la posición de promitente comprador en los mismos términos y condiciones pactados en dicho contrato.”*⁴⁶

Aunque no consta formalmente la aceptación de la cesión⁴⁷, debe concluirse que sí se aceptó. Esto se reconoce en el hecho 89 de la demanda. Además, de tal aceptación da inequívoca cuenta la circunstancia de que la aquí demandada es BCC (antes YCCX).

El 17 de febrero de 2017, YCCX Colombia S.A.S. cambió su razón social por la de Best Coal Company S.A.S., sociedad convocada en el presente trámite arbitral.⁴⁸

En ejecución de la citada Promesa de compraventa, los Convocantes recibieron el pago de las sumas establecidas en el Contrato, exceptuando la suma de \$1.860.896.700, que quedó pendiente para cuando se hubiese firmado la escritura pública de compraventa y se hubiese expedido el Folio de Matrícula Inmobiliaria donde constara la tradición del inmueble a favor de la Promitente Compradora.

Con base en el recuento que queda expresado, la primera tarea del Tribunal consiste en despachar las dos primeras excepciones formuladas por la parte Convocada⁴⁹, puesto que según estas, (i) el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre las dos primeras pretensiones declarativas y (ii) hay indebida integración del contradictorio y existe falta de legitimación en la causa pasiva de BBC en relación con las pretensiones derivadas de responsabilidad precontractual.

Sin una decisión sobre la materia, no sería posible despachar de fondo y con plenitud las pretensiones de la demanda y los demás medios exceptivos esgrimidos.

3. EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA

Se formuló así:

⁴⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folios 110 a 111.

⁴⁷ Incluso en el expediente obra una comunicación de los promitentes vendedores en la que afirman no aceptar la cesión.

⁴⁸ Cuaderno Principal No. 1 – Folio 61.

⁴⁹ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 107 a 122.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

"Primera: El Tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre las pretensiones primera y segunda declarativas.

El asunto involucrado en esta excepción fue ya objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal en la primera audiencia de trámite, al desatar el recurso de reposición presentado por la parte Convocada contra la providencia en virtud de la cual se declaró competente para resolver las controversias sometidas a su consideración⁵⁰.

En esa oportunidad el Tribunal manifestó:

"La cláusula compromisoria que ha dado lugar a la convocatoria del Tribunal habilita al panel arbitral para pronunciarse sobre 'Toda controversia o diferencia relativa a la celebración, ejecución y liquidación del presente contrato'.

"Visto el alcance de la habilitación otorgada, es claro para el Tribunal, que lo relativo a la 'celebración del contrato' incluye los actos que hayan dado origen a la misma, de manera que las pretensiones invocadas por el recurrente están amparadas por la cláusula compromisoria pactada por las partes. En este sentido el Tribunal reitera, según se señaló en el auto No. 5, que en su criterio la conducta de CCX en torno a la celebración del contrato o fase precontractual es una circunstancia inherente al contrato."

Sin perjuicio de lo anterior, y comoquiera que en el laudo corresponde decidir sobre las excepciones propuestas, el Tribunal, a más de reiterar lo que sobre el particular ha sostenido en las oportunidades procesales aludidas, deja expresadas las siguientes consideraciones respecto de los aspectos concernientes a la supuesta falta de competencia sobre las pretensiones relacionadas con la etapa precontractual.

A ese respecto, la parte convocada señaló que el Tribunal Arbitral carece de competencia para conocer de cualquier asunto no relacionado con la celebración, ejecución y liquidación del Contrato de Promesa. En consecuencia, argumentó que cualquier diferencia que pudiera existir entre las partes, relacionada con etapas anteriores a la celebración del contrato, escapa a la competencia del Tribunal.

⁵⁰ Audiencia del 17 de enero de 2019 en la que se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite como obra en Auto No. 21 (Acta No. 16).

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Para dilucidar la cuestión, conviene transcribir el contenido de la cláusula compromisoria del negocio jurídico celebrado entre las partes:

"DECIMA TERCERA. CLÁUSULA COMPROMISORIA. Toda controversia o diferencia relativa a la celebración, ejecución y liquidación del presente contrato, se resolverá por un tribunal de arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo efectuado entre los árbitros inscritos en las listas que lleva el Centro de Arbitraje y Conciliaciones Mercantiles de dicha Cámara. El tribunal se sujetará a las siguientes reglas: [...] Los costos de funcionamiento de este tribunal serán asumidos por ambas partes en sumas iguales."

La Convocada argumenta que a pesar de la claridad de la cláusula arbitral, los Convocantes presentaron pretensiones declarativas que se referirían a etapas contractuales anteriores a la celebración del Contrato de Promesa, y que no estarían incluidas en el alcance de la cláusula compromisoria.

En primera instancia, el Tribunal advierte que algunas de las pretensiones girarían sobre la discusión de conductas atinentes a la estructuración, redacción y negociación del aludido contrato⁵¹, materias sobre las cuales la parte demandada señala que están relacionadas con etapas previas a la celebración del Contrato de Promesa y, por lo tanto, que desbordarían la habilitación arbitral. Adicionalmente, argumenta que dichas pretensiones se refieren a una instancia precontractual de la cual no hizo parte, y por ende, no puede ser tenida como responsable.

Indudablemente, la estructuración jurídica de los acuerdos que celebran las partes comienza con una fase previa en la que ellas entran en tratativas, presentan ofertas, términos de negociación, etc., lo que hace prosperar a futuro, tal vínculo contractual. En

⁵¹ "Primera. Que se declare que la Promitente Compradora ejerció posición dominante en la estructuración, redacción, negociación y celebración del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes.

Segunda. Que se declare que la Promitente Compradora abusó de la posición dominante que ostentaba en la estructuración, redacción, negociación y celebración del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes.

Pretensión Subsidiaria a la Segunda Pretensión del Primer Grupo de Pretensiones Declarativas Subsidiarias. Que se declare que la Promitente Compradora abusó de sus derechos en la estructuración, redacción, negociación y celebración del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes."

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

ese estadio, como se explicará detalladamente más adelante, cada uno adquiere cargas y el deber, entre otros, de dar la información suficiente, clara y veraz sobre el negocio que pretende celebrarse. Este escenario, es insumo básico para los contratantes, con el fin de perfilar el objeto del contrato, así como sus particularidades.

De esta manera se puede afirmar que dicha etapa precontractual tiene por cometido ser el escenario para el cumplimiento de los deberes de información y la definición de la causa del contrato.

Ahora bien, normalmente lo ocurrido en la etapa precontractual, no es argumentado por las partes como determinante para excluir la competencia arbitral, pero en la medida en que en este caso así se ha argüido, se hace menester referirnos al punto.

Como es sabido, a través del contrato las personas pueden relacionarse jurídicamente a través de un acuerdo celebrado entre dos o más partes, en virtud del cual crean, regulan o extinguen entre ellas una relación jurídica de carácter patrimonial, de conformidad con la definición establecida en el artículo 884 del C. de Co.

Esa noción no le resta transcendencia a lo acontecido en la víspera de celebrar un contrato, pues los actos preparatorios son los que llevan a su conclusión posterior. Es por eso que aquellos están inescindiblemente ligados a la celebración del contrato, y en consecuencia, son presupuestos del mismo. Desde esas consideraciones, se encuentran conectadas las llamadas fases precontractual y contractual, siendo aquella la fuente primaria de la segunda, y de hecho su génesis. La consecuencia legal prevista en el artículo 863 del Código de Comercio, consistente en el resarcimiento de los perjuicios causados por el incumplimiento del principio de buena fe durante la etapa precontractual, de ninguna manera excluye el hecho consistente en que dicha etapa sea útil y pertinente a la hora de examinar e interpretar tanto el contenido de un contrato y sus alcances, como el comportamiento de quienes se han relacionado jurídicamente a partir de dicha etapa.

En tal sentido, no se comparte la delimitación que la Convocada le atribuye a la celebración del contrato, para separarla en forma tajante de la fase anterior o precontractual; ello porque la "celebración" no puede entenderse de espaldas a la fase precontractual como lo quiere hacer ver la parte Convocada. Tal celebración es, precisamente, la culminación de la fase precontractual, de tal manera que el contrato

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

formado no es cosa diferente de aquel que las partes diseñaron desde los tratos preliminares, la oferta y la aceptación, independientemente de que, como en el caso que ocupa la atención del Tribunal, el negocio deba constar por escrito.

Debe precisar el Tribunal que la jurisprudencia que citó la Convocada al formular la excepción, confirma la conclusión del Tribunal. En efecto, al plantearse la primera excepción se citó la sentencia de casación 6151 de agosto 12 de 2002, en la que la Corte afirmó sobre el carácter extracontractual de la etapa precontractual lo siguiente:

"La otra fase o situación jurídica a la cual se hizo referencia antes, es aquella que aparece circunstanciada por los tratos previos al negocio o sea la etapa preliminar, de tratativas, antelada al ajuste perfecto o acabado del contrato mismo. En torno a ella se averigua en el evento del rompimiento si se incurre o no en responsabilidad cuando del mismo [se refiere al rompimiento] surge algún daño, y de haberla por la clase de ella, es decir, si extracontractual o contractual." (Subraya el Tribunal)

"...

"En las oportunidades en que la Corte ha tratado el punto, ha optado por la teoría extracontractualista."

Lo que la Corte afirmó en el aparte de la sentencia transcrita por la Convocada en su contestación de la demanda, se refiere a la naturaleza extracontractual de la responsabilidad civil **por rompimiento de la etapa preliminar**. Según la sentencia que se comenta si **antes del perfeccionamiento del negocio** una de las partes **rompe** la fase precontractual, habrá responsabilidad civil extracontractual.

La hipótesis fáctica de la conclusión de la Corte es diferente de lo acontecido en el caso bajo estudio. En este no hubo rompimiento de la etapa precontractual. Por el contrario, dicha etapa desembocó finalmente en la celebración del contrato, por lo cual aquella se integra claramente a éste, de tal manera que resulta diáfana su naturaleza contractual. Celebrado el negocio de conformidad con lo que las partes han definido en la etapa previa, todo lo que tiene que ver con comportamientos potencialmente generadores de responsabilidad civil se rige por el régimen contractual.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Pues bien, en la medida en que la cláusula compromisoria base de habilitación de la competencia de este Tribunal refiere inequívocamente que “[f]oda *controversia o diferencia relativa a la **celebración, ejecución y liquidación del presente contrato***”, debe resolverse en sede arbitral, confirma el Tribunal su competencia para decidir de fondo la presente controversia.

Por lo antes visto, la excepción primera no está llamada a prosperar.

4. EXCEPCIÓN DE INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO

Se planteó de la siguiente manera:

"Segunda: Indebida integración del contradictorio - falta de legitimación en la causa por pasiva de BCC respecto de las pretensiones derivadas de responsabilidad precontractual."

Para la Convocada, "[q]ue la Promesa sea declarada como un Contrato celebrado con abuso de posición dominante y en contravía de los postulados de la Buena fe, de modo que deba ser interpretado por el H. Tribunal en contra de BCC, especialmente en relación con el literal D) de la Cláusula Quinta, es un asunto que debe resolverse con la presencia de CCX, pues sólo es ésta quien puede demostrar que su actuar en la celebración no desconoció los postulados de la buena fe."

Este asunto fue también objeto de pronunciamiento del Tribunal cuando negó la vinculación como litisconsorte necesario de la sociedad CCX COLOMBIA S.A. según auto No. 5 de abril 17 de 2018. Para decidir la excepción, el Tribunal reitera lo ya decidido en los siguientes términos:

El litisconsorcio necesario es una figura que se encuentra regulada en el artículo 61 del C.G.P. de la siguiente manera:

"Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

"En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término." (...)

Analizado el tenor literal de la norma citada es claro que el litisconsorcio necesario debe integrarse cuando *"el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos."*

De acuerdo con lo probado durante el proceso, en el presente caso la sociedad respecto de la cual se pidió integrar el litisconsorcio (CCX COLOMBIA S.A.) cedió su posición contractual a la sociedad YCCX Colombia SAS, la que posteriormente pasó a denominarse Best Coal Company SAS, sociedad que es la demandada en este proceso. Esta circunstancia aparece probada con suficiencia en el proceso y no ha sido controvertida por ninguna de las partes.

La cesión de contratos encuentra regulación en el artículo 887 del Código de Comercio, el cual dispone:

"En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución."

"La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido."

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

En cuanto a los efectos de esta figura jurídica, el artículo 895 del Código de Comercio establece:

"La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes."

De acuerdo con ello, se tiene que una vez cedido el contrato, las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes al mismo se transfieren al cesionario. Sin embargo, toda situación que se base en causas ajenas al contrato, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes, no se entiende transferida.

Así, resulta claro para el Tribunal que, en el caso concreto, todos los efectos derivados del contrato cedido se deben predicar hoy por hoy respecto del cesionario BCC, pues estos le fueron transferidos de conformidad con lo establecido en la ley. Del mismo modo, encuentra el Tribunal que los asuntos que se debaten en este proceso, no se refieren a causas ajenas al contrato ni tienen que ver con la calidad o estado de la persona de los contratantes. Por el contrario, todos ellos son inherentes a la naturaleza y las condiciones de la promesa debatida.

En dicho sentido, debe entenderse que BCC sustituyó a CCX en las relaciones derivadas del Contrato de Promesa, y por ello es correcto que la Convocante haya dirigido su demanda contra esta sociedad, y no contra CCX.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que si de conformidad con la ley (art. 896 del C. Co.) el contratante cedido puede oponer al cesionario *"todas las excepciones que se deriven del contrato"*, correlativamente este tiene contra aquel todas las acciones derivadas del mismo, y esto último es lo que precisamente señala el ya citado artículo 895 del Código de Comercio.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia arbitral:

"El cesionario tiene, respecto del contratante cedido, las mismas acciones que tenía el cedente; y el contratante cedido tiene, respecto del cesionario, las mismas excepciones que tendría contra el cedente."

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

"Si el cesionario ocupa en el contrato la posición que tenía en el mismo el cedente; si lo que hace es sustituirlo en sus derechos y obligaciones, lógico resulta que pueda ejercer las mismas acciones que habría podido ejercer su cedente."

(...)

"Pensar lo contrario, esto es, considerar que a partir de que ingresa el cesionario al contrato, debe hacerse una especie de "borrón y cuenta nueva", en forma tal que lo sucedido antes de la cesión ni beneficie ni perjudique al cesionario implicaría confundir la cesión del contrato, con la novación, que sí comporta la extinción del vínculo obligacional anterior para dar nacimiento a uno nuevo." ⁵²

El asunto ha sido también objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia. En sentencia de casación civil de 19 de octubre de 2011, Expediente No. 2011 00847 01 afirmó:

"(...) El tercero cesionario toma el contrato y la relación jurídica en el estado en que se encuentra al instante de la cesión, convirtiéndose a partir de ésta, en parte, titular de los derechos y sujeto pasivo de las obligaciones en la misma situación existente entonces, sin producirse su alteración, modificación o extinción y, por ende, los derechos ejercidos y las prestaciones ya cumplidas no podrán ejercerse ni exigirse nuevamente, los pendientes se regularán por la ley y el contrato cedido y, las consecuencias nocivas de los incumplimientos tanto respecto del contratante cedente cuanto del contratante cedido proyectan plenos efectos frente al tercero cesionario, quien según el caso, podrá ejercer los derechos, acciones y pretensiones que correspondían al cedente frente al incumplimiento del contratante cedido y queda expuesto a las acciones de éste en el caso de incumplimiento del cedente, todo sin perjuicio, de lo que expresamente acuerden al momento de la cesión, de las reservas pertinentes al de la notificación o aceptación y de la conducta negocial asumida por las partes, incluso, concluyente, ad exemplum, en punto de la condonación de los incumplimientos" (Sent. Cas. Civ., 19 de octubre de 2011, Exp.Nº 2011 00847 01).

⁵² Laudo Arbitral. Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda. contra Corporación de Abastos de Bogotá, S.A. "Corabastos". Cámara de Comercio de Bogotá. 12 de diciembre de 2001.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Ahora bien, la Parte Convocada ha enfocado su argumento en el hecho de que algunas de las pretensiones de la demanda se refieren a la etapa de *"negociación y formación de la promesa"*, y debido a ello, solo pueden dirigirse contra CCX. Difiere en esto el Tribunal, pues en su criterio, la conducta de CCX en torno a la celebración del contrato o fase precontractual, no puede ser vista como una situación ajena al contrato mismo, o relacionada con la *"calidad o el estado de la persona de los contratantes"* (artículo 895 del C. Co.). Por el contrario, su comportamiento en dicha etapa es una circunstancia inherente al contrato, y por ello hace parte de la esfera de *"las acciones, privilegios y beneficios legales"* transferidos al cesionario. Adicionalmente, como se ha esbozado en apartados precedentes, y se ampliará más adelante, el incumplimiento del deber de información y la inobservancia de la carga de claridad por parte de la promitente compradora son actuaciones que hacen parte de la celebración y de la ejecución del contrato de promesa de compraventa.

Por demás, el Tribunal no encuentra que ninguna de las pretensiones de la demanda se dirija contra CCX, y a su juicio, todas y cada una de ellas pueden ser despachadas, como efecto se hace en el presente laudo, sin la presencia de esta sociedad, quien cedió su posición contractual como promitente compradora.

Por tales razones, el Tribunal despachará desfavorablemente la excepción que se estudia.

5. VALIDEZ DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA Y ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES DECLARATIVAS

Punto obligado de partida para el análisis y decisión de cualquier caso que, como el presente, se refiera a la interpretación y a la ejecución o cumplimiento de un contrato, es el relativo a su existencia y validez. Ningún sentido tendría la hermenéutica de sus contenidos ni el examen de su cumplimiento o incumplimiento, si previamente no se ha cerciorado el juez de que el correspondiente negocio efectivamente alcanzó existencia jurídica y además no porta vicio de nulidad absoluta que deba ser declarada oficiosamente.

Así pues, a efectos de resolver las pretensiones de la demanda en el presente proceso, el Tribunal analizará el perfeccionamiento y validez del contrato de promesa de compraventa celebrado el 9 de marzo de 2011 entre los acá Convocantes, en calidad de promitentes

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

vendedores, y la sociedad MPX Colombia S.A. (hoy CCX Colombia S.A. en liquidación), como promitente compradora, promesa que, como quedó dicho, fue objeto de cesión a la Convocada en este proceso BEST COAL COMPANY S.A.S.

El Contrato de Promesa que ocupa ahora la atención del Tribunal no ofrece duda ninguna respecto de su existencia, en la medida en que obra en el expediente el documento escrito contentivo del mismo, suscrito por las partes el 9 de marzo de 2011⁵³, lo que satisface el requisito exigido en el ordinal primero del artículo 89 de la ley 153 de 1887. En tal documento consta que las partes efectivamente manifestaron su consentimiento de celebrar la promesa de compraventa sobre los bienes que determinaron en las cláusulas primera y segunda. Y cabe agregar que las partes de este litigio arbitral en ningún momento pusieron en duda siquiera dicha existencia.

En efecto, en la cláusula primera del referido documento, las partes determinaron el bien inmueble objeto de su manifestación de voluntad de la siguiente manera:

"LOS PROMITENTES VENDEDORES tienen el derecho de dominio y la posesión de un predio denominado "La Esmeralda" ubicado en el municipio de San Juan del Cesar, el Departamento de la Guajira, identificado con las cédulas catastrales número 00-02-0005-0092-000 (jurisdicción de Fonseca) y 00-01-0000-0010-000 (jurisdicción de San Juan del Cesar) y matrícula inmobiliaria única No. 214-0005905, cuya extensión superficial es de 677 hectáreas, (en adelante el "INMUEBLE"), según consta en el título adquisitivo, el cual adquirieron de la siguiente manera: mediante Sentencia de adquisición en el remate del Juzgado Noveno de Familia de Barranquilla, de fecha 6 de octubre de 2010, y mediante Escritura Pública No. 3891 de la Notaría Séptima del círculo de Barranquilla, de fecha 28 de diciembre de 2010, ambas registradas al Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 214-0005905 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Juan del Cesar (La Guajira), identificado por los linderos generales contenidos en la Escritura Pública No. 3891 de la Notaría Séptima del círculo de Barranquilla, de fecha 28 de diciembre de 2010, con la salvedad que en la escritura pública de compraventa que llegare a suscribirse de cumplirse con las condiciones establecidas en la cláusula Quinta del presente CONTRATO, se transcribirán los linderos georreferenciados del INMUEBLE."

⁵³ El contrato fue objeto de dos modificaciones mediante otrosíes suscritos los días 14 de junio y 21 de noviembre de 2012.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Como se puede apreciar de la anterior transcripción, las partes del contrato, aunque no transcribieron los linderos del inmueble prometido en venta, sí lograron determinarlo de tal forma que nunca ha existido duda sobre el objeto del Contrato de Promesa. Más aún, además de fijar la ubicación, los números de las cédulas catastrales y matrículas inmobiliarias con las que es identificado el bien inmueble, se dejó constancia de los datos de la Escritura Pública en la que constan los linderos de este, con lo que se satisface el requisito jurisprudencial de señalamiento de linderos en la promesa. No existe pues, duda sobre el objeto material del contrato (art. 1517 del Código Civil), ni las partes han expresado el menor reparo al respecto.

El contrato de promesa analizado, además, versó sobre una compraventa que la ley no declara ineficaz, no hay evidencia ni alegación por las partes sobre ilicitud de su objeto o de su causa y se precisó el precio y el modo de pagarlo, de manera que se determinó a cabalidad el contrato prometido.

Así las cosas, encuentra el Tribunal que el contrato analizado reúne los requisitos generales de existencia y validez y los particulares exigidos en el artículo 89 de la ley 153 de 1887 en sus ordinales 1º, 2º y 4º.

Con todo, observa el Tribunal que es menester un estudio particular del requisito de que da cuenta el ordinal 3º de la norma que se comenta, pues alrededor del mismo hay dudas que es necesario aclarar de cara a la validez del contrato bajo examen.

En efecto, de conformidad con el citado texto legal la promesa debe contener "*un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato*", requisito que según reiterada y vigente jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia solo se tiene por cumplido si tanto plazos como condiciones resultan determinados en el contrato.

Según criterio más que decantado de la jurisprudencia, que comparte el Tribunal, el pacto de plazos o de condiciones indeterminados no satisface la exigencia contenida en el aludido ordinal 3º del art. 89 de la ley 153 de 1887, lo que, en principio, conduce a la nulidad absoluta del negocio.

Es este el frente de análisis que desarrollará el Tribunal, puesto que no se observa en el contrato de promesa, particularmente en su cláusula quinta, contentiva de las condiciones

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

necesarias para la celebración del contrato prometido, la debida determinación de tales condiciones, entendiendo por determinación, como se explicará más adelante, aquella estipulación que permite saber en qué lapso o periodo de tiempo ha de cumplirse el hecho incierto constitutivo de la correspondiente condición.

Sobre la fijación de la época en que se otorgaría la escritura pública de compraventa necesaria como formalidad legal por tratarse de un bien inmueble, las partes pactaron una serie de condiciones que deberían cumplirse antes de quedar obligadas a la suscripción de la misma.

5.1. Las condiciones contenidas en el contrato de promesa analizado

El ordinal 3° del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 establece que toda promesa debe contener *"un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato"* prometido. Y en el contrato objeto del presente proceso se pactó en la cláusula quinta lo siguiente:

"QUINTA. CONDICIÓN RESOLUTORIA. Las Partes convienen en forma expresa e irrevocable que la suscripción de la escritura pública que perfeccione la venta y del instrumento privado que legaliza la venta de las mejoras y la ocupación de las veinticinco (25) hectáreas del PREDIO, quedan condicionados a los siguientes hechos positivos: A). La medición topográfica del INMUEBLE y del PREDIO que indique las hectáreas reales correspondientes, para lo cual los PROMITENTES VENDEDORES autorizan la entrada de la PROMITENTE COMPRADORA o de su comisión de topografía para realizar la agrimensura respectiva. Con este informe se procederá a determinar el precio definitivo y se protocolizará con la Escritura Pública que perfecciona este CONTRATO; B) Que LOS PROMITENTES VENDEDORES sean autorizados por las normas de SARLAFT, para lo cual LOS PROMITENTES VENDEDORES autorizan expresamente a la PROMITENTE COMPRADORA a someter su información a dichas normas; C) La expedición mediante acto administrativo en firme que otorgue la licencia ambiental al futuro proyecto minero denominado Cañaverales y desarrollado por LA PROMITENTE COMPRADORA; D) La adquisición total de los derechos reales de los predios necesarios para la ejecución del proyecto minero denominado Cañaverales y proyectado por la PROMITENTE COMPRADORA.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

"PARÁGRAFO PRIMERO: Las partes acuerdan expresamente que si una cualquiera de las condiciones descritas en esta cláusula no se da de manera positiva, este contrato perderá vigencia de pleno derecho, sin necesidad de requerimientos privados o de intervención judicial. La aplicación de esta cláusula no puede entenderse como incumplimiento de ninguna de las partes.

"PARÁGRAFO SEGUNDO: LA PROMITENTE COMPRADORA se compromete a iniciar las actividades condicionadas antes descritas, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de suscripción del presente CONTRATO."

Como premisa para el análisis que debe adelantar el Tribunal respecto de las condiciones pactadas en la cláusula quinta del contrato, conviene despejar un aspecto que se ha discutido en el presente trámite. Se trata de la naturaleza de dichas condiciones. Aunque la cláusula referida se titula "CONDICIÓN RESOLUTORIA", observa el Tribunal que las condiciones allí convenidas se pactaron con el propósito de subordinar el otorgamiento de la escritura pública de venta al acaecimiento de cuatro hechos. Dicho con otras palabras, de tales condiciones, en asocio con lo dispuesto a partir del ordinal 2º de la cláusula sexta, dependía la celebración del contrato prometido (ord. 3º art. 89 de la ley 153 de 1887). Técnicamente hablando son condiciones suspensivas de la obligación de celebrar el contrato de compraventa prometida. No son, pues, condiciones resolutorias como imprecisamente las denomina la cláusula quinta. Otra cosa es que, de conformidad con el contrato (ordinal 1º de la cláusula sexta), este se resolvería (condición resolutoria) en caso de fallar una cualquiera de las antedichas condiciones. Como se verá, en este caso no ha acaecido tal condición resolutoria.

Es decir, las partes acordaron, en el contrato de promesa que suscribieron, cuatro condiciones acumulativas que deberían cumplirse para determinar la época en la que habría de celebrarse el contrato prometido.

Ahora bien, el precitado artículo 89 de la Ley 153 de 1887, aunque permite que la época de celebración del contrato prometido quede sujeta a una condición, nada dice respecto de las características de la misma, tarea que sí ha acometido la jurisprudencia en nuestro país.

En una primera etapa, la Corte admitió la posibilidad de pactar condiciones indeterminadas para fijar la época de la celebración del contrato prometido, tal y como

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

se afirmó en la sentencia del 2 de mayo de 1957, M.P. Enrique Giraldo Zuluaga. Esa tesis, sin embargo, fue recogida y, desde la Sentencia del 1 de junio de 1965, M.P. Enrique López de la Pava, se ha venido exigiendo la determinación de las condiciones como modalidad para fijar la época de celebración del contrato prometido. En tal sentencia se afirma con claridad lo siguiente:

"En casación de dos de mayo de 1957 (LXXXV, 2181, 59 y 60), se expresó que en contrato de promesa la indicación precisa del momento en que ha de celebrarse el convenio prometido puede hacerse mediante una condición determinada o indeterminada. En cuanto concierne a la condición indeterminada, esta doctrina no se concilia con la naturaleza del contrato expresado, que requiere, como factor esencial de su estructura jurídica, la fijación de la época en que debe concertarse la convención prometida, fijación que no puede obtenerse por intermedio de una tal condición, cuya característica distintiva radica precisamente en la indeterminación del momento en que puede suceder, si acaso llega a realizarse. Por este motivo la Corte recoge esa doctrina para sustituirla por la que viene bosquejada en esta providencia.

"(...)

"La estipulación de que las escrituras de compraventa se otorgarían tan pronto como estuvieran listos los certificados de paz y salvo de las fincas ofrecía seguridad o certeza de que esos comprobantes serían conseguidos y presentados? La cláusula denota que las partes entendieron obligarse en verdad a obtener y aducir tales certificados, pero la circunstancia de haber contraído los promitentes esta obligación no era suficiente para imprimirle certeza al hecho de la consecución de dichos documentos. Eran los propios contratantes quienes debían proveerse de sus respectivos certificados, pero es incuestionable que, aunque contractualmente obligados a ello, podían llegar a incumplir esta estipulación, dejando de conseguir y allegar esos comprobantes. Esta contingencia de que los promitentes cumplieran o no lo pactado, esta eventualidad de que ellos obtuvieran o no sus certificados de paz y salvo, constituye un factor de incertidumbre que no permite reconocerle a la cláusula mencionada el contenido de un plazo tácito, sino de una simple condición, y por añadidura de carácter indeterminado, porque, de llegar a realizarse, no era posible saberse al tiempo de la promesa en qué momento o cuándo se produciría ese cumplimiento."

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Para nuestro ordenamiento jurídico, según la jurisprudencia, de pactarse una condición como modalidad para determinar la época en la que se celebrará el contrato prometido, ésta debe ser determinada; es decir, *"aquella que sin perder sus caracteres de futura e incierta, ofrece la particularidad de que, si llega a realizarse, por anticipado se sabe cuándo o en qué época ha de suceder."*⁵⁴ En consecuencia, se descarta la posibilidad de pactar condiciones que se encuentren estrictamente sometidas, en materia de época, a la incertidumbre para ese efecto.

La exigencia de que la condición que fije la época de celebración del contrato prometido sea determinada, ha sido luego reiterada. Así por ejemplo en sentencia de 21 de septiembre de 1987 la Corte afirmó:

"Ahora bien, ¿a qué clase de condiciones se remite el numeral 3º? Para la corte no hay duda, siguiendo su tradicional doctrina, que es la determinada, porque, precisamente, es la que permite, en armonía con lo dicho atrás, que la promesa pueda tener eficacia; en cuanto al ámbito temporal se puede dejar sujeta a un acontecimiento futuro, que puede suceder o no, pero cuyo momento requiere acoplarse a la fijación de la época. Vale decir, la condición debe estar atada al señalamiento de la época."

*"Ha dicho la corte: 'Concilia con la naturaleza del contrato expresado, que requiere, como factor esencial de su estructura, la fijación de la época en que debe concentrarse la convención prometida, fijación que no puede obtenerse por intermedio de una tal condición, cuya característica distintiva radica precisamente en la indeterminación del momento en que puede suceder, si acaso llegare a realizarse.'"*⁵⁵

De tal forma que, *"sí no establecen una época para tal efecto y, por el contrario, dejan indeterminado tal momento futuro, es decir, no delimitan el período o lapso preciso en que debe perfeccionarse el contrato prometido, desatienden el requisito del numeral 3.º del artículo 1611, al que se ha hecho mención."*⁵⁶

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 1 de junio de 1965, M.P. Enrique López de la Pava.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 21 de septiembre de 1987. M.P. José Alejandro Bonivento Fernández.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de junio de 2018, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Esta tesis jurisprudencial ha sido sostenida por la Corte, entre otras, en sentencias de mayo 19 de 1969, agosto 8 de 1974, julio 5 de 1983, marzo 1 de 1985, marzo 19 y septiembre 18 de 1986, septiembre 29 de 1988, enero 30 de 1989 y mayo 29 de 1992.⁵⁷

Bajo estos criterios deben ser analizadas las condiciones pactadas por las partes del contrato de promesa de compraventa estudiado en el presente proceso. Es decir, la acumulación de los siguientes actos positivos: (A) que los promitentes compradores midieran topográficamente el inmueble objeto de la promesa; (B) que los promitentes vendedores fueran verificados por parte de los promitentes compradores bajo las normas SARLAFT; (C) que la autoridad administrativa competente emitiera la licencia ambiental al futuro proyecto minero denominado "Cañaverales"; y (D) que la promitente compradora adquiriera la totalidad de los derechos reales de los predios necesarios para la ejecución de dicho proyecto.

Estudiado el Contrato de Promesa advierte el Tribunal que no aparece en el mismo estipulación alguna que señale el período o lapso dentro del cual debieran cumplirse las aludidas condiciones lo que, en desarrollo de la jurisprudencia, llevaría a la invalidez de la promesa, en grado de nulidad absoluta, nulidad esta que, a pesar de no haber sido alegada por las partes tendría que ser declarada de manera oficiosa, a no ser porque, como se explicará, la ejecución misma del contrato pone en evidencia el efectivo cumplimiento de las condiciones y la conducta de las partes pone de presente inequívoca convalidación o ratificación que trae consigo el saneamiento de la nulidad.

En primer término, es necesario poner de presente como elemento indispensable para considerar en el presente análisis el efectivo y no cuestionado cumplimiento de las tres primeras condiciones pactadas en la cláusula quinta del contrato de promesa (A, B y C).

En efecto, (i) consta en el expediente la medición topográfica del inmueble, que vendría a determinar en definitiva el precio de la compraventa prometida (Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folios 91 a 92), el 7 de mayo de 2012, asunto explícitamente manifestado en la consideración No. 3 del otrosí No. 2 suscrito el 21 de noviembre de 2012. Así, en la fecha indicada se cumplió la condición incluida en el ordinal A) de la cláusula quinta del contrato de promesa. (ii) Está probado asimismo que se surtió el trámite de verificación de los promitentes vendedores bajo las normas SARLAFT. Este punto no ha tenido discusión

⁵⁷ Referencias jurisprudenciales tomadas de Bonivento Jiménez, Javier. El Contrato de Promesa. La Promesa de Compraventa de Bienes Inmuebles. Segunda edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1999. Pág. 164.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

ninguna y fue admitido por la promitente compradora en comunicación de febrero 1º de 2013, remitida por el señor Carlos Mantilla a los Convocantes, hecho por demás admitido como cierto en la contestación al hecho 66 de la demanda reformada. Con ello se tiene por cumplida la condición incluida en el ordinal B) de la cláusula quinta. (iii) La licencia ambiental del proyecto fue otorgada por la autoridad competente mediante las Resoluciones Nos. 1074 del 08 de junio de 2011⁵⁸ y 1883 del 21 de septiembre de 2011⁵⁹, con lo que se cumplió la condición prevista en el ordinal C) de la mencionada estipulación.

Insiste el Tribunal que el cumplimiento de estas tres condiciones no ha sido disputado en el presente trámite arbitral y, como quedó dicho, fue expresamente reconocido en la aludida comunicación de 1º de febrero de 2013, y admitido como cierto en la contestación a la demanda.

Cumplidas, como efectivamente lo están las tres condiciones aludidas, encuentra el Tribunal que la indeterminación con la que fueron estipuladas deja de tener relevancia. No puede ser lo mismo juzgar una condición indeterminada que aún está pendiente, que hacerlo respecto de una que, a pesar de haberse estipulado de esa manera, tuvo debido y efectivo cumplimiento según el querer de los contratantes. Así pues, frente a las tres condiciones aludidas no tendría sentido un estudio con el propósito de dilucidar su naturaleza determinada o indeterminada.

En efecto, en el caso de la medición topográfica del inmueble, la verificación bajo normas SARLAFT de los promitentes vendedores y la emisión de la licencia ambiental para el proyecto carbonífero, no resulta útil analizar si eran condiciones indeterminadas. Lo anterior, debido a que hoy, luego de que efectivamente ocurrieron estos tres hechos positivos, y que las partes involucradas reconocieron su acaecimiento, no hay lugar a preguntarse, respecto de ellas, si eran o no idóneas para fijar la época de celebración del contrato prometido. La respuesta a la anterior pregunta será necesariamente afirmativa, toda vez que al haberse verificado los hechos positivos A, B y C del contrato de promesa, se podría dar paso a la aplicación de los criterios pactados en la cláusula Sexta del mismo contrato.

Aunque las condiciones A, B y C se hayan pactado de manera indeterminada, en la medida en que al momento de su acuerdo no se acordó lapso o periodo temporal dentro del cual

⁵⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folios 46 a 188.

⁵⁹ Cuaderno de Pruebas No. 3- Folios 1 a 65.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

pudieran acaecer, lo cierto es que el comportamiento de las partes durante la vida del mismo contrato ha logrado superar toda incertidumbre a tal punto que hoy se puede afirmar sin lugar a dudas que están cumplidas. Y es que ante tal escenario, mal haría el Tribunal en desestimar el efectivo cumplimiento de las tres condiciones para, de manera ficticia y contraria al querer de las partes, retrotraer el tiempo para juzgar como indeterminadas las condiciones en mención y, en consecuencia, decretar oficiosamente la nulidad absoluta de todo el negocio jurídico, cerrando los ojos frente a la conducta desplegada por las partes creadoras del contrato que las vincula. Una decisión en ese sentido iría claramente en contravía del principio de conservación de los negocios jurídicos, el cual *"consiste en preferir un tratamiento para tales actos que conduzca a que estos produzcan el máximo de sus efectos, en vez de otro que los redujera a la ineficacia"*⁶⁰, o en palabras de Cariota, poder *"mantener en vigor lo más posible [la actividad negocial] con el objeto de la realización del fin práctico perseguido"*⁶¹.

En el caso que nos ocupa resulta claro que, más allá de la indeterminación inicial de las referidas condiciones, hoy en día las partes han verificado su efectiva ocurrencia de tal modo que puede afirmarse que está superada dicha falencia.

Sin perjuicio de lo anterior, encuentra adicionalmente el Tribunal que el comportamiento mismo de las partes bien puede ser tenido como ratificación o saneamiento tácito de la eventual nulidad que pudiese haber tenido la promesa. En efecto, el despliegue de las actividades necesarias para adelantar la agrimensura del inmueble, así como para la obtención de la correspondiente licencia ambiental y la verificación SARLAFT de los promitentes vendedores, permiten al Tribunal concluir sin asomo de duda, que las partes convalidaron la omisión incurrida en el contrato, en la medida en que esos comportamientos son inequívocos de ejecución voluntaria de los efectos pactados contractualmente, con lo que, a no dudarlo, se logró más que la determinación, el cumplimiento mismo de las condiciones. Así, frente al caso que se estudia, no solamente y por sustracción de materia no hace falta el escrutinio de las tres condiciones aludidas como determinadas o indeterminadas -porque ya se cumplieron- sino que aun bajo el entendimiento de que *ab initio* existió la omisión referida, tal omisión resultó saneada, por el comportamiento de las partes, produciéndose de esa manera una ratificación tácita, según lo dispone el artículo 1754 del Código Civil. A este respecto no sobra recordar que

⁶⁰ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Temis. 2016. Página 477.

⁶¹ Cariota Ferrara, Luigi. El Negocio Jurídico. Traducción y prólogo de Manuel Albaladejo. Aguilar. Madrid, 1956, pág. 326.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

las únicas nulidades no saneables por ratificación son las provenientes de objeto o causa ilícitos, (artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el 2º de la ley 50 de 1936), asunto que no ocurre en este caso.

Por lo anterior, y desde la perspectiva de las tres primeras condiciones pactadas en la cláusula quinta de la promesa, el Tribunal constata la validez del contrato sometido a su consideración.

5.2. Interpretación de la condición contenida en el literal D) de la cláusula quinta del contrato de promesa analizado

○ Análisis especial merece la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta, cuyos contenido, interpretación, alcance y acaecimiento se han sido discutido a profundidad en el presente proceso, aunque, a decir verdad, no desde la perspectiva de su determinación o indeterminación.

Esta condición será analizada de manera independiente a las demás que integran la referida cláusula quinta, puesto que de su contenido e interpretación dependerán en buena medida las conclusiones a las que deba arribar el Tribunal a efectos de decidir la presente controversia.

En el ordinal D) de la cláusula quinta las partes pactaron lo siguiente como condición necesaria para la celebración del contrato de compraventa prometido:

○ *"D) La adquisición total de los derechos reales de los predios necesarios para la ejecución del proyecto minero denominado Cañaverales y proyectado por la PROMITENTE COMPRADORA."*

Ni en el contrato de promesa, ni en sus otrosíes las partes acordaron o definieron cuáles eran los otros *"predios necesarios para la ejecución del proyecto minero"*, y tampoco la época en que estos debían ser adquiridos. Lo primero llevó a posiciones diametralmente opuestas. En efecto, los promitentes vendedores pretenden que se declare, con apoyo en que la estipulación es ambigua, que tal condición se encuentra cumplida ya que fueron adquiridos los inmuebles que a juicio de ellos eran los necesarios para realizar el proyecto minero. La Convocada, en su condición de cesionaria de los promitentes compradores, alega que tal condición positiva, pactada en una estipulación que juzga clara, no se ha

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

cumplido hasta la fecha pues los predios cuyos derechos reales es necesario adquirir no están limitados a los ya comprados.

Ahora bien, el asunto de la claridad o ambigüedad de la cláusula tiene directa relación, y así lo ha planteado la Convocante, con si los contenidos contractuales, en especial dicha condición, fueron o no extendidos o dictados por la promitente compradora. En este aspecto radica la génesis de las pretensiones de la demanda reformada, razón por la cual es indispensable despachar, antes que nada, este frente de la controversia.

Así las cosas el Tribunal procederá a determinar (i) si los contenidos contractuales o por lo menos la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta, fueron extendidos o dictados por la promitente compradora (pretensión primera principal y su subsidiaria), (ii) si la aludida condición es ambigua por falta de una explicación que debió dar la promitente compradora (pretensión segunda principal), por tanto, (iii) si corresponde o no la interpretación en contra de la promitente compradora y en favor de los promitentes vendedores (pretensión tercera principal), (iv) en caso afirmativo si la aludida condición se refiere a la adquisición de los derechos reales sobre los cuales se realizará el proyecto minero (*mining pit*) (pretensión cuarta principal) y (v) si, en consecuencia, está o no cumplida la referida condición desde la fecha en que se adquirieron los derechos reales sobre los demás inmuebles sobre los cuales se realizará el pozo minero (con excepción de La Esmeralda y el Predio) (pretensión quinta principal).

Dependiendo de la prosperidad o fracaso de los pedimentos acabados de recordar, corresponderá o no el análisis de los grupos de pretensiones subsidiarias y, claro está, el estudio y despacho de las pretensiones llamadas "declarativas comunes a todos los grupos de pretensiones anteriores" y de las de condena.

5.2.1 ¿Los contenidos del contrato de promesa y en especial la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta fueron extendidos o dictados por la Promitente Compradora?

Al evaluar las pruebas que constan en el expediente del proceso, encuentra el Tribunal probado que los contenidos del contrato de promesa fueron extendidos o dictados por la promitente compradora. En este sentido son relevantes los testimonios rendidos por el señor Manuel Barragán ex gerente jurídico de MPX y la señora Lina María Patiño ex gerente jurídica de CCX.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

El señor Barragán, al revisar el contrato objeto del presente proceso afirmó, en líneas generales, que reconoce su propio estilo de redacción en el texto y que, muy probablemente, algo así como el 98% del clausulado fue preparado por él; igualmente, manifestó que no recuerda que se haya presentado controversia alguna sobre la redacción de dicha cláusula. Y finalmente, al ser preguntado específicamente por el ordinal D) de la cláusula quinta, terminó reconociendo que ésta fue redactada por él con el concurso del que denominó equipo negociador de la promitente compradora [Cuaderno de Pruebas No. 5 – CD Folio 33, minutos: 10:50 a 11:38; 15:30 a 16:02; y 44:57 a 45:47.].

Está probado que no sólo el contrato original, sino que también sus otrosíes fueron redactados por los abogados de la entonces promitente compradora. La doctora Lina Patiño, gerente jurídica de CCX, así lo ratificó en su testimonio del 14 de febrero de 2019 [Cuaderno de Pruebas No. 5 – CD Folio 48, minutos: 35:49 a 36:13.]

A partir de estos testimonios es viable concluir que, la promitente compradora, a través de su equipo jurídico, concibió, diseñó y redactó, es decir extendió⁶² el contenido del contrato de promesa que luego fue presentado a los promitentes vendedores.

Sobre el punto corresponde precisar que aunque la concepción de “extender” o “dictar” cláusulas usualmente se refiere a los contratos que integralmente se celebran por adhesión a contenidos predispuestos, no puede descartarse que ese fenómeno se presente en contratos en los que las partes discutan con mayor o menor extensión algunos contenidos negociales.

“... aunque en la práctica la posición dominante contractual que ostenta una de las partes suele traducirse en la predisposición de todos los contenidos negociales, ello no tiene necesariamente que ser así. Dicho con otras palabras, un contrato puede contener algunas cláusulas extendidas o dictadas por una de las partes y otras fruto de la negociación y libre discusión entre ellas. Aunque tal circunstancia no sea quizá la regla general, desde la perspectiva estrictamente jurídica pueden identificarse eventos de contratos que portan solo parcialmente contenidos predispuestos. No es

⁶² Extender, como verbo transitivo, significa según el Diccionario de la Real Academia Española, “poner por escrito y en la forma acostumbrada una escritura, un auto, un despacho etc.” y como verbo pronominal, “hacer por escrito o de palabra la narración o explicación de algo, dilatada y copiosamente”.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

necesario, para que se produzcan las aludidas consecuencias desfavorables al predisponente, que el contrato en su integridad haya sido extendido o dictado por aquel. Pero en tales eventos, como es apenas lógico, la interpretación contraria al predisponente y la configuración de posible abuso, se circunscribirán a los contenidos efectivamente extendidos o dictados por una de las partes y no podrán alcanzar a los restantes.

"La afirmación anterior encuentra soporte de derecho positivo en el precitado artículo 1624 del Código Civil, norma cuyo supuesto fáctico son "las cláusulas [y no los contratos] que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes". Es claro el legislador, al referirse a "cláusulas" "extendidas o dictadas", que pueden ser estas estipulaciones individualmente consideradas y no necesariamente todas ellas. El efecto interpretativo que en dicha norma se establece, parte del supuesto de la existencia de cláusulas (individualmente consideradas) extendidas o dictadas por una de las partes, aspecto no necesariamente coincidente con que el negocio, en su integridad, haya sido predispuesto por uno de los contratantes.

"Sobre esta base legal es posible afirmar entonces, que un contrato puede celebrarse por adhesión parcial a contenidos predispuestos.

"Y es que, de no ser así, bastaría con que el predisponente admitiera la discusión de ciertas cláusulas de importancia menor en el contrato, para alegar que en su celebración hubo discusión o negociación y con ese pretexto excusarse tanto de la carga de explicar los contenidos por él predispuestos y de soportar las interpretaciones que en su contra se pudieran generar, como de afrontar la ineficacia de las cláusulas abusivas."⁶³

Examinada la cláusula que se debate y con base en los aludidos testimonios, no tiene duda el Tribunal que la cláusula quinta del contrato de promesa y en particular su ordinal D) fue extendida o dictada por la promitente compradora. Su contenido no deja duda de ser una estipulación pensada en su interés, lo cual, aunque por supuesto no es de suyo reprochable, exigía, como se verá, una especial explicación a efectos de evitar ambigüedades.

⁶³ Laudo arbitral Cámara de Comercio de Bogotá. AUTONAL vs SOFASA. Abril 25 de 2007.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

La predisposición o extensión de cláusulas no descarta la participación de otros actores diferentes al proponente del contenido; tal y como lo afirmó el mismo ex gerente jurídico de la promitente compradora, al afirmar que la minuta del contrato seguramente fue revisada por los promitentes compradores. En este sentido el Tribunal insiste en que los contratos cuyas cláusulas sean extendidas o dictadas por una de las partes no pueden ser equiparados necesariamente a los contratos por adhesión o de condiciones generales predispuestas. Además, un contrato cuyo contenido es extendido o dictado por una de las partes, tal y como lo afirma la convocante en sus alegatos de conclusión, perfectamente puede ser un contrato negociado caso a caso, como ocurrió en la promesa de compraventa objeto del presente proceso y no necesariamente ser de aquellos que se celebran bajo condiciones generales.

La aceptación de una de las partes a contenidos extendidos o dictados por la otra no hace desaparecer la circunstancia del diseño unilateral de la cláusula. Es decir, el solo hecho de aceptar una cláusula preparada por la otra parte, no descarta los efectos propios de que esa cláusula haya sido extendida o dictada por su autor, en especial si consulta el interés de quien la ha confeccionado. Por tanto, no obstante esa aceptación, permanecen incólumes las consecuencias legales si hay ambigüedad en dichos contenidos. El asunto de la ambigüedad en este caso será abordado en el punto siguiente.

Además, en el caso particular, el hecho de que los promitentes vendedores tuviesen la capacidad de negociar el precio por hectárea que se fijaría en el contrato, no desvirtúa lo que está probado sobre la extensión y dictado del contenido contractual por parte de la promitente compradora.

En suma, la Convocada no logró controvertir la afirmación de la Convocante en el sentido de que la precitada condición D de la cláusula quinta, fue extendida y dictada por la primera, y así lo declarará el Tribunal.

Ahora bien, existe prueba en el expediente de que algunas estipulaciones de la promesa fueron ajustadas por iniciativa de los promitentes vendedores. Es el caso de la cláusula de precio cuyo valor final fue negociado y determinado conjuntamente por las partes, y la relativa a la entrega material del inmueble objeto del contrato, que se modificó por solicitud de aquellos tal y como se reconoce en el hecho 37 de la demanda. Por tanto, el Tribunal no accederá a la primera pretensión declarativa principal pero sí a su subsidiaria

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

que busca que se declare que la cláusula quinta del contrato de promesa fue extendida y dictada por la promitente compradora.

5.2.2 ¿Es ambigua la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta del contrato de promesa? ¿En caso afirmativo, cuál es el origen de la ambigüedad?

5.2.2.1 Ambigüedad de la condición D) de la cláusula quinta.

Para comenzar, no sobra recordar el contenido de esta condición:

"D) La adquisición total de los derechos reales de los predios necesarios para la ejecución del proyecto minero denominado Cañaverales y proyectado por la PROMITENTE COMPRADORA."

En el presente proceso el debate ha girado fundamentalmente en relación con la expresión *"predios necesarios para la ejecución del proyecto minero denominado Cañaverales y proyectado por la PROMITENTE COMPRADORA"*, y concretamente a qué predios se refiere la condición.

Para los Convocantes, los predios a los que se refiere la condición D) de la cláusula quinta no son otros que aquellos sobre los cuales se realizará el pozo minero (*mining pit*), es decir los inmuebles conocidos como Villa Tere y Villa Tere II, interpretación que el Tribunal encuentra razonable, dadas las especificidades del caso, en especial por las circunstancias que más adelante se señalarán respecto de las calidades de los promitentes vendedores como no conocedores del negocio de la minería, y que además coincide con la que tenía y tiene quien fuera el asesor jurídico de la promitente compradora, doctor Manuel Barragán, quien al ser interrogado sobre este particular dijo que: *"Cuando yo hablo el tema, digamos que la interpretación que yo tengo como abogado, doctor Arrubla, de ese literal o de esa condición (...), me refiero, creo haberme referido siempre, es la percepción que yo siempre tuve como gerente jurídico de la empresa, que cuando hablábamos de los derechos reales para el proyecto minero Cañaverales era una y exclusivamente para el proyecto minero de extracción a cielo abierto, no tenía nada que ver con los terrenos que se debían adquirir vía compraventa o vía servidumbre para el corredor férreo, pues lógicamente el área de las fincas Tauramena ya habían sido adquiridas, ya teníamos de alguna forma totalmente cubierto esa parte importante del proyecto minero integrado"*.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

*"Pero la interpretación que yo le doy a la cláusula es que una cosa era el proyecto minero integrado y otra cosa era el proyecto minero a cielo abierto... pero respondiendo su pregunta doctor Arrubla, mi percepción es que esa adquisición se delimitaba una y exclusivamente al área de la Esmeralda y al área de las fincas vecinas, que garantizaban que el proyecto a cielo abierto en Cañaverales pudiera ser viable."*⁶⁴

Encuentra el Tribunal, entonces, que la postura interpretativa de los Convocantes tiene asidero, es admisible, no contraría la lógica y, como se dijo, coincide con la que atribuyó el propio asesor jurídico de la promitente compradora.

Por su parte la Convocada entiende que la cláusula se refiere no solamente a los predios indicados por los Convocantes, sino a varios más.

En sus alegatos de conclusión, la Convocada expuso que:

"En ese mismo sentido, la Resolución No. 1074 de 8 de junio de 2011, por la cual se concedió la licencia ambiental global al proyecto, incluye la descripción del mismo.

"DESCRIPCION DEL PROYECTO: OBJETIVO El proyecto Cañaverales tiene como objetivo el aprovechamiento del recurso carbonífero de la zona amparada con los títulos mineros GDI-081, GDI-082, GDM-121, GDM-12531X y GDM-12532X, en un área total de 4.865 ha, de las cuales 1.818,29 ha forman parte del presente trámite de licenciamiento ambiental mientras que las restantes 3.046,70 ha continuarán en exploración para una fase de minería subterránea. Este carbón está dirigido a cubrir la demanda de carbón de las plantas térmicas del Grupo EBX que generarán energía para Brasil en los próximos quince años.

"LOCALIZACION El proyecto Cañaverales se localiza en la zona nororiental de Colombia, al sur del departamento de La Guajira, en jurisdicción de los municipios de Distracción, Fonseca y San Juan del Cesar. Específicamente el área de excavación o tajo, el botadero y el resto de la infraestructura minera se localizan en jurisdicción de los corregimientos Conejo del municipio de Fonseca y Cañaverales del municipio de San Juan del Cesar. [...]

"Plan Minero de Explotación

⁶⁴[Cuaderno de Pruebas No. 5 – CD Folio 33, minutos: 36:06 a 38:54.]

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

"Sistema de Explotación. El método de extracción será a cielo abierto con un sistema de explotación pala - camión. El estéril será llevado tanto a los botaderos de superficie como a retrolleado. La profundidad máxima de explotación será de 140 mbnm y el avance de la explotación será Suroccidente-Nororiente y el arranque Suroriente-Noroccidente.[...]"

Descripción y Localización de Instalaciones Mineras – Aspectos de Montaje

"Instalaciones y adecuaciones

"Campamentos

"Talleres

"Lavadero de equipo pesado

"Estación de servicio Patio para ensamble de equipos

"Cambiaderos

"Base militar

"Polvorín

"Localización y sistemas de manejo de residuos sólidos y líquidos Almacenamiento de combustible

"Sistemas de cargue, descargue y transporte de combustible

"En el plano P-2098-MPX-DP-030 de la información complementaria se presenta la ubicación de toda la infraestructura con que contará el proyecto esto es: áreas de tajo, de botadero, de retrolleado, mantenimiento, área administrativa, de beneficio del carbón, áreas auxiliares de minería (vías), etc." (Resaltado nuestro)

"Es evidente, atiende al sentido común y a la sana crítica, que el concepto de los predios necesarios para un proyecto minero no puede limitarse exclusivamente a los necesarios para el pozo minero, como pretenden los Convocantes que el Tribunal interprete el literal D) de la cláusula QUINTA del Contrato de Promesa.

"Como fue declarado por el testigo Osca (sic) Saavedra, y como da cuenta la licencia ambiental del proyecto. Un proyecto minero necesita muchas áreas adicionales a las del tajo tales como el botadero y el área de infraestructura, (campamentos, talleres, lavadero de equipo pesado, estación de servicio patio para ensamble de equipos, cambiaderos, base militar, polvorín, sistemas de manejo de residuos sólidos y líquidos, almacenamiento de combustible sistemas de cargue, descargue y transporte de combustible).

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

"Con lo descrito por el testigo Oscar Saavedra se entiende claramente que un proyecto minero no puede ejecutarse sin contar con áreas adicionales al pozo minero, como son el área de botaderos y el área de infraestructura."
(subrayado fuera del texto original)

Las dos posturas muestran criterios interpretativos ciertamente diversos lo que, de suyo, pone en evidencia la ambigüedad.

¿A qué predios se refería la tantas veces citada condición D) de la cláusula quinta? La estipulación no lo precisó y es evidente que las partes entendieron cosas distintas. Aun hoy, la convocada no ha individualizado o especificado los predios cuyos derechos reales considera necesario adquirir para el desarrollo del proyecto.

Bajo la interpretación de los Convocantes, la condición analizada está cumplida, con todos los efectos que de ello se desprenden, puesto que los predios sobre los cuales se desarrollará el pozo minero están ya adquiridos. Para la Convocada la condición está pendiente en la medida en que para ella se requieren, además de los inmuebles ya adquiridos, otros -que sin embargo no especifica- porque, afirma "se entiende claramente que un proyecto minero no puede ejecutarse sin contar con áreas adicionales al pozo minero, como son el área de botaderos y el área de infraestructura."

¿Área de botaderos? ¿Área de infraestructura? ¿Qué son? ¿Dónde se ubican? ¿Es necesario adquirir derechos reales para su utilización? ¿En caso afirmativo cuáles? ¿Sobre cuáles predios?

Estas y varias otras preguntas análogas cabría hacerse de cara a la condición estudiada. Las respuestas no fluyen de la cláusula misma, por lo que serán unas u otras dependiendo del enfoque, criterio e intereses de cada uno de los extremos del contrato.

En concepto del Tribunal en el proceso ha quedado demostrado que los promitentes vendedores nunca recibieron de la promitente compradora información específica sobre los inmuebles, calificados como necesarios, y que integran el proyecto minero Cañaverales.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Que el contenido de la cláusula quinta se haya modificado en su etapa de negociación, para cambiar la frase "*los predios del proyecto*" por "*los predios del proyecto minero denominado Cañaverales*", contrario a la afirmación que hace la Convocada en sus alegatos de conclusión, no supone un conocimiento específico de los promitentes vendedores sobre los inmuebles que la promitente compradora debía adquirir con el propósito de cumplir la condición a la que está sujeta la suscripción del contrato de compraventa.

La ambigüedad del literal D de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa se manifiesta en dos elementos, en la medida en que se somete la suscripción del contrato compraventa a la adquisición **(i)** "*total de los derechos reales*" sobre los **(ii)** "*predios necesarios para la ejecución del proyecto minero denominado Cañaverales*"; sin que se encuentre referencia alguna a qué derechos reales deben ser adquiridos por la promitente compradora (servidumbres, dominio, usufructo, etc.), o en qué consiste *la necesidad* de los inmuebles para el proyecto (mina a cielo abierto, pozo minero, talleres, campamento, ferrocarril, etc.) y, sobre todo, sin especificar los inmuebles o predios.

La condición D) de la cláusula quinta por tanto admitiría no pocas interpretaciones respecto de los derechos reales que deberían adquirirse y de los predios necesarios para la ejecución del proyecto minero.

Para el Tribunal no existe duda de que se está en presencia de una estipulación a todas luces ambigua y susceptible de entenderse de varias formas. Insiste el Tribunal en que basta el cotejo de posturas para concluir el carácter anfibológico y dudoso de la misma, que da origen a una indefinición que no consulta el natural desenvolvimiento de las relaciones contractuales, las cuales crean obligaciones con el objeto de que se cumplan y de que las partes puedan adecuar su conducta y sus expectativas razonables en función de dicho cumplimiento.

No comparte el Tribunal el argumento esgrimido por la Convocada tanto en la contestación a la demanda como en sus alegaciones finales, según el cual el hecho de haber solicitado los promitentes vendedores a la promitente compradora, mediante comunicación de 14 de enero de 2013, la modificación de la condición D) de la cláusula quinta para convenir una fecha específica para el otorgamiento de la escritura pública, es prueba de la claridad de la estipulación en la medida en que en dicha comunicación se

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

esgrimieron argumentos de tipo tributario y no de "*ambigüedad o mal entendimiento de la cláusula*".

Para el Tribunal la referida comunicación, por el contrario, pone de presente el afán de los promitentes vendedores de poner de alguna manera fin a la indefinición del momento en que se debía otorgar la escritura pública de la venta, tema que ha sido siempre punto de discordia. El hecho de aducir inconvenientes de tipo tributario, por razón de esa indefinición, no significa ni por asomo que hayan tenido claridad sobre cuáles eran los predios necesarios para adelantar el proyecto, diferentes a los conocidos como Villa Tere I y Villa Tere II. Es decir, esa solicitud de modificación, lejos de mostrar claridad en la cláusula debatida, abona la idea de que las partes estaban entendiendo cosas muy distintas, es decir que la cláusula había resultado ambigua.

En fin, el Tribunal considera que se está efectivamente en presencia de una cláusula ambigua, lo que no resultó controvertido con éxito por la Convocada. En efecto, no puede concluirse, como lo ha pretendido este extremo procesal, que la estipulación es clara por la multiplicidad de referencias en el contrato a la necesidad de que se cumplieran todas y cada una de las condiciones pactadas en la cláusula quinta para que se otorgara la escritura pública de venta, o por el conocimiento que tenían los promitentes vendedores de que para el desarrollo del proyecto hacían falta inmuebles adicionales a La Esmeralda, o porque fueran conscientes de las dificultades que podría tener la extracción del carbón.

5.2.2.2 Causa u origen de la ambigüedad

Los Convocantes han planteado su segunda pretensión declarativa principal así:

"Que se declare que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 es ambigua debido a una falta de explicación que ha debido darse por la Promitente Compradora."

La ambigüedad que pretenden demostrar los convocantes es planteada por su apoderado como el "*efecto directo de la ausencia de información que ha debido proporcionar la Promitente Compradora, lo cual nunca hizo, ni antes ni durante la ejecución contractual.*"

En la contestación de la demanda, la Convocada, negando la ambigüedad de la precitada condición D, afirmó que "*es claro que [las promitentes vendedoras] sí conocían el alcance*

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

del proyecto y la pluralidad de derechos reales que debía adquirir la promitente compradora para el desarrollo del proyecto”; adicionalmente sostuvo en sus alegatos de conclusión que “resultó probado que la información relativa a los predios necesarios para el desarrollo del proyecto minero Cañaverales siempre ha sido pública, pues la misma depende de las licencias ambientales, que son documentos públicos y que fueron conocidos por los Convocantes al punto de que fueron ellos quienes los aportaron al proceso.

Dijo también en esa oportunidad: *“Adicionalmente, resultó probado que si es cierto que los Convocantes no estuvieron informados es porque no cumplieron con su carga de auto informarse sobre los supuestos de hecho de las condiciones que aceptaron al momento de suscribir el Contrato”.*

Con base en la demanda cabe afirmar que, al paso que los Convocantes se duelen de falta de información y de claridad (falta de explicación), lo que a su juicio provocó la ambigüedad, la Convocada sostiene, por un lado, que la información relativa a los predios que debían adquirirse podía ser obtenida con la licencia ambiental, y por otra, que si ello no ocurrió fue por inobservar la carga de “auto informarse”. Sobre estas bases combate, no solamente el carácter de ambigua de la cláusula sino el enjuiciamiento de su conducta como generadora de la ambigüedad.

Para decidir el punto el Tribunal dejará consignadas unas breves consideraciones sobre los deberes secundarios de conducta, y dentro de ellos el de información, por un lado y por otro las denominadas cargas de la autonomía, particularmente de claridad, que son las categorías envueltas en este frente de la controversia.

Los deberes secundarios, complementarios o conexos, *stricto sensu*, a pesar de no constituir obligaciones propiamente dichas comoquiera que no tienen estructura formal de tales, constituyen a no dudarlo reglas de conducta que deben ser atendidas, por lo que su incumplimiento trae consigo un efecto resarcitorio, es decir de responsabilidad civil.

Tales deberes surgen al lado de las obligaciones centrales y primarias, por virtud del principio de celebración y ejecución de buena fe de los contratos.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Dentro de la literatura que existe sobre deberes secundarios, resultan para el Tribunal diáfanas las palabras de Solarte Rodríguez:

"Dentro de este contexto, el carácter orgánico de la relación también se manifiesta en que al lado de las relaciones obligacionales en sentido estricto, existen otros deberes jurídicos, que se denominan "deberes secundarios de conducta", "deberes colaterales", "deberes complementarios" o "deberes contiguos", tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe." ⁶⁵

La jurisprudencia ha venido reconociendo esta categoría:

*"De aquel planteamiento simple y preciso de los juristas clásicos que señalaba que los contratos son fuente de obligaciones que consisten en dar, hacer o no hacer alguna cosa, se ha evolucionado a una concepción más amplia, de general aceptación en el derecho contemporáneo, según la cual de los actos o negocios jurídicos dispositivos se originan para quienes en ellos intervienen, por una parte, los deberes de prestación, deberes primarios u obligaciones nucleares, que corresponden a los compromisos medulares o esenciales que el deudor asume para con el acreedor atendiendo lo expresamente pactado o lo que el ordenamiento consagre para el respectivo tipo contractual, y, por otra, los denominados **deberes secundarios**, accesorios o colaterales de conducta, que se integran al contenido contractual por virtud de la buena fe objetiva (C.C., art. 1603 y C. Co., art. 871), con el fin de que, con fundamento en criterios de corrección, honestidad y probidad, el deudor, a pesar de no haberlo pactado expresamente, realice lo que sea indispensable para la satisfacción y protección del interés del acreedor (v. gr. deberes de reserva, seguridad, información, lealtad, consejo o coherencia, entre los más relevantes), todo esto, claro está, sin perjuicio de las cargas, gravámenes o de otras relaciones jurídicas pasivas que, dependiendo del negocio de que se trate, puedan igualmente generarse para las partes." ⁶⁶*

Y específicamente, en relación con el deber de información, se afirma:

⁶⁵ Solarte Rodríguez, Arturo. La Buena Fe Contractual y los Deberes Secundarios de Conducta. Universitas, 53(108). 2004, Págs. 307 a 308.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación Civil 2005-00025 de noviembre 5 de 2013.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

"Es claro que si de las dos partes involucradas en un determinado contrato, una es conocedora de una ciencia u oficio, o de los pormenores de un mercado, y la otra carece de conocimientos en los campos citados, surgirá por virtud de la buena fe un deber en cabeza del sujeto informado de suministrar a su contraparte información objetiva, clara, oportuna y veraz, con el fin de que ésta disponga de elementos de juicio suficientes para poder adoptar decisiones. El deber de información tiene, por regla general, una manifestación positiva, entendida como ha quedado enunciada, pero también presenta una expresión negativa, consistente en el deber jurídico de abstenerse de engañar o de inducir en error al otro contratante. Se considera que quien tiene la información debe tomar la iniciativa para efectos de suministrarla a la otra parte de la relación e, incluso, debe indagar sus necesidades y su estado de conocimiento sobre el tema materia del respectivo contrato.

"El deber de información tiene una gran importancia en la etapa precontractual, toda vez que es allí cuando los contratantes están recopilando los elementos de juicio suficientes para emitir su declaración de voluntad. Para el efecto, resulta indispensable la cooperación entre los contratantes en un contexto de corrección y lealtad."⁶⁷

El deber de información, como los demás, se incorpora como exigencia de comportamiento a las fases precontractual, contractual y poscontractual en virtud del principio de buena fe, de conformidad con lo establecido en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. Enfatiza el Tribunal que el último de los citados, aplicable al caso *sub examine*, es explícito en decir que los "contratos deberán **celebrarse y ejecutarse** de buena fe".

Por su parte, las cargas constituyen comportamientos cuya observancia se endereza a la obtención eficaz de determinados fines prácticos que interesan al agente, pero cuya desatención no trae consigo, *per se*, hecho dañoso a un tercero que reclame la correspondiente indemnización. La inobservancia de las cargas, dice Hinestrosa, "...o sea el no realizar el o los actos necesarios del caso, expone al sujeto a verse en condiciones adversas, al no poder disfrutar de la protección del derecho o no poder oponer el suyo a otras personas o a ser calificado adversamente".⁶⁸

⁶⁷ Solarte Rodríguez, Arturo, Ob Cit.

⁶⁸ Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones II. Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico. Volumen I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pág. 382.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Junto con el paradigmático caso de la *carga* de la prueba, son claro ejemplo de esta categoría las *cargas de la autonomía privada* respecto de las cuales la doctrina suele mencionar las de legalidad, claridad, sagacidad y conocimiento.

Sobre las cargas de la autonomía, Cancino Restrepo enseñó que ellas, en general, "*versan sobre la necesidad de satisfacer exigencias de índole positiva que incumben a quien, aspirando a determinado resultado práctico, tiene interés en obtener la eficacia del negocio que debe realizar para alcanzarlo*" y que por virtud de la de **claridad** "*debe el agente fijar la manera inequívoca y fácilmente reconocible al valor vinculante del negocio que pretende concluir, a fin de evitarse un daño a sí mismo o al destinatario*"⁶⁹.

O en palabras de Hinestrosa,

"Y en todos los casos se recomienda la mayor claridad, en los términos, la mayor precisión y plenitud.

*"Quien celebra un negocio debe tener presente que su criatura escapa al dominio suyo en cuanto esté completa, se le sale de las manos: en cuanto desconocida por otro u otros es ya del dominio de estos, y será objeto de interpretación y de calificación por ellos; en dicha razón ha de cuidar que su inteligencia sea lo más próxima posible a la suya y que el sentido que quiso imprimirle a su conducta sea aquel en que los demás lo pueden o deben tomar."*⁷⁰

La pregunta desde el frente de la "información" necesaria para la cabal declaración de voluntad es simple: ¿Debía la promitente compradora informar acerca del alcance de la condición que ella misma redactó, en el sentido de indicar a qué predios o al menos a qué tipo de predios se refería, a efectos de la adquisición de derechos reales, o eran los promitentes vendedores los que debían, una vez conocida la propuesta de cláusula, desplegar los estudios y análisis necesarios para conocer a qué predios se refería la misma?

⁶⁹ Cancino Restrepo, Fernando. Estudios de Derecho Privado. Editorial Temis. Bogotá 1979, págs., 47 y ss.

⁷⁰ Hinestrosa, Fernando. Ob. Cit, pág. 391.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Para el Tribunal la respuesta demanda la indagación acerca de las condiciones de los contratantes, su formación, sus conocimientos profesionales o en determinado oficio, su experiencia y en general sus competencias en áreas específicas.

En el caso presente fluye que la promitente compradora era una compañía multinacional dedicada a la "*exploración, explotación, transporte y comercialización de carbón y cualquier otro tipo de minerales*"⁷¹, entre otros, que iría a desarrollar el Proyecto Minero Cañaverales.

Para el Tribunal es claro que el conocimiento de los pormenores del frente técnico del negocio, en lo tocante al proyecto minero, sus especificaciones y requerimientos los tenía la promitente compradora. No está demostrado que los promitentes vendedores sean expertos en o conocedores de proyectos de minería o afines. En ese sentido, encuentra el Tribunal que lo relativo a la cantidad y determinación de los predios necesarios para el desarrollo del proyecto minero Cañaverales no tenía que ser del conocimiento de los Convocantes.

Aunque la Convocada afirma que la información de los predios necesarios para el proyecto minero Cañaverales podía conocerse con base en la licencia ambiental, en esta se hace referencia a coordenadas, no a predios específicos; y, lo cierto es que tal licencia se obtuvo con posterioridad a la celebración del contrato de promesa, lo cual confirma que antes de dicha celebración los promitentes vendedores no podían acceder a ese texto. Para el Tribunal la Convocada no pudo demostrar haber transmitido o haber puesto a disposición tal información a la acá Convocante. La Convocada centró todos sus esfuerzos probatorios en demostrar que dicho proyecto minero está integrado por una pluralidad de inmuebles, que, valga la insistencia, sigue sin especificar; sin embargo, como ya se ha expuesto, tal situación no le otorga certeza a la cláusula analizada.

Para el Tribunal es claro que la promitente compradora, no solamente como compañía experta y dedicada a las actividades mineras, sino muy especialmente como parte que, según quedó explicado, extendió o dictó la cláusula quinta, incluida la condición D), tenía el deber de brindar toda la información necesaria para ilustrar a los prometientes vendedores sobre el contenido y alcance de la condición que se viene estudiando.

⁷¹ Cuaderno Principal No. 1 – Folio 61.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Y no se trataba de un asunto de poca monta. No. Era una de las cuatro condiciones que resultaban indispensables a efectos de celebrar el contrato prometido. Así pues, se estaba en presencia de un aspecto neurálgico que exigía la mayor de las precisiones.

No comparte el Tribunal la línea de defensa que ha esgrimido la Convocada en el sentido de decir que eran los promitentes vendedores quienes tenían la carga de auto informarse, como si eso, además, eliminara el precitado deber que sobre aquella pesaba. Tal idea, quizás, podría considerarse si ellos hubiesen sido personas conocedoras del negocio minero, especialmente en materia de carbón.

El hecho de ser los Convocantes "*empresarios con amplia trayectoria en el mundo de los negocios*", y que estuviesen "*en capacidad de entender las características de un contrato como el proyecto minero Cañaverales*", para emplear las expresiones de la Convocada en sus alegaciones finales, y que hayan tenido asesoría jurídica, ni les impone la carga de auto información en materia que les es desconocida, ni releva a la parte conocedora del negocio de suministrar la información completa y clara necesaria para que el contenido negocial discutido fuera conocido en toda su magnitud.

Para la Convocada, la promitente vendedora confunde erróneamente los bienes que resultan necesarios para el "pozo minero" con aquellos necesarios para el "proyecto minero", conceptos que son calificados en sus alegatos de conclusión como "no equivalentes". Una explicación en tal sentido es la que se extraña en el contrato de promesa para concretar aquellos aspectos que generan ambigüedad en la interpretación de la cláusula quinta. Son precisamente estas carencias explicativas las que llevan a identificar la ambigüedad de la condición D, de forma que, contrario al decir de la Convocada, no estamos ante un caso en el que las partes hayan plasmado su voluntad en cláusulas claras y precisas.

Ahora bien, la circunstancia de que en buena medida la defensa de la Convocada se afinque en que los prometientes vendedores omitieron la carga de auto informarse, es el reconocimiento de que no hubo de su parte la información alrededor de cuáles inmuebles debían ser objeto de adquisición.

Muy relacionado, aunque no del todo coincidente, surge el ya aludido asunto reconocido por la doctrina nacional y extranjera, de las cargas de la autonomía privada, y

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

especialmente en este caso de la carga de claridad. Ya se señalaron citas doctrinales elocuentes en esta materia.

Los agentes en un negocio jurídico y muy particularmente aquellos que extienden o redactan contenidos negociales, tienen la carga de ser diáfanos, precisos, nítidos en las correspondientes cláusulas con el objeto, precisamente, de evitar ambigüedades, confusiones y anfibologías.

En el caso que se analiza, la verificada ausencia de información sobre los pormenores del negocio en cuanto se refiere a la condición contenida en el ordinal D de la cláusula quinta, constituyó, a la vez, falta de explicación por parte de la promitente compradora sobre los predios que era necesario adquirir para adelantar el proyecto minero Cañaverales. Lo uno era inseparable de lo otro. No informar, llevó de suyo a no explicar. Y para el Tribunal fue esa falta de explicación (artículo 1624 del C.C) y de información la generadora de la ambigüedad de la estipulación.

Tampoco es aceptable la línea argumentativa empleada por la Convocada para afirmar que la inacción o el silencio de la promitente vendedora respecto de la ambigüedad de la cláusula demuestra claridad de la condición pactada en la promesa. Para el Tribunal, el análisis correcto no gira en torno a que la promitente vendedora no haya buscado la información sobre cuáles eran los predios necesarios para el proyecto minero de la promitente compradora, sino la falta al deber de información y a la carga de claridad que esta última tiene respecto de la primera debido al especial conocimiento que tenía sobre su propio proyecto minero.

Ante la ambigüedad de la cláusula y las faltas al deber de información y a la carga de claridad de parte de la promitente compradora, no puede calificarse como ir contra los propios actos de la promitente vendedora, como lo afirma la Convocada, el hecho de no haber pretendido la resolución de la promesa previamente, ni el hecho de haber guardado silencio sobre un supuesto indebido entendimiento del alcance de la condición D de la cláusula quinta. Para el Tribunal, la Convocada plantea una errónea concepción de la teoría de los actos propios en cuanto para que ella tenga aplicación es necesario, entre otros, como lo reconoce la doctrina, que las conductas y comportamientos contra los cuales no es dable ir, sean inequívocos, circunstancia ajena a esta controversia.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Para mayor claridad conviene citar algunas líneas de autorizada doctrina. Marcelo J. López Mesa y Carlos Rogel Vide, señalan como uno de los presupuestos para la aplicación de la llamada doctrina o teoría de los actos propios que *"los actos expresivos de la voluntad del supuesto sujeto voluble deben ser **inequívocos** respecto de su alcance y de la intención de crear o modificar un derecho"*. Y complementan lo anterior asegurando que *"[p]ara la aplicación de esta doctrina no alcanzan las conjeturas sobre posibles significaciones de un acto; el alcance del acto que luego pretende deshacer o contratar debe ser inequívoco"*.⁷² (resalta el Tribunal)

En la doctrina nacional lo explica claramente Jaramillo Jaramillo: *"Acorde con lo señalado en precedencia también se tiene establecido que la referida conducta o actuación, indefectiblemente debe **inequívoca**, o sea desprovista de variadas lecturas o interpretaciones, en cuyo caso reinaría la hesitación y la socavante duda. Por eso la equivocidad, no es bienvenida en esta materia, (...)"*.⁷³

Para el Tribunal ni la ausencia de pretensión resolutoria del contrato ni el silencio en torno a lo que hoy considera ambigüedad, pueden catalogarse de comportamientos inequívocos de entender como clara la cláusula que se comenta. Son conductas pasivas, pero en ningún caso inequívocas en ese sentido.

Por las razones advertidas, el Tribunal despachará favorablemente la Segunda Pretensión Declarativa Principal, en el sentido de que el ordinal D de la cláusula quinta del Contrato de Promesa es ambiguo debido a una falta de explicación que ha debido darse por la promitente compradora, y desestimaré la excepción sexta denominada "LA CONDICIÓN PACTADA EN EL LITERAL D) DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE PROMESA NO ES AMBIGUA".

5.2.3 Interpretación objetiva de las cláusulas ambiguas. Interpretación contra el contratante que extendió o dictó la cláusula

En la medida en que la convocante solicita la aplicación del artículo 1624 del Código Civil para interpretar el ordinal D de la cláusula quinta, y que dicho criterio interpretativo es

⁷² López Mesa, Marcelo & Rogel Vide, Carlos. La Doctrina de los Actos Propios. Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Reus y Editorial B de F. Montevideo – Buenos Aires. 2005. Página 111.

⁷³ Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. La Doctrina de los Actos Propios. Significado y Proyección de la Regla *Venire Contra Factum Proprium* en el Ámbito Contractual. Primera Edición. La Ley. Madrid. 2014. Página 332.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

subsidiario de aquellos consagrados en los artículos 1618 a 1623, sea lo primero aclarar que para el Tribunal la interpretación sistemática de la cláusula que argumenta la Convocada no lleva, a juicio del Tribunal, a concluir con certeza sobre la común intención de los contratantes respecto de cuáles eran los predios necesarios para el Proyecto Cañaverales, razón por la cual procede la aplicación residual del artículo 1624.

La Convocada ha sostenido que, aunque se concluyese la ambigüedad de la cláusula, debe preferirse la interpretación del artículo 1622.

Este extremo procesal, en relación con la interpretación sistemática del contrato, dijo:

"Entonces, la interpretación sistemática de la cláusula QUINTA del contrato permite entender que los "predios necesarios para el proyecto minero denominado Cañaverál" de que trata el literal D de dicha cláusula serían los definidos en la licencia ambiental del proyecto. Que como expuse anteriormente incluye varias zonas adicionales a las requeridas para el pozo minero."

Para el Tribunal no es posible concluir, con base en la condición D) de la cláusula quinta, interpretada sistemáticamente con otros pasajes del contrato de promesa, que sea claro que los predios que debían adquirirse hubieran sido mencionados como tales en la licencia ambiental.

De conformidad con la ley, cuando una cláusula es ambigua y la ambigüedad proviene de la falta de explicación que ha debido darse por quien la extendió o dictó, se impone una interpretación contra esta.

El artículo 1624 del Código Civil que establece lo siguiente:

"No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor."

"Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella."

Sobre esta disposición legal conviene precisar, de acuerdo con autorizada doctrina que:

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

"No es difícil colegir, empero, que esta singular regla, a su manera, introduce un elemento de 'justicia contractual', al prever que la estipulación ambigua se interpreta (...) contra la parte que la extendió, sea ella acreedora o deudora, pero solo si la confusión despusa por una falta de explicación que esa parte ha debido hacer.

"...

"... en rigor, esta regla no dilucida la ambigüedad o la duda: simplemente la resuelve a favor de uno de los contratantes. Si se miran bien las cosas, la duda subsiste, pero puesto el juzgador en la hipótesis de la norma, debe necesariamente interpretar la respectiva estipulación (...) en contra de quien estipuló o dictó la cláusula (contra proferentem)."74

El constatado carácter de cláusula ambigua que ostenta la condición D) del contrato de promesa, reclama, entonces, de una vía de interpretación objetiva en la medida en que con apoyo en el acervo probatorio no puede el Tribunal conocer claramente la intención de los contratantes ni puede superarse la duda interpretativa con apoyo en los artículos 1619 a 1623 el Código Civil. Tal vía, no es otra que la favorable que han esgrimido los Convocantes.

En aplicación de la disposición contenida en el segundo inciso del artículo 1624 del Código Civil, y habiéndose constatado por el Tribunal que (i) la cláusula quinta del contrato de promesa objeto de este proceso fue concebida, redactada, extendida, dictada por la promitente compradora, (ii) que la condición D) de la referida cláusula es ambigua en la medida en que su texto admite varias interpretaciones como las que de manera antagónica han sostenido las partes de este proceso y (iii) que esa ambigüedad proviene de la falta de explicación que la promitente compradora, como predisponente del contenido y además experta y conocedora del tema técnico envuelto en la cláusula, ha debido dar en cumplimiento de su deber de información y particularmente de la carga de claridad que reclama la ley (art. 1624 C.C.), se concluye que la interpretación de la aludida condición debe ser interpretada contra la parte promitente compradora.

⁷⁴ Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. Principios Rectores y Reglas de Interpretación de los Contratos. Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez. Bogotá, 2016, págs. 405 y 407.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

En este caso, dicha interpretación contra quien extendió o dictó la condición D) de la cláusula, se materializa en que los predios a los que se refiere tal condición son aquellos en donde estará ubicado el pozo de la mina; es decir, los inmuebles colindantes al predio "La Esmeralda" (objeto del contrato de promesa), denominados por las partes como "Villa Tere " y "Villa Tere II", tal como lo entendieron los promitentes vendedores, [Predio "Villa Tere", No. de Matrícula Inmobiliaria 214-20851, que fue adquirido por MPX Colombia S.A. mediante escritura pública No. 0279 de la Notaría Tercera de Valledupar de fecha 1.3.2012⁷⁵. Predio "Villa Tere", No. de Matrícula Inmobiliaria 214-20850, que fue adquirido por MPX Colombia S.A. mediante escritura pública No. 0276 de la Notaría Tercera de Valledupar de fecha 1.3.2012⁷⁶].

El Tribunal, por las razones señaladas, despachará favorablemente la Tercera Pretensión Declarativa Principal que busca que se declare que la condición incluida en el ordinal D de la cláusula quinta del contrato de promesa, debe interpretarse en contra de la promitente compradora y a favor de los promitentes vendedores, así como la Cuarta Pretensión Declarativa Principal en el sentido de que los predios a los que se refiere la condición D) de la cláusula quinta, son "*los inmuebles en los cuales se realizará el pozo minero (mining pit) del Proyecto Cañaverales*", atrás aludidos.

5.2.4 ¿Está cumplida la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta del contrato de promesa?

Corolario de lo que se ha venido planteando, es que la condición estipulada en el ordinal D) de la cláusula quinta del contrato de promesa está cumplida.

En efecto, supuesto (i) que dicha condición fue, como toda la cláusula quinta y otros pasajes contractuales, extendida o dictada por la promitente compradora, (ii) que resultó ambigua como consecuencia de la ausencia de la debida explicación e información que la promitente compradora ha debido dar y (iii) que por lo tanto debe interpretarse contra ella en el sentido de que los predios a los que se refiere la condición son aquellos sobre los cuales se realizará el pozo minero (*mining pit*) como lo entendieron los promitentes vendedores, se concluye con facilidad que la condición está cumplida puesto que obra en el expediente prueba de la adquisición de los referidos inmuebles que no son otros que los denominados Villa Tere y Villa Tere II, cuya compra por parte de la sociedad MPX

⁷⁵ Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folio 159.

⁷⁶ Ibidem – Folio 162.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

(luego CCX) consta en las escrituras públicas Nos. 0276 y 0279 ambas del 1 de marzo de 2012 otorgadas en la Notaría 3ª de Valledupar, y registradas en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Juan del Cesar el 6 de marzo de 2012 bajo los folios de matrícula Nos. 214-20850 y 214-20851 respectivamente.

Sobre el punto la Convocada ha afirmado que las razones por las que la promitente compradora no ha adquirido la totalidad de los restantes inmuebles necesario para el proyecto son:

- "La suscripción del acuerdo de compraventa de activos entre CCX y YCCX en marzo de 2014.
- "La controversia en relación con el acuerdo de compraventa de activos que condujo a las partes a un arbitramento internacional, en el que se prohibió a CCX modificar el statu quo del proyecto en virtud de una medida de emergencia. Por lo que jurídicamente no podía adquirir predios adicionales a los ya adquiridos.
- La pérdida de la licencia ambiental debido a la inactividad del proyecto minero y en consecuencia el trámite de una nueva licencia ambiental ajustada al proyecto minero actual.

Varias son las consideraciones para no admitir esta línea de defensa. En primer lugar, y por virtud del principio de relatividad de los negocios jurídicos, la compraventa de activos celebrada entre CCX y YCCX celebrada el 26 de marzo de 2014, no tiene por qué afectar el normal desenvolvimiento del contrato de promesa objeto de este debate. Por su parte las órdenes del árbitro de emergencia, emitidas en abril 6 y mayo 7 de 2015, transcritas por la Convocada, se referían a prohibiciones en relación con la disposición de activos. Y la pérdida de la licencia ambiental, es un hecho enteramente atribuible a su titular y no a los promitentes vendedores.

De cualquier manera, esas circunstancias ocurrieron años después de haber acaecido las restantes condiciones pactadas en la cláusula quinta, y no existe explicación o justificación sobre la falta de adquisición posterior de otros predios. Encuentra el Tribunal que no hay prueba alguna de, por ejemplo, negativa de potenciales vendedores y que por ello hubiese sido imposible la adquisición correspondiente. Ni siquiera hay prueba de intentos de negociación o de ofertas de compraventa formuladas a propietarios de predios aledaños. Ciertamente, como lo afirma la Convocada, que la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta era mixta, pero, debe insistir el Tribunal, no hay prueba que permita

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

concluir que fue la ausencia de consentimiento de terceros lo que ha impedido el cumplimiento de tal condición. Fuera de esos dos inmuebles (conocidos como Villa Tere y Villa Tere II), adquiridos en desarrollo de la condición D) de la cláusula quinta -en época que se acompasa y es razonablemente cercana al cumplimiento de las restantes condiciones pactadas en la cláusula quinta del contrato de promesa- nada hay en el expediente, diferente a las afirmaciones de la parte Convocada que sigue insistiendo en que se requieren más inmuebles -sin especificarlos- que apunte en concreto a identificar con claridad y certeza adicionales bienes raíces.

De manera que, contrario a lo expuesto por la Convocada, dicha condición no está pendiente, en la medida en que, según la interpretación aplicada por el Tribunal, ya fueron adquiridos los predios necesarios para el proyecto Cañaverales.

Así pues, bajo la interpretación en contra de los promitentes compradores a la que ha accedido el Tribunal, la cuarta condición pactada en la cláusula quinta está cumplida desde el día 6 de marzo de 2012, fecha en que se adquirieron los referidos inmuebles, como consta en los correspondientes certificados de tradición que obran en el expediente.

Esta conclusión permite, además, y en igual sentido a lo que se expresó en relación con las demás condiciones pactadas en la cláusula que se comenta, sostener al Tribunal que la indeterminación que tuvo *ab initio* la estipulación de condición, carece hoy de toda importancia, en la medida en que se ha constatado su efectivo cumplimiento a la vez que saneada tácitamente la consiguiente nulidad. Así pues, la validez íntegra de la promesa queda plenamente verificada también desde la perspectiva de la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta del contrato de promesa objeto de esta controversia.

Lo contrario, llevaría necesariamente a la nulidad absoluta del contrato de promesa estudiado, toda vez que así se confirmaría que el momento en que ocurra *"la adquisición total de los derechos reales de los predios necesarios para la ejecución del proyecto minero denominado Cañaverales"* es imposible de ser determinado en el tiempo. La simple noción de "necesidad" de otras "áreas", como lo son la de botadero e infraestructura, entre otras, no significa que la condición del ordinal D sea determinada, porque aún restaría por precisar la época en la que debería acaecer dicha condición.

Adicionalmente, el Tribunal debe aclarar que la cláusula analizada se encuentra en el marco de un contrato de promesa de compraventa, motivo por el cual la analogía planteada por la Convocada en relación con el artículo 800 del Código Civil, resulta

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

improcedente toda vez que para el tipo de contrato que nos ocupa, como ya se ha referido anteriormente, están proscritas las condiciones indeterminadas; situación que no aplica a la propiedad fiduciaria. Más aún, el término máximo de 30 años, planteado por el Código Civil en la regulación especial de la propiedad fiduciaria, no puede ser entendido como un criterio aplicable a cualquier tipo de condición. Un entendimiento como el que propone la Convocada significaría que jamás, a la luz del Código Civil, podrían existir condiciones indeterminadas puesto que todas quedarían sujetas al plazo de 30 años para su cumplimiento.

Para terminar este punto, pone de presente el Tribunal que si la condición D) de la cláusula quinta no se pudiera tener por cumplida, como en efecto se tiene, inexorablemente el Tribunal hubiera tenido que declarar oficiosamente la nulidad de promesa de compraventa por indeterminación de una de las necesarias condiciones para la fijación de la época de celebración del contrato prometido, según lo tiene decidido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Lo anterior puesto que la correspondiente nulidad habría sido del carácter de absoluta, por omisión de requisitos exigidos en atención a la naturaleza del contrato de promesa (arts. 89, ordinal 3º de la ley 153 de 1887, en armonía con el art. 1741 del Código Civil), nulidad que por mandato de la disposición contenida en el artículo 1742 de esa codificación, subrogado por el art. 2º de la ley 50 de 1936, debe ser declarada de oficio.

Con base en todo lo dicho, el Tribunal despachará favorablemente la PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN DECLARATIVA PRINCIPAL, así como las pretensiones SEGUNDA a QUINTA principales y desestimaré las excepciones, TERCERA, QUINTA (parcialmente), SEXTA y SÉPTIMA que denominó "INEXISTENCIA DE POSICIÓN DE DOMINIO DE CCX EN LA ESTRUCTURACIÓN, REDACCIÓN, NEGOCIACIÓN Y CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE FECHA 9 DE MARZO DE 2011 Y SUS OTROSIES", "AUSENCIA DE POSICIÓN DOMINIO CONTRACTUAL (...) DE BCC COMO CESIONARIA DE CCX EN EL CONTRATO DE PROMESA", "LA CONDICIÓN PACTADA EN EL LITERAL D) DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE PROMESA NO ES AMBIGUA" e "IMPOSIBILIDAD DE REBELARSE CONTRA LOS ACTOS PROPIOS", respectivamente.

Como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones declarativas principales el Tribunal se abstendrá de estudiar los dos grupos de pretensiones declarativas subsidiarias y sus correspondientes excepciones.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

6. ESTUDIO DEL DENOMINADO GRUPO DE PRETENSIONES DECLARATIVAS COMUNES A TODOS LOS GRUPOS DE PRETENSIONES ANTERIORES

Despachadas como quedaron las pretensiones declarativas principales, corresponde en orden lógico que el Tribunal aborde el llamado "*Grupo de Pretensiones Declarativas comunes a todos los Grupo de Pretensiones Anteriores*".

En buena medida, las consideraciones ya expresadas servirán de base a la decisión que deba adoptarse en relación con varias de estas pretensiones.

6.1 La primera pretensión declarativa de este grupo se formuló de la siguiente manera:

Primera. *Que se declare que se cumplieron la totalidad de las condiciones válidas de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026, en la fecha que se pruebe en el curso del proceso.*

Según quedó analizado, todas las condiciones pactadas en la cláusula quinta del contrato de promesa objeto de este litigio deben considerarse válidas y están ellas cumplidas.

En efecto, ya se constató por el Tribunal que la medición topográfica del inmueble, que vendría a determinar en definitiva el precio de la compraventa prometida (Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folios 91 a 92), se llevó a cabo el 7 de mayo de 2012, tal como se reconoció en la consideración No. 3 del otrosí No. 2 suscrito el 21 de noviembre de 2012. Con eso se cumplió la condición incluida en el ordinal A) de la cláusula quinta del contrato de promesa. Quedó demostrado también que se surtió el trámite de verificación de los promitentes vendedores bajo las normas SARLAFT. Como se hizo ver en su oportunidad este punto no ha tenido discusión en el proceso y fue admitido por la promitente compradora en comunicación de febrero 1º de 2013, remitida por el señor Carlos Mantilla a los Convocantes, hecho por demás admitido como cierto en la contestación al hecho 66 de la demanda reformada. Sin embargo, el Tribunal debe poner de presente que no existe prueba sobre la fecha de cumplimiento de esta específica condición (ordinal B) de la cláusula quinta), lo que, claro está, no impide en absoluto tenerla por acaecida. Así pues está probado el cumplimiento de la condición incluida en el ordinal B) de la cláusula quinta. Por su parte la licencia ambiental del proyecto fue otorgada por la autoridad competente mediante las Resoluciones Nos. 1074 del 08 de junio de 2011 y 1883 de 21 de septiembre de 2011, con lo que se cumplió la condición prevista en el ordinal C) de la mencionada

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

estipulación (Cuaderno de Pruebas No. 2 – Folios 46 a 188). Por último, el Tribunal, con apoyo en la interpretación que considera debe darse a la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta, según quedó suficientemente explicado, constató su cumplimiento el día 6 de marzo de 2012, fecha en que se registraron en la Oficina de Instrumentos Públicos de San Juan del Cesar las escrituras públicas Nos. 0276 y 0279 de 1 de marzo de ese año, otorgadas en la Notaría 3ª de Valledupar, mediante las cuales la sociedad MPX (luego CCX), compró los inmuebles correspondientes.

En consecuencia, el Tribunal tiene por cumplidas todas las condiciones pactadas en la cláusula quinta desde el día 7 de mayo de 2012, que corresponde, en orden cronológico a la más reciente de las fechas de cumplimiento de condiciones, según las pruebas que obran en el expediente.

Por tanto, esta pretensión tiene vocación de prosperidad y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive.

6.2 La segunda y tercera pretensiones del grupo de las declarativas comunes señalan:

Segunda. *Que se declare que en la fecha de cumplimiento de la totalidad de las condiciones válidas de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026 surgió la obligación en cabeza de la promitente compradora de notificar del cumplimiento de las mismas a los Demandantes para luego proceder a firmar la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y el contrato de compraventa de las mejoras del Predio La Esmeralda al quinto (5o) día hábil siguiente, de conformidad con la Cláusula Séptima del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026.*

Tercera: *Que a la fecha la Promitente Compradora no ha cumplido con la obligación de notificar el cumplimiento de las condiciones a los Demandantes y luego proceder a firmar la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y el contrato de compraventa de las mejoras del Predio La Esmeralda al quinto (5o) día hábil siguiente, y por lo tanto está incumpliendo el Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026.*

La obligación en cabeza de la promitente compradora consistente en notificar el cumplimiento de las condiciones de la cláusula quinta, que se alega como incumplida por parte de los Convocantes, se encuentra estipulada en la cláusula séptima del contrato de promesa en los siguientes términos:

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

"SEPTIMA. SUSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA PÚBLICA. Las Partes se comprometen a suscribir la Escritura Pública que perfeccione el presente contrato, el quinto (5º) día hábil siguiente a la fecha en que la PROMITENTE COMPRADORA notifique por escrito a LOS PROMITENTES VENDEDORES que se han cumplido las condiciones previstas en la cláusula Quinta de este contrato. La firma se llevará a cabo a las tres de la tarde (3:00 p.m.) en la Notaria Treinta y Uno del Círculo de Bogotá. Como condición necesaria para el otorgamiento de la Escritura Pública, LOS PROMITENTES VENDEDORES deben conseguir los documentos de Ley requeridos para que proceda este acto. Las partes podrán de común acuerdo adelantar o posponer la fecha de firma de la escritura pública, mediante la suscripción de un Otrosí.

"PARÁGRAFO PRIMERO. De la misma manera, las partes se comprometen a suscribir el contrato que perfeccione la venta de las mejoras y la ocupación de las veinticinco (25) hectáreas del PREDIO, en las mismas fecha, hora y lugar enunciado en esta cláusula."

El punto de partida para determinar si la promitente compradora incumplió o no esta obligación, es la interpretación que el Tribunal le ha dado a la condición del literal 'D' de la cláusula quinta del contrato de promesa, en el sentido de que los '*predios necesarios para la ejecución del proyecto minero cañaverales*', sólo eran aquellos que abarcaban el pozo minero o *Pit*, esto es, Villa Tere, Villa Tere II y La Esmeralda; en consecuencia, desde el día 06 de marzo de 2012, fecha en la que el promitente comprador adquirió los predios Villa Tere y Villa Tere II, como consta en los Folios de Matricula Inmobiliaria No. 214-20851 y 214-20850⁷⁷ que obran en el expediente, surgió y se hizo exigible la obligación en cabeza del promitente comprador de notificarle por escrito a los Convocantes que ya se habían cumplido todas las condiciones contenidas en la cláusula quinta del contrato de promesa. Por lo anterior, el Tribunal concluye que dicha obligación está incumplida a partir del 7 de mayo de 2012, fecha a partir de la cual la promitente compradora estaba obligada a llevar a cabo la notificación prevista en el contrato.

Hay que señalar que el contrato de promesa objeto de controversia tiene la característica de ser de ejecución escalonada, pues las obligaciones estipuladas en el contrato implican etapas que deben desarrollarse según una cronología acorde con la naturaleza del negocio querido y pactado por las partes; es decir, y como lo sugiere la figura de la escalera, los peldaños se suceden en un determinado orden que debe observarse para desplazarse por

⁷⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folios 171 a 177.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

ella, de manera que la unidad de la escalera no se confunde con la identidad y lugar propio de cada escalón. Y en este orden de ideas, el Tribunal advierte el escalonamiento que existe entre la obligación en cabeza del promitente comprador de notificar por escrito el cumplimiento de las condiciones, y la subsiguiente obligación en cabeza de ambas partes contratantes de suscribir la escritura pública y el documento privado que perfeccionen el negocio jurídico prometido, que sólo sería exigible una vez se cumpliera la primera.

Ahora bien, el incumplimiento de la obligación de notificar por escrito que se cumplieron las condiciones de la cláusula quinta, no es simple, en el sentido de no haberle informado a los promitentes vendedores la ocurrencia de unos hechos irrelevantes o insignificantes para la operación de venta prometida; por el contrario, dicho incumplimiento es sustancial y relevante para el negocio jurídico celebrado entre las partes, pues implica la parálisis del mismo, pues como ya se ha explicado, a partir del cumplimiento de dicha obligación es que nacería la obligación esencial del negocio jurídico celebrado, esto es, la obligación de suscribir la escritura pública y el documento privado, a través de la cual se celebraría el contrato prometido.

Con base en lo anterior, concluye el Tribunal que aunque no se puede afirmar que en estricto sentido la promitente compradora haya incumplido la obligación de suscribir la escritura pública y el documento privado para perfeccionar la venta prometida pues dicha obligación aún no había nacido, a esa circunstancia se llegó por el incumplimiento previo de la obligación de notificar sobre el acaecimiento de las condiciones pactadas en la cláusula quinta del contrato de promesa. Y en igual sentido, como se verá, se concluye respecto del incumplimiento alegado por los Convocantes de la obligación de pagar el saldo del precio, conforme a lo dispuesto en el ordinal 'd' de la cláusula cuarta, pues dicha obligación nacería sólo después de que se llevara a cabo la suscripción de la escritura pública de compraventa y de que se expidiera el Folio de Matricula Inmobiliaria en el que constara el derecho adquirido por la Convocada.

Teniendo en cuenta que en el presente Laudo el Tribunal ha reconocido que ya se cumplieron todas las condiciones de la cláusula quinta del Contrato de Promesa, y que la promitente compradora no notificó de esa circunstancia a los promitentes vendedores, concluye el Tribunal que deben prosperar las pretensiones segunda y tercera del grupo de pretensiones declarativas comunes y así se declarará en la parte resolutive. Por las mismas razones se declarará no probada la excepción OCTAVA que la convocada

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

denominó "INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA".

6.3 En las pretensiones cuarta y quinta declarativas comunes la Convocante solicita:

Cuarta. *Que se declare que la obligación de pagar a los Demandantes el saldo del precio establecido en el literal d) de la Cláusula Cuarta del Contrato de Promesa No. FS0019- SJ0026, modificado por la Cláusula Segunda del Otrosí No. 2, se hizo exigible transcurridos treinta (30) días calendario de la fecha en que debió haberse firmado la escritura pública de compraventa, es decir, al quinto (5o) día hábil siguiente a la fecha de cumplimiento de las condiciones válidas de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026.*

Quinta. *Que a la fecha la Promitente Compradora no ha cumplido con la obligación de la pretensión anterior y por lo tanto está incumpliendo el Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026.*

Antes de despachar esta pretensión se destaca, con base en todo lo que se ha venido sosteniendo, que se debe entender agotada la etapa contractual en la que el promitente comprador debía notificarle a los promitentes vendedores el cumplimiento de las referidas condiciones. Precisamente eso es lo que ha constatado el Tribunal, de tal manera que lo que corresponde en la cadena lógica del cumplimiento del contrato es el otorgamiento de la escritura pública de venta, aspecto que abordará el Tribunal al despachar las pretensiones de condena.

Ahora bien, en cuanto hace al pedimento de que el Tribunal "*declare que la obligación de pagar a los Demandantes el saldo del precio (...) se hizo exigible transcurridos treinta (30) días calendario de la fecha en que debió haberse firmado la escritura pública de compraventa, es decir, al quinto (5o) día hábil siguiente a la fecha de cumplimiento de las condiciones válidas de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026*" el Tribunal considera que no puede abrirse paso.

En efecto, de acuerdo con el contrato (ordinal d de la cláusula cuarta del Contrato de Promesa, modificado en virtud de la cláusula segunda del Otrosí No.2) la obligación de pagar el saldo se estipuló de la siguiente manera:

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

*"d) El saldo equivalente a MIL OCHOCIENTOS SESENTA MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS SETECIENTOS PESOS (sic) MONEDA CORRIENTE (\$1.860.896.700.00) será pagado dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha en la que se haya firmado la escritura pública de compraventa y se haya expedido el Folio de Matrícula Inmobiliaria donde conste el derecho que adquiere la **PROMITENTE COMPRADORA**, ..." (subraya el Tribunal)*

Y en la cláusula sexta, ordinal 2. se acordó:

"2.- En el evento de que todas las condiciones mencionadas en la cláusula Quinta se cumplan a cabalidad, se procederá así:

"...

"2.4 Una vez sea expedido el Folio de Matrícula Inmobiliaria en donde conste la tradición del INMUEBLE a favor de la PROMITENTE COMPRADORA, la PROMITENTE COMPRADORA procederá con el pago descrito en el literal d) de la cláusula Cuarta del presente contrato". (subraya el Tribunal)

Para el Tribunal son claras las estipulaciones transcritas en el sentido de condicionar la obligación del pago del saldo no solamente al otorgamiento de la escritura pública de venta, sino además a su registro y consecuente expedición del correspondiente folio de matrícula en el que constara la tradición del dominio.

Por esta circunstancia no asiste razón a los Convocantes cuando pretenden que el Tribunal declare (i) que la obligación del pago del saldo del precio se hizo exigible *"treinta (30) días calendario de la fecha en que debió haberse firmado la escritura pública de compraventa"* (subraya el Tribunal), *es decir, al quinto (5o) día hábil siguiente a la fecha de cumplimiento de las condiciones válidas de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026"*, y (ii) que *"a la fecha la Promitente Compradora no ha cumplido con la obligación de la pretensión anterior y por lo tanto está incumpliendo el Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026."*

Dadas las aludidas estipulaciones contractuales, no puede el Tribunal, sin contrariarlas, declarar que una obligación se hizo exigible antes de la época estipulada incluso para su nacimiento y tampoco, consecuentemente, que se esté en presencia de su

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

incumplimiento. Los condicionamientos de los cuales pendía y pende la obligación de pagar el saldo del precio de la compraventa prometida, en especial lo atinente al registro y emisión del correspondiente folio de matrícula inmobiliaria, son suficientes para soportar esta conclusión.

En este sentido no pueden prosperar las pretensiones declarativas que se comentan tal como vienen formuladas. Con todo, al despachar las pretensiones de condena, el Tribunal adoptará las determinaciones que corresponda sobre este particular.

6.4 La sexta pretensión declarativa común es del siguiente tenor:

***Sexta.** Que se declare que la Promitente Compradora incumplió con los postulados del principio general de buena fe y los deberes secundarios de conducta que de este se desprenden, específicamente los deberes de información, claridad, lealtad y corrección.*

Para resolver esta cuestión, considera oportuno el Tribunal hacer una precisión conceptual comoquiera que son varias las categorías sometidas a su juicio por los Convocantes.

La pretensión se encamina a que el Tribunal declare que la promitente compradora incumplió los postulados del principio general de buena fe y los deberes secundarios de conducta que de este se desprenden, específicamente los de información, claridad, lealtad y corrección.

Para la Convocante tanto “información” como “claridad”, “lealtad” y “corrección”, constituyen **deberes secundarios**, idea no del todo compartida por algún sector de la doctrina que ubica las nociones de “lealtad”, de “corrección” y de “claridad” bajo la categoría de **cargas**⁷⁸, a diferencia de otro que, por ejemplo, ve en “claridad” un **deber** que, a su turno, incluye el de información.⁷⁹

⁷⁸ Por ejemplo, Fernando Hinestrosa, es explícito al hablar de “Carga de Corrección” (Tratado de las Obligaciones II. El Negocio Jurídico Volumen I. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá, 2015. Pág. 384);

⁷⁹ Por ejemplo, Nicolás Pájaro Moreno, en la cita que los Convocantes esgrimieron en sus alegatos de conclusión. El Contrato y sus Principios Orientadores. En Derecho de las Obligaciones Tomo I. Coordinación de Marcela Castro de Cifuentes. Universidad de los Andes, Editorial Temis. Bogotá, 2009.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Es más, no siempre se deslindan las nociones de carga y de deber. Por ejemplo, en el laudo Arbitral de TV CABLE S.A. y otros contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. se lee,

*"El **deber** de información se ha entendido como la **carga** de dar a conocer de manera clara y veraz las condiciones del negocio que se va a realizar; suministrar al otro contratante los elementos de juicio necesarios para que éste preste su consentimiento de forma tal que, con el conocimiento de esa información, pueda evaluar la utilidad del negocio que proyecta celebrar y pueda conducir su voluntad de manera confiada a la obtención del provecho que espera (resalta el Tribunal).*

"Este deber implica que el consentimiento se otorgue con pleno conocimiento de causa para garantizar así que el objeto del contrato corresponde a lo que cada parte espera genuinamente con su cumplimiento." ⁸⁰

Reconoce el Tribunal que en este frente no hay unanimidad en la doctrina, por lo que conviene insistir en la necesidad de manejo cauteloso y detallado de las categorías involucradas a fin de evitar confusiones, en especial de cara a las consecuencias que se derivan de la inobservancia, incumplimiento o desatención de ellas.

Para el Tribunal, como ya lo ha afirmado, la conducta relacionada con "**información**", efectivamente constituye un **deber secundario**, propiamente hablando, que brota del principio de buena fe, al paso que la **claridad**, entendida como comportamiento que busca declaraciones nítidas, exentas de anfibologías, equívocos o confusiones, constituye, en estricto sentido, una **carga**.

Por su parte, **lealtad** y **corrección** están directa e inescindiblemente asociados al concepto mismo de **buena fe** objetiva; son nociones que la definen de tal manera que, más que deberes de ella derivados, son parte de sus elementos constitutivos.

Bajo estas premisas el Tribunal examinará la pretensión desde la perspectiva (i) del principio general de buena fe (que incluye necesariamente la lealtad y la corrección), (ii) del deber secundario de información, que se desprende del anterior y (iii) de la carga de claridad.

⁸⁰ Tribunal Arbitral de TV CABLE S.A. y otros contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. y otros. Laudo del 27 de noviembre de 2007. Pág.46.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

En buena medida, lo señalado en las consideraciones expuestas por el Tribunal para decidir las pretensiones declarativas principales, servirán para despachar esta pretensión. En esa oportunidad se consignaron las más relevantes consideraciones en relación con los deberes secundarios de conducta y con las cargas de la autonomía privada, consideraciones a las que remite el Tribunal, sin perjuicio de las reiteraciones y ampliaciones que sobre el particular es necesario hacer de cara a la pretensión que se analiza.

Para comenzar quiere el Tribunal reiterar que conviene no confundir los deberes secundarios de conducta con las cargas de la autonomía privada. Se trata de dos categorías conceptuales, que si bien portan características a veces similares, son en realidad diferentes. Especialmente la diversidad de efectos que su inobservancia produce, pone de manifiesto la disimilitud.

Quedó ya explicado que los deberes secundarios, sin constituir obligaciones propiamente dichas, sí suponen o envuelven comportamientos cuya observancia es socialmente esperada, es decir constituyen parámetros de conducta que deben ser atendidos, por lo que su incumplimiento trae consigo un efecto resarcitorio, es decir de responsabilidad civil. Como se explicó, los deberes se integran al haz de conductas que es necesario observar, en virtud del principio de buena fe. (Arts. 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio).

Respecto del tipo de responsabilidad que apareja la inobservancia del específico deber de información, el Tribunal participa de la tesis según la cual el régimen aplicable *"es el relacionado con la responsabilidad contractual, toda vez que una vez se da inicio a esta etapa [se refiere a la fase previa a la celebración del contrato] surge entre las partes el deber de proceder "de buena fe exenta de culpa (...) so pena de indemnizar los perjuicios que se causen" (artículo 863 del Código de Comercio), por virtud de lo cual surgen deberes jurídicos específicos, en general abstenciones, que dan lugar a la aplicación del régimen de responsabilidad contractual, pues es sabido que este no depende simplemente de la violación de los términos pactados en un contrato, Sino de la transgresión de un deber jurídico concreto, por cuya virtud se ocasione un daño a la persona que podría exigir el respectivo comportamiento"*.⁸¹

⁸¹ Solarte Rodríguez, Arturo, Op. Cit., pag 311.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Y si el deber de información resulta incumplido en la fase de ejecución del contrato, es apenas obvio que su régimen sea el de responsabilidad civil contractual.

Por su lado, las cargas de la autonomía, según explicó ya el Tribunal, son comportamientos cuyo despliegue se endereza a la consecución del fin práctico pretendido de manera eficaz, fluida y sin tropiezos, pero cuya mera desatención no trae, de suyo, consecuencias resarcitorias. Por lo anterior, la sola inobservancia de las cargas no se inscribe en el ámbito de la responsabilidad civil, sino que se limita a producir consecuencias desfavorables para quien así se comporta. En el caso que se analiza, quedó ya expresado que la desatención de la carga de claridad por parte de la promitente compradora produjo el efecto de la interpretación contra ella del ordinal D) de la cláusula quinta del contrato objeto de este proceso.

En el artículo 871 del Código de Comercio, en forma armónica con lo establecido en el artículo 1603 del Código Civil, se dispone que *"Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural."*

Quedó ya señalado que del contenido obligatorio (función integradora) de la buena fe que señala la ley, se han derivado los ya referidos deberes secundarios o complementarios de conducta, los cuales o se adicionan a lo expresamente pactado por los contratantes, o trazan pautas acerca de la forma de cumplir con las obligaciones que libremente han estipulado o que la ley establece para el respectivo negocio jurídico; todo ello con el objetivo consistente en proteger y realizar los intereses contractuales de las partes contratantes⁸². En ese orden de ideas, tanto en la etapa de celebración como durante la ejecución del negocio jurídico uno de los deberes secundarios que surge de la cláusula general de buena fe es el deber de información, que consiste en dar noticia o transmitirle a la contraparte todas las circunstancias, situaciones o cualidades de las que tenga conocimiento el deudor de dicho deber, que resulten relevantes para que la contraparte tome una decisión, suficientemente informado, en cuanto a celebrar o no un determinado negocio jurídico, o que resulte relevante para la ejecución del mismo⁸³. Y se destaca que este deber de información, por recaer sobre circunstancias significativas para decidir si se

⁸² Cfr. SOLARTE RODRIGUEZ. Ob. Cit.

⁸³ CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. El deber de información contractual y sus límites. Revista de Derecho Privado. No.21, julio-diciembre 2011, págs. 329-330.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

celebra o no un contrato, se aplica en la etapa precontractual, confirmando, como lo ha expuesto el Tribunal, que esta no es irrelevante en el caso que nos ocupa.

Advirtió también el Tribunal que el deber de información no solamente debe ser observado en la etapa de celebración sino en la de ejecución del contrato.

*"El deber de información tiene una gran importancia en la etapa precontractual toda vez que es allí cuando los contratantes están recopilando los elementos de juicio suficientes para emitir su declaración de voluntad. Para tal efecto, resulta indispensable la cooperación entre los contratantes, en un contexto de corrección y lealtad. (...). Ya **en la etapa de ejecución del contrato el deber de información subsiste**, aunque su finalidad se modifica, ya que el propósito del mismo será complementar a los deberes de prestación para que los mismos se puedan cumplir en forma adecuada, oportuna y satisfactoria para el acreedor"* ⁸⁴ (resalta el Tribunal).

Así mismo, si una de las partes contratantes tiene un conocimiento especializado, o es experta en una determinada actividad u oficio, o está en una situación de hecho que le permite contar con una información relevante para la celebración y ejecución del respectivo negocio jurídico, dicha parte tiene el deber de informar suficiente y oportunamente a su contraparte, de manera efectiva y sustancial, no puramente formal, sobre aquellos aspectos técnicos o especializados que incidan en la celebración y ejecución del negocio jurídico.

Así las cosas, y conforme con lo ya expuesto por el Tribunal al pronunciarse sobre la validez del contrato de promesa y precisar la interpretación de la condición del ordinal D) de la cláusula quinta, en el presente caso el Tribunal advierte que el promitente comprador, incumplió su deber de información frente a los Convocantes, pues a pesar de tener el conocimiento especializado en relación con la ejecución del proyecto minero Cañaverales, no les comunicó lo atinente a cuáles eran los *'predios necesarios para la ejecución del proyecto minero cañaverales'*, lo que acarreó, además, la constatada falta de explicación de la estipulación, todo lo cual causó la ambigüedad de dicho ordinal.

Ahora bien, la aludida falta de información en la fase de celebración del contrato se mantuvo durante la ejecución del mismo. En efecto, al despachar las pretensiones declarativas principales el Tribunal se pronunció respecto de la solicitud que elevaran los

⁸⁴ SOLARTE RODRIGUEZ, Ob. Cit. Pág. 308

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Convocantes a la promitente compradora con el objeto de fijar una fecha cierta para el otorgamiento de la escritura pública de venta y de la respuesta dada que se limitó a afirmar que la condición D) de la cláusula quinta estaba pendiente, sin que se haya demostrado una información clara y precisa sobre la materia.

Observa el Tribunal que la Convocada no acreditó que durante la ejecución del contrato la tantas veces mencionada falta de información sobre los predios que era necesario adquirir, se hubiera superado. Por el contrario, obra en el expediente demostración de que ante las solicitudes de comunicación que los promitentes vendedores intentaron con la promitente compradora, ella, guardó silencio. Incluso un testigo aseguró que tal silencio obedeció a razones de "confidencialidad".

Como lo hizo ver la parte Convocante, los testigos Lina Patiño y Carlos Mantilla así lo sostuvieron:

*"DRA. PATIÑO: Pues evidentemente (los Promitentes Compradores) preguntaban mucho, pero es un tema cuando una negociación está andando pues es claro que **a terceros no se les da información independientemente de que tuviéramos una relación contractual** (resalta el Tribunal), la relación estaba siendo honrada no había un incumplimiento de parte de CCX entonces sí claro preguntaban mucho que si estaban comprando, que si estaban vendiendo, que qué estaba pasando, pero el manejo era muy claro, muy decente pero era un tema absolutamente confidencial..."⁸⁵*

*"SR. MANTILLA: (...) por supuesto que además de que había mucha confidencialidad nosotros **no podíamos decir mucha información** (resalta el Tribunal) porque todo tenía que ser canalizado, vía Brasil y vía su matriz que al estar en bolsa en Brasil tenía deberes muy estrictos de reportar todo.*

*"Yo no podía reunirme ni hacer cosas que no fueran digamos en línea con lo que estaba pasando en Brasil, entonces la información si había dificultad **yo no podía sentarme a contarle a la familia Echeverry** (resalta el Tribunal) todo los por menores del*

⁸⁵ Cuaderno de Pruebas No. 5 – CD Folio 48, minutos: 39:13 a 39:40.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

*Tribunal de arbitramento, ni de las negociaciones yo solamente tenía que decirles que el contrato se va a ceder porque esto lo va a comprar YCCX...*⁸⁶

*"SR. MANTILLA: Si, como les señalé antes, en la comunicación era bastante limitada, **no solo por temas de confidencialidad** (resalta el Tribunal) con la casa matriz brasileira, sino pues por la misma situación del Tribunal de Arbitramento, pero si recuerdo que, no sé si ya determinado el Tribunal, pero si tuve comunicaciones con el doctor Sebastián Ulchur, quien estaba haciéndole seguimiento al estado de la promesa de compraventa y si recuerdo que le manifesté, palabras más, palabras menos, lo que le señalé en una respuesta anterior."*⁸⁷

Entiende el Tribunal que determinada información -la relacionada con la ejecución del contrato- puede ser confidencial frente a terceros; pero los Convocantes no eran terceros. Eran y son contrapartes negociales con intereses legítimos que no pueden ser marginados sin lesionar el principio de celebración y ejecución de buena fe.

Queda entonces claro para el Tribunal que durante la ejecución del contrato hubo comportamientos por parte de la promitente compradora contrarios al deber de información que en virtud del principio de buena fe corresponde observar, todo en relación con el punto central debatido respecto de los inmuebles que debían adquirirse a efectos del desarrollo del proyecto Cañaverales.

Sobre el tema de la carga de claridad, considera el Tribunal que lo ya afirmado al tratar las pretensiones declarativas principales es suficiente para constatar que la promitente compradora, omitió dar las explicaciones necesarias a propósito de la condición D) de la cláusula quinta del contrato de promesa, lo que generó, junto con la falta de información, la ambigüedad de dicha condición, asunto suficientemente tratado ya. Sin embargo, insiste el Tribunal que ve en el comportamiento de claridad una verdadera carga, más que un deber secundario.

En consecuencia, por las razones expuestas, está llamada a prosperar la sexta pretensión del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes, con el alcance y acotación conceptual señalado por el Tribunal en estas consideraciones.

⁸⁶ Cuaderno de Pruebas No. 5 – CD Folio 33, minutos: 13:20 a 14:00.

⁸⁷ Cuaderno de Pruebas No. 5 – CD Folio 33, minutos: 39:39 a 40:19.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

6.5 La séptima pretensión declarativa común y su subsidiaria se plantearon en los siguientes términos:

Séptima. *Que se declare que la Promitente Compradora abusó de su posición dominante en la ejecución del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes.*

Pretensión Subsidiaria a la Séptima Pretensión del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes. *Que se declare que la Promitente Compradora abusó de sus derechos en la ejecución del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes.*

Para comenzar el estudio de la pretensión debe reconocer el Tribunal, como se desprende las consideraciones expuestas para despachar la primera pretensión declarativa principal, que la promitente compradora tuvo posición dominante respecto de los acá Convocantes (promitentes vendedores) en el marco de la relación jurídica formalizada a través de un contrato de promesa de compraventa de un bien inmueble para ser utilizado en un proyecto carbonífero por parte de la primera. El hecho, que quedó demostrado, consistente en haber diseñado, extendido y dictado el 98% de los contenidos negociales, como lo afirmó el entonces asesor jurídico de la promitente compradora, es muestra inequívoca de esta conclusión.

Adicionalmente encuentra el Tribunal que el conocimiento que tenía la promitente compradora respecto del proyecto carbonífero Cañaverales, la ubicaba en una posición técnico-jurídica claramente diferente a la que tenían los promitentes vendedores. Estos últimos desconocían, y no está probado que debieran conocer, cómo estaba integrado el proyecto minero Cañaverales -y sus pormenores jurídicos y técnicos- para el cual se pretendía adquirir el inmueble prometido en venta, a diferencia de la promitente compradora, experimentada empresa de este sector económico que tramitó todas las gestiones relacionadas con dicho proyecto. Así, la incidencia que una empresa minera puede ejercer en un contrato de promesa de compraventa de un inmueble para ser integrado a su propio proyecto minero, será significativamente diferente a la que pueda tener su contraparte, en especial si ella es ajena a esta área de conocimiento técnico y comercial.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Con todo, enfatiza el Tribunal que la posición dominante contractual no es *per se* reprochable. Se trata de una circunstancia de hecho que no puede ser precalificada de manera negativa. Lo reprochable será el abuso de esa posición.

Bajo esta premisa, el Tribunal examinará las pretensiones que se comentan no sin antes advertir que aunque en ellas los Convocantes aluden al abuso de posición dominante contractual y al abuso de los derechos en la **ejecución** del contrato, en su alegato de conclusión hay mención explícita a un supuesto abuso "mediante la **introducción de cláusulas** oscuras" lo que sitúa el asunto en la fase precontractual o de celebración del negocio.

Se expresó de la siguiente manera la parte Convocante en sus alegaciones finales:

"En el presente caso, la parte convocada es claro que la Promitente Compradora ostenta posición de dominio contractual tanto en la negociación de la Promesa, al disponer y dictar sus términos y condiciones, como en el control de la ejecución de las condiciones del contrato. Además, se ha evidenciado que se ha aprovechado de dicha posición de dominio, abusivamente, en primer lugar, mediante la introducción de cláusulas oscuras que imposibilitan la consecución de los intereses de los Promitentes Vendedores y, por otro lado, por la ejecución de la Promesa, manteniendo en vilo el cumplimiento de las condiciones por años, en perjuicio de mis representados. Por lo tanto, es necesario no solo reconocer el mencionado abuso de la posición dominante, sino declarar procedente la consecuencia indemnizatoria que de dicha situación se desprende."

Resulta claro para el Tribunal que los Convocantes en este frente del debate insisten en el comportamiento que juzgan anómalo de parte de la promitente compradora para derivar con base en ello su aspiración a que se despachen favorablemente la pretensión séptima declarativa común o su subsidiaria.

Para abordar el tema en orden cronológico, debe el Tribunal comenzar afirmando que no ha encontrado demostrado abuso alguno en la preparación y diseño del contrato de promesa objeto de este proceso. El ordinal D) de la cláusula quinta, único fragmento contractual puesto en entredicho por la parte Convocante, si bien fue encontrado ambiguo por el Tribunal, según quedó suficientemente explicado, no contiene desequilibrio significativo, ni favorecimiento desproporcionado, injustificado e irrazonable en beneficio del predisponente.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

El Tribunal encontró **ambigüedad** en la estipulación, concepto no coincidente con el de **abuso**, razón por la cual se descarta la configuración de abuso de posición dominante o de ejercicio abusivo de los derechos en la fase precontractual por parte de la promitente compradora.

Ahora, en relación con la ejecución del contrato, considera el Tribunal que no se han demostrado los elementos configurativos de abuso de posición dominante o de derechos.

Para explicar el punto encuentra oportuno el Tribunal poner de presente, como lo ha hecho la jurisprudencia, que para que pueda configurarse una situación de abuso, como figura autónoma, es necesario partir de la existencia de un derecho o, en general, de "conductas protegidas por el derecho". Son esos derechos o esas conductas protegidas las que pueden eventualmente ejercerse de manera abusiva.

La propia cita jurisprudencial traída a líneas por la parte Convocante en sus alegatos de cierre es nítida al respecto:

*"Así, pues, es preciso destacar que aquellas **actividades protegidas por el derecho** que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo.*

*"Y un ejemplo sin duda persuasivo de **esa clase de comportamientos irregulares**, ha dicho la Corte, lo suministra el ejercicio del llamado 'poder de negociación' por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación..." (Casación del 19 de Octubre de 1994). (resalta el Tribunal)*

Lo anterior, es sostenido de forma unánime por la doctrina:

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Sobre abuso del derecho Jaramillo Jaramillo al señalar los presupuestos esenciales de la figura afirma:

"En primer lugar, en atención a la raíz del vocablo 'abuso del derecho', se tiene entonces establecido que es menester que exista un derecho, prerrogativa o facultad ex ante radicado en cabeza del que lo usa o emplea (creando una apariencia de legitimidad), pues quien no lo tiene, quien a priori no lo registra -o ubica- en su círculo de intereses, en sentido lato (titular), no puede abusar de él, por sustracción de materia. De ahí que, en rigor, se suele distinguir entre abuso del derecho, o si se prefiere entre el ejercicio abusivo de un derecho, y el actuar ilegal, que no necesariamente demanda la preexistencia de un derecho (titularidad intrínseca, y proyección extrínseca), sino la presencia de una conducta transgresora y desafiante del ordenamiento legal (ilícita), que es cosa diferente".⁸⁸

Frente al caso que se juzga considera el Tribunal que no están acreditadas "*actividades protegidas por el derecho*" que se hayan ejecutado disfuncionalmente o de manera anómala, ni la existencia de derechos que se hayan ejercido de forma contraria a su finalidad. Lo que ha constatado el Tribunal ha sido la inobservancia del deber secundario de información -emanado del principio de buena fe-, antes y durante la celebración del contrato, y particularmente después de que los promitentes vendedores manifestaran a la promitente compradora sus inquietudes y reparos ante la indefinición en materia de adquisición de inmuebles para el proyecto.

Por otro lado, debe recordar el Tribunal que el comportamiento de la Promitente Compradora, con base en la interpretación que se dio al ordinal D) de la cláusula quinta, abrió paso también a las pretensiones segunda y tercera declarativas principales, sobre incumplimiento de la obligación de dar aviso respecto del acaecimiento de las condiciones. Es decir, el Tribunal declaró que hubo incumplimiento contractual, en este frente, de tal manera que debe descartarse la ejecución anómala o disfuncional de una actividad protegida por el derecho o el ejercicio desviado de su función natural, y con ello la prosperidad de la pretensión séptima y su subsidiaria, que versan sobre abuso de posición dominante y su subsidiaria de abuso del derecho. Otro tanto puede afirmarse en relación con los incumplimientos de los que se ocupará más adelante el Tribunal. En este sentido el Tribunal acogerá la excepción cuarta que la Convocada denominó "AUSENCIA DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO DE CCX EN LA ESTRUCTURACIÓN, REDACCIÓN,

⁸⁸ Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. El 'Abuso del Derecho' y su Proyección en los Ámbitos Sustancial y Procesal Civil. Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez. Bogotá, 2019. Pág. 85.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

NEGOCIACIÓN Y CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE FECHA 9 DE MARZO DE 2001 Y SUS OTROSÍES” y parcialmente la excepción la quinta en cuanto hace a la “AUSENCIA DE (...) ABUSO DEL DERECHO DE BBC COMO CESIONARIA DE CCX EN EL CONTRATO DE PROMESA.”

6.6 La octava pretensión declarativa común se formuló de la siguiente manera:

***Octava.** Que se declare que la Promitente Compradora no ha cumplido con su obligación contractual de pagar todos los servicios públicos e impuestos relacionados con La Esmeralda desde la fecha de la entrega de la tenencia de la misma.*

Para resolver el Tribunal considera:

La obligación a cargo de la promitente compradora de pagar el impuesto predial y los servicios públicos del predio La Esmeralda, se encuentra estipulada en el parágrafo tercero de la cláusula octava del contrato de promesa, parágrafo que fue adicionado en el Otrosí No.1 suscrito el 14 de junio de 2012. Esta obligación a cargo del promitente comprador surgió desde la fecha en que se realizó la entrega material de La Esmeralda, esto es, desde el día 15 de junio de 2012, según consta en el Acta de Visita y Recibo Final⁸⁹ que obra como prueba en el expediente.

Los Convocantes alegan que la Convocada incumplió con el pago del impuesto predial correspondiente a los municipios de San Juan y Fonseca; así mismo, afirman que la Convocada incumplió el pago del servicio público suministrado por Electricaribe S.A. E.S.P. (en adelante “Electricaribe”), y que incumplió con el pago de la tasa por uso de agua a favor de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira (en adelante, “Corpoguajira”). Procede entonces el Tribunal a pronunciarse sobre cada uno de los incumplimientos alegados.

6.6.1 Pago del impuesto predial a favor del Municipio de San Juan del César

A partir de los certificados de paz y salvo por concepto de impuesto predial de La Esmeralda que obran en el expediente y que fueron expedidos por la Alcaldía del Municipio

⁸⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folios 87 a 101.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

de San Juan durante los años 2016 y 2017⁹⁰, el Tribunal concluye que no se presentó prueba sobre el incumplimiento por parte de la Convocada en relación con su obligación de pagarle al municipio de San Juan el impuesto predial.

En efecto, si bien en la respuesta emitida⁹¹ por la Contaduría General de la Nación consta que la señora Lissett Elena Monterroza Meyer fue reportada al Boletín de Deudores Morosos del Estado por parte del Municipio de San Juan durante los años 2013 y 2014, en dicha respuesta no se especifica la obligación por la que fue reportada, y en este sentido, en ella expresamente se dice que “En cuanto al valor y concepto de la obligación, esta información debe ser solicitada ante la entidad que realizó el correspondiente reporte en el DDME”. Por lo anterior, la respuesta emitida por la Contaduría General de la Nación no prueba el incumplimiento alegado por los Convocantes, respecto de la obligación de pagar el impuesto predial de La Esmeralda a favor del Municipio de San Juan.

6.6.2. Pago del impuesto predial a favor del Municipio de Fonseca

A pesar de los certificados de paz y salvo por concepto de impuesto predial de La Esmeralda, expedidos por el Municipio de Fonseca y que fueron aportados por la Convocada⁹², el Tribunal encuentra que el promitente comprador pagó tardíamente el impuesto predial La Esmeralda durante los años 2011, 2012, 2013, 2015 y 2016; por ello, uno de los promitentes vendedores fue reportado en el Boletín de Deudores Morosos del Estado, como consta en las respuestas emitidas por la Alcaldía del Municipio de Fonseca y por la Contaduría General de la Nación⁹³. Este pago tardío del impuesto predial constituye incumplimiento al contrato de promesa, imputable a la Convocada.

6.6.3 Pago del servicio público de energía eléctrica a favor de Electricaribe

⁹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folios 253 y 255.

⁹¹ Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folio 128.

⁹² Cuaderno de Pruebas No. 3 - Folios 252 y 254.

⁹³ Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folios 128, 129, 141 y 142.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

En la respuesta emitida por Electricaribe que obra en el expediente⁹⁴, consta que para octubre del año 2017 existía una deuda por concepto del servicio público de energía eléctrica suministrada al predio La Esmeralda, correspondiente a algunos meses de los años 2012, 2016 y 2017, por un valor total de tres millones doscientos noventa y cinco mil novecientos veinte pesos (\$3.295.920) (Este sólo es el valor del servicio, la factura incluye un valor por concepto de intereses moratorios). Al respecto, la Convocada manifestó lo siguiente:

"(...) durante el periodo comprendido entre diciembre de 2015 y enero de 2017, Electricaribe S.A. E.S.P. no emitió ninguna factura con relación a este servicio respecto del predio la Esmeralda.

"No obstante, pese a que en el mes de julio de 2017 de forma irregular Electricaribe S.A. E.S.P. emitió la factura NIC 5606662, por medio de la cual cobraba el servicio público de energía correspondiente al periodo diciembre de 2015 y enero de 2017, BCC objetó la factura en los términos en que lo dispone el artículo 154 de la Ley 142 de 1994 y procedió a su pago"⁹⁵.

En este sentido, la Convocada aportó una copia de la reclamación⁹⁶ que le formuló a Electricaribe por la supuesta factura que fue irregularmente emitida, y también aportó un comprobante de consignación⁹⁷ realizado en marzo de 2018 a favor Electricaribe por valor de un millón quinientos diez mil pesos (\$1.510.000).

Con base en lo anterior, el Tribunal concluye que la Convocada ha incumplido su obligación de pagar el servicio público de energía eléctrica, pues el comprobante de pago que aportó no cubre la totalidad del dinero adeudado por concepto de suministro de energía eléctrica al predio La Esmeralda, ni los intereses de mora que ya se han generado en favor de Electricaribe; es decir, la Convocada no demostró en el presente proceso, que ya efectuó el pago de la totalidad de dinero adeudado por este concepto, o que hubiera actuado diligentemente para efectuar dicho pago en forma completa y oportuna, como quiera que el pago de acuerdo con el artículo 1626 del Código Civil, corresponde a la prestación debida. Así mismo, según lo informado por Electricaribe, varios de los recibos que presentan mora no corresponden al periodo comprendido entre diciembre de 2015 y

⁹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folios 167 a 172.

⁹⁵ Respuesta de la Convocada al hecho No.114 de la Demanda Reformada.

⁹⁶ Cuaderno de Pruebas No. 3 - Folios 256 a 263.

⁹⁷ Cuaderno de Pruebas No. 3 - Folio 264.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

enero de 2017, periodo respecto del cual la Convocada alega que Electricaribe no facturó en debida forma la prestación del servicio.

6.6.4 Pago de la tasa por uso de agua a favor de Corpoguajira

Técnicamente el valor que se paga por concepto de tasa por uso de agua no corresponde a un 'servicio público', sino a la prestación económica que surge del contrato de concesión de uso de agua; sin embargo, el Tribunal conforme a lo dispuesto en el artículo 1618 del C.C., no puede desconocer la común intención de las partes contratantes respecto del alcance de lo estipulado en la cláusula octava del contrato de promesa, en el sentido de incluir, dentro de la obligación de pagar los "servicios públicos", la tasa por uso de agua a favor de Corpoguajira. Al respecto, se resalta que la Convocada no negó que está obligada a pagar dicho concepto, pues lo que manifestó es que por la conducta de los Convocantes se encontraba imposibilitada para pagarle a Corpoguajira los valores por concepto de tasa por uso de agua.

A partir de los documentos emitidos por Corpoguajira⁹⁸ en relación con el pago de la tasa de uso de agua en el predio La Esmeralda, está probado que la Convocada no ha efectuado oportunamente el pago a favor de Corpoguajira por dicho concepto. Ahora bien, respecto de la justificación esgrimida por la Convocada consistente en que no realizó el pago de esta obligación porque se encontraba imposibilitada para hacerlo dado que las facturas expedidas por Corpoguajira las recibían los Convocantes, y no la Convocada, y que los Convocantes nunca le remitieron las facturas o siquiera le informaron sobre ellas, el Tribunal no encuentra de recibo esta justificación, pues la Convocada, como deudora de la obligación, tenía la carga de probar que actuó diligentemente con el objetivo de cumplir con el pago a favor de Corpoguajira, carga que no acreditó haber cumplido. Así mismo, la Convocada alega que se encontraba imposibilitada para cumplir; pero como la imposibilidad se configura en aquellos casos en los que el deudor de una obligación no puede cumplir debido a un hecho insuperable ajeno a su voluntad, por ejemplo, un caso fortuito o una fuerza mayor, el Tribunal concluye que el hecho de que las facturas expedidas por Corpoguajira las recibieran los Convocantes y que éstos no se las remitieran a la Convocada, de ninguna manera se puede considerar como un hecho insuperable para la Convocada para cumplir con su obligación. Le bastaba un mínimo de diligencia a la Convocada para conocer el estado de

⁹⁸ Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folios 114 a 119.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

la facturación de esta obligación, por ejemplo, era suficiente con preguntarle a los Convocantes si tenían alguna noticia sobre la facturación de la tasa por uso de agua.

Con base en todo lo expuesto, salvo por lo atinente al pago del impuesto predial de San Juan del Cesar, el Tribunal concluye que está llamada prosperar la Octava pretensión del Grupo de Pretensiones Declarativas. Correlativamente, el Tribunal declarará no probada la excepción NOVENA que denominó "IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DEL DERECHO DE USO DE AGUA POR CAUSA IMPUTABLE EXCLUSIVAMENTE AL PROMITENTE VENDEDOR".

6.7 La novena pretensión declarativa común señala:

Novena. *Que se declare el incumplimiento del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026 por parte de la Promitente Compradora.*

Esta pretensión que de manera genérica busca la declaración de incumplimiento del Contrato de Promesa por parte de la Promitente Compradora, demanda del Tribunal el estudio de adicionales incumplimientos a los ya analizados.

En sus alegatos de conclusión los Convocantes afirmaron:

"En adición a todo lo anterior, y además del incumplimiento principal antes mencionado, [se refiere al incumplimiento de la obligación de dar aviso sobre el cumplimiento de las condiciones a efectos del otorgamiento de la escritura pública de venta y posterior pago del saldo del precio] la Promitente Compradora realizó otra serie de actuaciones y omisiones que por sí mismas constituyen un incumplimiento del Contrato de Promesa de Compraventa: (i) incumplió y sigue incumpliendo la obligación del Parágrafo Segundo de la Cláusula Quinta de la Promesa; (ii) incumplió y sigue incumpliendo gravemente el principio general de la buena fe y los deberes secundarios de conducta, en especial los de información, claridad, lealtad y corrección; (iii) abusó y sigue abusando de su posición dominante en la ejecución de la Promesa; y (iv) incumplió y sigue incumpliendo con su obligación de pagar todos los servicios e impuesto predial de La Esmeralda."

Se observa con facilidad que los incumplimientos señalados en los ordinales (ii) a (iv) del párrafo transcrito, han sido objeto ya de pronunciamiento de parte del Tribunal, razón por la cual, no es necesario volver sobre ellos.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Resta solamente el análisis del supuesto incumplimiento indicado en el ordinal (i) precedente relativo a la obligación pactada en el párrafo segundo de la cláusula quinta del contrato de promesa según la cual, *"LA PROMITENTE COMPRADORA se compromete a iniciar las actividades condicionantes antes descritas, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la suscripción del presente CONTRATO"*. Tales *"actividades condicionantes"* no eran otras que las necesarias para que pudiesen llegarse a cumplir las condiciones previstas en los ordinales A) a D), las cuales, como se recordará, se pactaron con el propósito de subordinar el otorgamiento de la escritura pública de venta al acaecimiento de los hechos allí estipulados, es decir (A) que los promitentes compradores midieran topográficamente el inmueble objeto de la promesa; (B) que los promitentes vendedores fueran verificados por parte de los promitentes compradores bajo las normas SARLAFT; (C) que la autoridad administrativa competente emitiera la licencia ambiental al futuro proyecto minero denominado "Cañaverales"; y (D) que la promitente compradora adquiriera la totalidad de los derechos reales de los predios necesarios para la ejecución de dicho proyecto.

Con fundamento en lo que hasta ahora ha considerado el Tribunal Arbitral, se desprende que esta pretensión, en lo que se refiere al supuesto incumplimiento de la obligación contenida en el párrafo segundo de la cláusula quinta (*"iniciar las actividades condicionantes"*), no está llamada a prosperar, toda vez que todos los referidos hechos condicionantes están cumplidos. Por consiguiente, mal se podría afirmar esto y al mismo tiempo considerar que no se han iniciado las actividades necesarias para el acaecimiento de las condiciones.

Así lo entiende la parte Convocante, quien en sus alegaciones finales sostuvo que *"... esto nos debe llevar a concluir una de dos circunstancias: o que efectivamente todos los predios necesarios para la ejecución del proyecto Cañaverales ya han sido adquiridos, como afirmamos nosotros y hemos explicado anteriormente, o que no se han adquirido pero la Promitente Compradora incumplió la obligación del Parágrafo Segundo de la Cláusula Quinta de la Promesa, ya que no ha adquirido ningún predio adicional en más de 7 años."*

Como el Tribunal ha considerado que efectivamente todos los predios necesarios para la ejecución del proyecto Cañaverales ya han sido adquiridos, por las razones suficientemente explicadas, tiene que concluir, *a fortiori*, que esa obligación no fue incumplida.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Así las cosas, y dado que esta pretensión prosperará en relación con los incumplimientos que han quedado demostrados, se declarará no probada la excepción OCTAVA denominada "INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA".

Para terminar, y en relación con el frente del incumplimiento contractual, es consciente el Tribunal de que la consideración No. 7 del otrosí No. 1 del Contrato de Promesa señaló que para la fecha de su suscripción (14 de junio de 2012) la Promitente Compradora había cumplido sus obligaciones. Con todo, dicha consideración -incluida en documento que se demostró fue extendido o dictado por aquella y en el marco de modificaciones relativas específicamente a la obligación de saneamiento y a las condiciones de entrega material del inmueble prometido en venta, no es suficiente para modificar las conclusiones del Tribunal, en la medida en que en el proceso resultaron acreditados los incumplimientos a los que se ha hecho alusión.

6.8 La décima y última de las pretensiones declarativas comunes se formuló de la siguiente manera:

***Décima.** Que se declare que los incumplimientos atribuibles a la Promitente Compradora han generado perjuicios para los Promitentes Vendedores y la Promitente Compradora debe indemnizar dichos perjuicios.*

Dos asuntos debe abordar el Tribunal para decidir esta pretensión. De un lado, la causación de los perjuicios por los incumplimientos que se han identificado y de otro la declaración, en general, que se busca en relación con la indemnización de tales perjuicios.

Para comenzar es necesario recordar que el Tribunal ha encontrado incumplimientos en relación con:

- La obligación de notificar a los promitentes vendedores el cumplimiento de las condiciones pactadas en la cláusula quinta del contrato de promesa. Este incumplimiento, como quedó explicado, generó la falta de otorgamiento de la escritura pública de venta, lo que, a su turno incidió en la falta de registro de tal instrumento, de lo cual, junto con la expedición del certificado del correspondiente certificado de libertad, impidió el surgimiento de la obligación de pagar el saldo del precio de la compraventa prometida.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

- El principio de buena fe, en tanto se inobservó el deber de información tanto en la etapa preparatoria del contrato como en la de ejecución del mismo.
- El pago de impuesto predial y de servicios públicos.

Ahora bien, una cosa es el incumplimiento propiamente dicho y otra la causación de perjuicios y demás requisitos necesarios para la prosperidad de pretensiones indemnizatorias. En este proceso, acaso porque la Convocante ha circunscrito sus aspiraciones resarcitorias a intereses moratorios sobre el saldo del precio de la compraventa y a la cláusula penal -eventos que de conformidad con la ley no requieren de la demostración y cuantificación de perjuicios de conformidad con la disposición contenida en los artículos 1617, ordinal 2º y 1599 del Código Civil- no encuentra el Tribunal demostrada la causación específica de unos determinados perjuicios.

Como se hará notar a continuación, al abordar las pretensiones de condena, no es viable la pretensión de cobro de intereses moratorios sobre el saldo del precio de la compraventa; y la cláusula penal, por haber sido pactada en su función de apremio y no como tasación anticipada de los perjuicios, no puede admitirse como base de pedimento indemnizatorio. Como se explicará, el Tribunal accederá a la pretensión relativa a la cláusula penal, con reducción en su monto en atención a que está demostrado el cumplimiento parcial del contrato de promesa, con la aclaración de que su valor no tiene función indemnizatoria.

Por lo anterior, entiende el Tribunal que no puede abrirse paso esta pretensión habida consideración de la manera como fue estipulada la cláusula penal y a la improcedencia de los intereses moratorios.

7. ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES DE CONDENA

7.1 Primera pretensión de condena

Esta pretensión está planteada en la reforma de la demanda en los siguientes términos:

"Primera. Que se ordene a BCC a comparecer a la Notaría Treinta y Uno del Círculo de Bogotá a las 10:00 a.m. del quinto día hábil siguiente de la fecha del laudo para proceder con la firma de la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y de las mejoras sobre el Predio, o en la fecha que lo estime conveniente el Tribunal."

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

El Tribunal Arbitral despachará favorablemente la primera pretensión de condena, en la medida en que se ha constatado, en los términos que preceden, que las cuatro condiciones pactadas en la cláusula quinta del contrato de promesa de compraventa se han consumado. A la situación anterior se suma que las partes, concretamente en la cláusula séptima del contrato de promesa de compraventa, se obligaron a suscribir la Escritura Pública de Compraventa *"el quinto (5º) día hábil siguiente a la fecha en que la PROMITENTE COMPRADORA notifique por escrito a LOS PROMITENTES VENEDORES que se han cumplido las condiciones previstas en la cláusula Quinta"*.

En la medida en que la notificación antes referida se entiende surtida mediante el presente laudo, y toda vez que es viable que luego de éste emitirse se presenten solicitudes de corrección y aclaración de dicha providencia; con el propósito de brindar certeza a las partes sobre la fecha en la que se debe perfeccionar el contrato de compraventa del inmueble denominado La Esmeralda y de las mejoras sobre el denominado "Predio", se procederá a fijar el **7 de noviembre de 2019 a las 10:00 a.m.** como momento para suscribir dicha Escritura Pública en la Notaria Treinta y Uno del Círculo de Bogotá.

7.2 Segunda pretensión de condena

La Convocante formuló la segunda pretensión de condena de la siguiente manera:

"Segunda. Que se condene a BCC al pago de la última parte del precio pactado en el contrato de promesa de compraventa, de MIL OCHOCIENTOS SESENTA MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS SETECIENTOS PESOS (\$1.860.896.700,00) de la siguiente manera: OCHOCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS (\$814.142.306,25), correspondientes a la señora GLORIA LUCÍA ECHEVERRY LACOUTURE. OCHOCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS (\$814.142.306,25), correspondientes al señor JOSÉ DANIEL ECHEVERRY LACOUTURE. DOSCIENTOS TREINTA DOS MILLONES SEISCIENTOS DICE MIL OCHENTA Y SISE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$232.612.087,50) correspondientes a la señora LISSET MONTERROZA MEYER."

El Tribunal Arbitral, con la acotación temporal que más adelante se indica, accederá a la segunda pretensión de condena toda vez que, como se anticipó, las condiciones pactadas por las partes para la celebración del contrato de promesa ya se cumplieron, quedando

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

obligadas a suscribir la correspondiente Escritura Pública de Compraventa en los términos señalados por el presente laudo; sin embargo, tal y como se pactó en el ordinal d) de la cláusula cuarta, modificada por el Otrosí No. 2 suscrito el 21 de noviembre de 2012, el saldo equivalente a MIL OCHOCIENTOS SESENTA MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS SETECIENTOS PESOS (\$1.860.896.700,00), ***"será pagado dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha en la que se haya firmado la escritura pública de compraventa y se haya expedido el Folio de Matricula Inmobiliaria donde conste el derecho que adquiere la PROMITENTE COMPRADORA"*** (resaltado del Tribunal).

Como se puede entonces constatar, en virtud de la evidente voluntad de las partes, en el contrato de promesa celebrado entre ellas se estipularon de forma copulativa dos condiciones para que naciera la obligación de pagar la última cuota del precio de la compraventa prometida, a saber: (i) la suscripción de la correspondiente escritura pública de compraventa (título), que ha sido fijada por el Tribunal para el **7 de noviembre de 2019**; y (ii) la expedición del ***"Folio de Matricula Inmobiliaria donde conste el derecho que adquiere la PROMITENTE COMPRADORA"***, es decir, la inscripción de dicho título ante la correspondiente oficina de instrumentos públicos (modo).

Debido a que a la fecha de expedición del presente laudo no se han cumplido las referidas condiciones y, en consecuencia, aún no ha nacido la obligación de pagar la última cuota del precio, el Tribunal Arbitral condenará a la Convocada a pagar dicho saldo del precio, conforme a lo pactado por las partes en el ordinal 'd)' de la cláusula cuarta, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al cumplimiento de las dos condiciones anteriormente citadas y descritas.

7.3 Tercera pretensión de condena

La tercera pretensión de condena fue planteada así:

"Tercera. Que se condene a BCC al pago de los intereses moratorios sobre el capital adeudado a la tasa máxima legal desde la fecha de notificación de la demanda arbitral inicial (reconvención judicial) hasta su fecha efectiva de pago."

Además del reparo planteado por la Convocada en relación con la imposibilidad de cobro simultáneo de intereses y de cláusula penal, lo que condujo a las Convocantes en su

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

alegato de conclusión a señalar de manera explícita su intención de optar por la pena, el Tribunal Arbitral quiere dejar en claro que de cualquier manera no podría acceder a la tercera pretensión de condena debido a lo ya dicho en relación con la obligación de pago del último saldo del precio. En este sentido, como tal obligación aún no ha nacido y, en consecuencia, no es exigible, es imposible condenar a la promitente compradora al pago de intereses moratorios sobre una suma de dinero que aún no está obligada a pagar.

Como ya se ha explicado, la última cuota del precio a cargo de la promitente compradora se causará luego de verificar las dos condiciones establecidas por las partes en la cláusula cuarta del contrato de promesa de compraventa; es decir, dentro de los treinta (30) días calendario luego de haberse suscrito la escritura pública de compraventa y de obtener el correspondiente certificado de libertad y tradición en donde se dé cuenta de la transferencia del derecho real de propiedad a favor de la promitente compradora.

Por las anteriores razones no prosperará esta pretensión de condena.

7.4 Cuarta Pretensión de Condena

Mediante la cuarta pretensión de condena la Convocante solicitó lo siguiente:

"Cuarta. Que se condene a BCC al pago correspondiente a la cláusula penal del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026, por valor de CINCO MIL MILLONES DE PESOS (\$5.000.000.000,00) y a los intereses moratorios a la tasa máxima legal desde la fecha de notificación de la demanda arbitral inicial (reconvención judicial) hasta su fecha efectiva de pago."

Procede el Tribunal Arbitral a examinar la aplicación en la presente controversia de la cláusula penal acordada por las partes en el contrato de promesa, cuyo tenor señala:

"NOVENA. SANCIÓN PECUNIARIA. El incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones pactadas en este documento hará que la parte incumplida pague a la cumplida una suma de CINCO MIL MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$5.000.000.000 M/CTE); para el cobro de la misma bastará con una prueba sumaria del incumplimiento y no será necesario requerimiento alguno. En ningún caso, el pago de la suma pactada liberará a la parte que la deba pagar del cumplimiento de sus obligaciones".

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Respecto del alcance de la cláusula penal pactada por las partes es importante resaltar dos aspectos: (i) las partes acordaron expresamente que el pago de la pena no extingue las obligaciones incumplidas, es decir, y conforme con lo dispuesto en el artículo 1594 del C.C., aplicable a este contrato comercial en virtud de la remisión prevista en el artículo 822 del C.Co., con base en la cláusula penal estipulada en la promesa es posible demandar simultáneamente el pago de la pena y el cumplimiento de las obligaciones incumplidas; y (ii) resulta aplicable la prohibición contenida en el artículo 1600 del C.C. consistente en no poder demandar simultáneamente el pago de la pena y la indemnización de perjuicios, pues de la literalidad de la cláusula penal pactada por las partes no se desprende dicha posibilidad, como lo exige el referido artículo. Sobre este segundo punto, según quedó dicho, en sus alegatos de conclusión los Convocantes indicaron expresamente su intención de optar por la pena y no por la indemnización de perjuicios⁹⁹, manifestación que el Tribunal Arbitral considera acorde con lo dispuesto en el artículo 1600 del C.C., esto es, que "(...) siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena".

Sobre la naturaleza de la cláusula penal objeto de estudio, concluye el Tribunal que ella no fue pactada como tasación o cuantificación anticipada de los perjuicios, sino en la modalidad conocida por la doctrina como de apremio.

El Tribunal hace suyas las palabras de Ospina Fernández sobre el particular:

"Por tanto, en estas hipótesis [se refiere a las previstas en los artículos 1594 y 1600 del Código Civil] la pena no reemplaza ni a la obligación principal ni a su indemnización compensatoria, (...). De suerte que si la satisfacción de la pena deja a salvo la obligación principal, o la indemnización de perjuicios, o ambas, dicha pena asume exclusivamente el carácter de un apremio al deudor..."¹⁰⁰

⁹⁹ "Para los efectos del artículo 1600 del Código Civil según el cual siempre estará al arbitrio del acreedor decidir si pide la indemnización o la pena, dejamos claro que decidimos la Cláusula Penal, como bien nos lo permite la ley, por lo tanto no son procedentes los reproches de la Demandada frente a la improcedencia de la Cláusula Penal, ya que no es una decisión que le corresponde a la Demandada sino a los reclamantes". "Siendo que el artículo no limita la posibilidad para realizar dicha escogencia, sino que establece que podrá hacerlo siempre, en el evento que el Tribunal considere que efectivamente se estaría pidiendo a la vez la pena y la indemnización, expresamente manifestamos que decidimos pedir la pena, esto es, la Cláusula Penal". Alegatos de conclusión de los Convocantes, páginas 62, 63 y 71.

¹⁰⁰ Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Reimpresión de la 4ª edición. Temis, Bogotá, Pág. 156.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

El carácter de cláusula penal estipulada en función de apremio es claro pues en el caso bajo examen, como a continuación se explica, ciertamente la parte final de la cláusula novena del contrato de promesa dispone que *"en ningún caso, el pago de la suma pactada liberará a la parte que la deba pagar del cumplimiento de sus obligaciones"*. Por manera que en la medida en que las partes entendieron que por el pago de la pena no se entenderían extinguidas las obligaciones contractuales, es claro que no mediaba en su estipulación una tasación anticipada de perjuicios, - ya que tal supuesto habría significado la posibilidad de un cobro doble: las obligaciones principales y su indemnización compensatoria- sino con el carácter de apremio en caso de incumplimiento.

Ahora bien, en el artículo 867 del C.Co., que regula la cláusula penal en materia mercantil, se dispone lo siguiente:

"Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

"Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

"Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte."

Puede apreciarse claramente que en este aspecto el texto legal que acaba de citarse no constituye excepción o norma especial frente a los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, por lo que la conclusión acerca de la naturaleza de la cláusula penal pactada no sufre alteración ninguna.

Independientemente de la naturaleza de la cláusula penal, ella es susceptible de reducción si se dan los supuestos señalados en el artículo 867 del Código de Comercio. Por lo que procede a continuación el Tribunal a plantear sus consideraciones, basadas en dicha norma, para encontrar de recibo el planteamiento hecho por la Convocada en sus alegaciones finales en el sentido de que la cláusula penal debe ser reducida; ello en la medida en que, de una parte, no todas las obligaciones cuyo incumplimiento se constató son determinadas o determinables en una suma cierta de dinero, y de otra, según ha

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

quedado suficientemente explicado arriba, en el presente caso no se está en presencia de un incumplimiento total. Así pues, por haberse constatado que las obligaciones derivadas del contrato de promesa fueron ciertamente cumplidas en parte, resulta procedente la reducción permitida por la ley.

Para el efecto, el Tribunal Arbitral plantea las siguientes consideraciones respecto de los incumplimientos del contrato de promesa por la Convocante que dan lugar a la aplicación de la cláusula penal, a saber: el incumplimiento del deber de información en los términos expuestos al despachar las pretensiones declarativas; el incumplimiento de la obligación de notificar por escrito el cumplimiento de las condiciones de la cláusula quinta, lo que desencadenó la falta de otorgamiento de la escritura pública de venta y posterior registro y que a su vez incidió en el no pago del saldo del precio; y el incumplimiento de la obligación de pagar el impuesto predial y los servicios públicos del predio La Esmeralda.

En cuanto los dos primeros incumplimientos, asuntos que para el Tribunal Arbitral conforman un mismo núcleo temático, se considera que aunque ellos, en sí mismos considerados, no son determinables en una suma cierta de dinero, fueron decisivos para el no perfeccionamiento oportuno del contrato prometido, lo que finalmente desembocó en la falta de pago del saldo insoluto de su precio. En este orden de ideas, conforme a lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 867 del C.Co., el Tribunal Arbitral considera que desde el punto de vista económico, el interés asociado al cumplimiento de estas obligaciones coincide con el valor de dicho saldo -que constituye un punto de referencia objetivo y razonable- puesto que, según quedó demostrado, los promitentes vendedores ya recibieron, y en forma oportuna, el pago de doce mil ochocientos sesenta y un millones de pesos (\$12.861.000.000) que equivalen aproximadamente al ochenta y siete por ciento (87%) del valor total del precio de la venta prometida.

En cuanto hace al incumplimiento en el pago de los servicios públicos, y según lo probado en el proceso, el monto de las prestaciones incumplidas asciende a la suma de \$5.205.298 que corresponde a un millón setecientos ochenta y cinco mil novecientos veinte pesos (\$1.785.920) por concepto del servicio público de energía eléctrica, y a tres millones cuatrocientos diecinueve mil trescientos setenta y ocho pesos (\$3.419.378)¹⁰¹ por concepto de la tasa por uso de agua (estos valores no incluyen los intereses moratorios causados en favor de Electricaribe y Corpoguaajira). En consecuencia, en relación con el incumplimiento de esta obligación y conforme a lo dispuesto en el segundo inciso del

¹⁰¹ Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folio 114.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

citado artículo 867 del C.Co., la suma de estos dos valores será la que se tome en cuenta para efectos de la graduación del apremio. Respecto del pago del impuesto predial a favor del Municipio de Fonseca, lo cierto es que se acreditó el pago, así fuera tardío, razón por la cual no se incluye en la determinación del monto de la pena derivada de la cláusula novena del contrato de promesa.

Por lo anterior, y con base en las reglas previstas en el mencionado artículo 867 del C.Co., el Tribunal considera que aplicar la totalidad del monto de la cláusula penal pactada, esto es, cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), resulta manifiestamente excesivo. Por tanto, con apoyo en las anteriores consideraciones y teniendo en cuenta el interés de los Convocantes respecto de la fracción aún no cumplida del Contrato de Promesa, el Tribunal reducirá la cláusula penal a una cifra que se puede estimar en el valor de la última cuota del precio pactado por las partes, esto es, la suma de mil ochocientos sesenta millones ochocientos noventa y seis mil setecientos pesos (\$1.860.896.700), y en el aludido valor de impuestos y servicios públicos (\$5.205.298). Por tanto, se condenará al pago, a título de cláusula penal, de la suma de \$1.866.101.998, con lo que prospera parcialmente la pretensión cuarta de condena y se declarará no probada la excepción décima denominada "IMPROCEDENCIA DE EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL".

Ahora bien, respecto del reconocimiento de intereses moratorios sobre el valor de la cláusula penal, que para tales efectos es el capital o principal, el Tribunal lo considera de recibo, y al respecto resalta el planteamiento expuesto por Aída Kemelmajer de Carlucci que a continuación en aparte pertinente transcribe:

"Se trata de resolver si producida la mora de pagar una cláusula penal que tenga por objeto dar sumas de dinero, ésta devenga intereses. Si la cláusula es compensatoria, no abrigamos ninguna duda sobre la procedencia de los intereses sobre la suma adeudada. En contra de esta posición podría sostenerse que ella viola el principio de inmutabilidad de la pena previsto en el art. 655, porque en definitiva el acreedor estaría percibiendo más de la indemnización tarifada. A tal argumento cabe contestar que los intereses moratorios no resarcan en este caso el incumplimiento de la obligación principal (que es lo que la cláusula prevé), sino la demora en el pago de la cláusula. Ya hemos expuesto que, producido el incumplimiento, la pena adquiere cierta vida independiente. El deudor es, si se nos permite la expresión, incumplidor por "partida doble": al incumplir la principal debe la pena (si el acreedor optó por ésta); pero además debe los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la pena, que están

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

representados por los intereses que la suma pactada ha devengado. Dicho de otra manera: los intereses no resarcan el incumplimiento de la principal, sino el cumplimiento tardío de la cláusula penal. (...) Aun a riesgo de resultar reiterativos, insistimos en que, incumplida la cláusula penal y estando en mora en su obligación de pagarla, el deudor asume todos los riesgos de la contratación, debiendo indemnizar – evidentemente– al acreedor por la demora en el pago de la accesoría (ya sea que el acreedor haya optado por ella o la haya acumulado a la principal por previsión contractual). En tal sentido se ha resuelto que procede disponer el pago de los intereses desde la interposición de la demanda sobre la suma que se fijó como pena por violación del contrato.

"Las penas moratorias, en cambio, provocan algunas dudas. Si ellas acceden a obligaciones que no tienen por objeto dar sumas de dinero, deben regir los mismos principios expuestos en el punto anterior. Ningún inconveniente legal existe en que éstas devenguen intereses. Por ej., la vendedora se ha obligado a entregar la cosa enajenada en el término de 30 días, bajo apercibimiento de que si no lo hace pagará una pena de \$100 diarios por cada día de demora. No existen razones ni legales ni morales para eximir al vendedor incumplimiento de los intereses correspondientes a los \$100 diarios. En efecto, la cláusula penal opera a la manera de un capital impago que debe reeditar intereses por todo el tiempo que el deudor contraría la palabra empeñada de pagar en tiempo oportuno. El argumento de la inmutabilidad de la pena se contesta con las mismas réplicas efectuadas al tratar la cláusula compensatoria."¹⁰²

El Tribunal comparte las consideraciones que se han citado las cuales, con fundamento en los artículos 1595 y 1608 del Código Civil y 94 del Código General del Proceso son de recibo en el derecho colombiano en lo que se refiere a intereses moratorios por el no pago de la cláusula penal dineraria independientemente de si es indemnizatoria o simplemente punitiva, o de apremio, pues es procedente desde la constitución en mora de su deudor.

Con base en todo lo expuesto, el Tribunal resolverá que se ha hecho exigible la así llamada por las partes sanción pecuniaria, y en consecuencia, declarará que prospera parcialmente la CUARTA pretensión de condena, por lo que se condenará a la Convocada a pagar la suma de \$1.866.101.998, más los intereses moratorios, liquidados a la tasa máxima legal,

¹⁰² Kemelmajer de Carlucci, Aída. La Cláusula Penal. Ediciones Depalma Buenos Aires. 1981. Págs. 240 a 242.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

que se han causado desde el cinco (5) de febrero de 2018, fecha de notificación del auto No. 3 admisorio de la demanda inicial, de acuerdo con el siguiente cuadro:

		Interes Anual Efectivo						
			No. Resol	Interes Cte	Interés de			Interés
Período		No. de	Super ba	Bancario	mora	Capital	Intereses	Acumulado
Inicio	Final	días						
5/02/18	28/02/18	24	131	21,01%	31,52%	1.866.101.998	33.919.044	33.919.044
1/03/18	31/03/18	31	259	20,68%	31,02%	1.866.101.998	43.316.109	77.235.153
1/04/18	30/04/18	30	398	20,48%	30,72%	1.866.101.998	41.543.787	118.778.939
1/05/18	31/05/18	31	527	20,44%	30,66%	1.866.101.998	42.869.958	161.648.898
1/06/18	30/06/18	30	687	20,28%	30,42%	1.866.101.998	41.183.571	202.832.469
1/07/18	31/07/18	31	820	20,03%	30,05%	1.866.101.998	42.105.176	244.937.644
1/08/18	31/08/18	31	954	19,94%	29,91%	1.866.101.998	41.936.854	286.874.498
1/09/18	30/09/18	30	1112	19,81%	29,72%	1.866.101.998	40.334.060	327.208.559
1/10/18	31/10/18	31	1294	19,63%	29,45%	1.866.101.998	41.355.850	368.564.409
1/11/18	30/11/18	30	1521	19,49%	29,24%	1.866.101.998	39.753.242	408.317.651
1/12/18	31/12/18	31	1708	19,40%	29,10%	1.866.101.998	40.923.548	449.241.199
1/01/19	31/01/19	31	1872	19,16%	28,74%	1.866.101.998	40.471.321	489.712.520
1/02/19	28/02/19	28	111	19,70%	29,55%	1.866.101.998	37.432.333	527.144.853
1/03/19	31/03/19	31	263	19,37%	29,06%	1.866.101.998	40.867.083	568.011.936
1/04/19	30/04/19	30	389	19,32%	28,98%	1.866.101.998	39.443.876	607.455.813
1/05/19	31/05/19	31	574	19,34%	29,01%	1.866.101.998	40.810.600	648.266.412
1/06/19	30/06/19	30	697	19,30%	28,95%	1.866.101.998	39.407.443	687.673.856
1/07/19	31/07/19	31	829	19,28%	28,92%	1.866.101.998	40.697.579	728.371.435
1/08/19	31/08/19	31	1018	19,32%	28,98%	1.866.101.998	40.772.934	769.144.369
1/09/19	30/09/19	30	1145	19,32%	28,98%	1.866.101.998	39.443.876	808.588.245
1/10/19	16/10/19	16	1293	19,10%	28,65%	1.866.101.998	20.722.140	829.310.385

Valga reiterar que estos intereses moratorios no corresponden a una indemnización de perjuicios por el incumplimiento de una de las obligaciones principales caucionadas, pues ya se explicó que la sanción pecuniaria pactada no cumple una función indemnizatoria, ni da lugar a cobrar indemnización de perjuicios y pena; puesto que se trata de intereses moratorios derivados de la mora en el pago de la sanción pecuniaria.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

7.5 Pretensiones de condena quinta y sexta

La pretensiones quinta y sexta de condena presentadas por la demandante consisten en:

"Quinta. *Que se condene a la Demandada al pago de las costas y gastos de funcionamiento del Tribunal Arbitral."*

"Sexta. *Que se condene a la Demandada al pago de las agencias en derecho a favor de los Demandantes."*

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como *"los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso."*¹⁰³

En esta materia, el proceso se rige tanto por la Ley 1563 de 2012 como por el Código General del Proceso, norma que en su artículo 365 dispone lo siguiente:

"En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

"1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

"2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

(...)

"5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

¹⁰³ Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

"(...)

"8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...)."

En el presente caso prosperan las pretensiones declarativas principales, al igual que la mayoría de las pretensiones denominadas "Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes a todos los grupos de pretensiones", y también se acoge gran parte de las pretensiones de condena, si bien con algunas diferencias en los montos reconocidos; paralelamente se niegan la mayoría de las excepciones formuladas por la Convocada.

En virtud de lo anterior, el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en la norma citada, determina que las costas del proceso se distribuyen entre las partes del proceso en un veinte (20%) por ciento a cargo de la convocante y en un ochenta por ciento (80%) a cargo de la convocada, de acuerdo con la siguiente liquidación:

7.5.1 Honorarios y Gastos del Trámite Arbitral.

Concepto	Valor
Honorarios de los 3 Árbitros	\$ 308.700.000
IVA 19%	\$ 58.653.000
Honorarios de la Secretaria	\$ 51.450.000
IVA 19%	\$ 9.775.500
Gastos de Administración - Centro de Arbitraje	\$ 51.450.000
IVA 19%	\$ 9.775.500
Gastos de funcionamiento del Tribunal	\$ 10.000.000
Total	\$ 499.804.000

Teniendo en cuenta que i) la convocante pagó inicialmente el cien por ciento (100%) de los honorarios y gastos fijados por el Tribunal; ii) que la convocada posteriormente le reembolsó el cincuenta por ciento a su cargo, con lo cual la convocante asumió el cincuenta por ciento a su cargo, y iii) que de acuerdo con la decisión adoptada la convocante solo debe asumir el veinte por ciento (20%) de los mismos, para dar

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

cumplimiento a tal decisión se condenará a Best Coal Company S.A.S. a pagar a favor de la parte convocante la suma de ciento cuarenta y nueve millones novecientos cuarenta y un mil doscientos pesos (\$149.941.200) por concepto de gastos y honorarios del Tribunal Arbitral.

7.5.2 Agencias en derecho

Para la fijación de las agencias en derecho el Tribunal acudirá a un criterio de *razonabilidad*, toda vez que no advierte tacha en la conducta procesal de las partes o de sus apoderados, quienes, por el contrario actuaron a lo largo del proceso con apego a la ética y al profesionalismo. Por lo anterior, considera razonable establecerlas en un total de \$102.900.000, monto que debe ser asumido en un ochenta por ciento (80%) por la parte Convocada, de manera tal que esta deberá pagar a la parte Convocante la suma de ochenta y dos millones trescientos veinte mil pesos (\$82.320.000).

7.5.3 Gastos en que incurrió la parte Convocante

La parte Convocante presentó una liquidación de los gastos en que incurrió, con los respectivos soportes, por un valor total de **\$1.160.400**, suma que el Tribunal encuentra acreditada respecto de los siguientes conceptos¹⁰⁴:

- | | |
|---|------------|
| - Radicación documentos según tabla anexa: | \$344.500. |
| - Tiquetes aéreos de los convocantes para atender diligencia de declaración de parte: | \$815.900. |

Tal como se dijo líneas atrás, la parte convocada debe asumir ochenta por ciento de las costas del proceso y dentro de estas se encuentran los gastos en que incurrió la parte convocante y que quedaron probados en el proceso. De acuerdo con lo anterior, para dar cumplimiento a la decisión adoptada en materia de costas se condenará a Best Coal Company S.A.S. a pagar a favor de la parte convocada la suma de novecientos veintiocho mil trescientos veinte pesos (\$928.320).

¹⁰⁴ Cuaderno Principal No. 4.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

7.5.4 Condena en costas total

De acuerdo con la liquidación anterior, la parte convocada deberá pagar a favor de la convocante por concepto de costas del proceso, las siguientes sumas de dinero:

Honorarios y Gastos del Tribunal:	\$ 149.941.200
Costos incurridos por la convocante con motivo del proceso:	\$ 928.320
Agencias en derecho:	\$ 82.320.000
 Total:	 \$ 233.189.520

En consecuencia, el Tribunal acogerá parcialmente las pretensiones quinta y sexta de condena.

8. JURAMENTO ESTIMATORIO

La parte convocante estimó bajo juramento la cuantía de sus pretensiones, de la siguiente manera:

*"Monto adeudado contrato de promesa de compraventa: \$1.860.896.700,00.
Cláusula Penal: \$5.000.000.000,00.
Total: \$6.860.896.700,00."*

La parte convocada objetó el juramento estimatorio, indicando que las pretensiones de la demanda son económicas y por tanto no susceptibles de estimación juramentada. Señaló que el valor de las obligaciones pactadas en el Contrato de Promesa de Compraventa no corresponde a indemnizaciones, compensaciones o pago de frutos y mejoras, y afirmó que el Tribunal Arbitral no puede "*dar valor probatorio*" al juramento estimatorio, y en consecuencia, salvo plena prueba en contrario, no puede reconocer los valores relacionados por la convocante.

Para el análisis de este tema el Tribunal parte de lo previsto en el artículo 206 del C.G.P., que establece lo siguiente:

"Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

"Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

"Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

"Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

"El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

"El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

"Parágrafo. *También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, a favor del Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá*

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas."

"La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte."

Como se observa, la norma consagra la aplicación de una sanción a cargo de quien realiza el juramento estimatorio, cuando lo estimado exceda en un 50% la suma que finalmente resulte probada, o cuando se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios siendo esto imputable al actuar negligente o temerario de la parte.

Analizado el resultado del proceso observa el Tribunal que no se dan las hipótesis establecidas en la ley para imponer las sanciones que la misma contempla, en tanto que el monto estimado bajo juramento no es superior en un cincuenta por ciento que aquel que resultó probado y tampoco sucede que las pretensiones que no prosperan carezcan de demostración de los perjuicios.

Por las razones anteriores, el Tribunal se abstendrá de imponer la sanción contemplada en el artículo 206 del C.G.P.

Finalmente, en cumplimiento de lo previsto en el primer inciso del artículo 280 del C.G.P. el Tribunal destaca que a lo largo del proceso, las partes y sus apoderados obraron con apego a la ética y a las prácticas de buena conducta procesal que eran de esperarse de unas y de otros, por lo cual no cabe censura o reproche alguno, y menos la deducción de indicios en su contra.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre **Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture**, como parte convocante, y **Best Coal Company S.A.S.**, como parte convocada, en decisión unánime, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

RESUELVE

Primero. Declarar no probadas las excepciones primera y segunda que la Convocada denominó *"El tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre las pretensiones primera y segunda declarativas"* e *"Indebida integración del contradictorio – Falta de legitimación en la causa por pasiva de BCC respecto de las pretensiones derivadas de responsabilidad precontractual"*, respectivamente

Segundo. Declarar no probada la excepción tercera que la Convocada denominó *"Inexistencia de posición de dominio de CCX en la estructuración, redacción, negociación y celebración del Contrato de Promesa de Compraventa de fecha 9 de marzo de 2011 y sus otrosíes"*.

Tercero. Declarar que prospera la excepción cuarta que la Convocada denominó *"Ausencia de abuso de posición de dominio de CCX en la estructuración, redacción, negociación y celebración del Contrato de Promesa de Compraventa de fecha 9 de marzo de 2011 y sus otrosíes"*.

Cuarto. Declarar no probada la excepción quinta presentada por la Convocada en cuanto se refiere a *"Ausencia de posición de dominio contractual"*, y declararla probada en lo que se refiere a la *"Ausencia de abuso de derecho de BCC como cesionaria de CCX en el contrato de Promesa"*.

Quinto. Declarar no probada la excepción sexta que la Convocada denominó *"La condición pactada en el literal D) de la cláusula quinta del Contrato de Promesa no es ambigua"*.

Sexto. Declarar no probada la excepción séptima que la Convocada denominó *"Imposibilidad de rebelarse contra los actos propios"*.

Séptimo. Declarar no probada la excepción octava que la Convocada denominó *"Inexistencia de incumplimiento del Contrato de Promesa de Compraventa"*.

Octavo. Declarar no probada la excepción novena que la Convocada denominó *"Imposibilidad de cumplimiento de la obligación de pago de derecho de uso de agua por causa imputable exclusivamente al promitente vendedor"*.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Noveno. Declarar no probada la excepción décima que la Convocada denominó "*Improcedencia de exigibilidad de la cláusula penal*".

Décimo. Declarar que la cláusula quinta del contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 de fecha 9 de marzo de 2011, denominada "CONDICIÓN RESOLUTORIA", fue extendida y dictada por la Promitente Compradora. Con lo anterior prospera la pretensión subsidiara de la primera pretensión declarativa principal.

Décimo Primero. Declarar que la condición suspensiva incluida en el ordinal d) de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 es ambigua debido a una falta de explicación que ha debido darse por la promitente compradora. Con lo anterior prospera la pretensión segunda declarativa principal.

Décimo segundo. Declarar que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026, debe interpretarse en contra de la promitente compradora y a favor de los promitentes vendedores, de conformidad con lo establecido en el artículo 1624 del Código Civil. Con lo anterior prospera la pretensión tercera declarativa principal.

Décimo Tercero. Declarar que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026, se refiere a la adquisición de los derechos reales sobre los inmuebles en los cuales se realizará el pozo minero (*mining pit*) del Proyecto Cañaverales. Con lo anterior prospera la pretensión cuarta declarativa principal

Décimo Cuarto. Declarar que la condición suspensiva incluida en el ordinal d) de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 se encuentra cumplida desde el día 7 de mayo de 2012, fecha del en que se registró la escritura pública de compraventa de los inmuebles "*Villa Tere*" y "*Villa Tere II*". Con lo anterior prospera la pretensión quinta declarativa principal

Décimo Quinto. Por haber prosperado las pretensiones declarativas principales, abstenerse de pronunciarse sobre las pretensiones declarativas subsidiarias.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Décimo Sexto. Declarar que desde el día **7 de mayo de 2012** están cumplidas la totalidad de las condiciones de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026. Con lo anterior prospera la pretensión primera del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes.

Décimo Séptimo. Declarar que desde el **7 de mayo de 2012**, fecha de cumplimiento de la totalidad de las condiciones de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026, surgió la obligación en cabeza de la promitente compradora de notificar el acaecimiento de las mismas a los demandantes para luego proceder a firmar la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y el contrato de compraventa de las mejoras de "El Predio La Esmeralda" al quinto día hábil siguiente, de conformidad con la cláusula séptima del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026. Con lo anterior prospera la pretensión segunda del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes.

Décimo Octavo. Declarar que la promitente compradora no ha cumplido con la obligación de notificar el acaecimiento de las condiciones de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 a los demandantes y luego proceder a firmar la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y el contrato de compraventa de las mejoras de "El Predio La Esmeralda" al quinto día hábil siguiente, y por tanto está incumpliendo el citado Contrato de Promesa de Compraventa. Con lo anterior prospera la pretensión tercera del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes.

Décimo Noveno. Declarar que la promitente compradora incumplió el deber secundario de información derivado del principio de buena fe objetiva. Con lo anterior prospera la pretensión sexta del Grupo de Pretensiones declarativas comunes.

Vigésimo. Declarar que la proumitente compradora no ha cumplido con la obligación contractual de pagar el servicio público suministrado por Electricaribe S.A. ESP, la tasa por uso de agua a favor de Corpoguajira, ni en forma oportuna realizó el pago del impuesto predial del municipio de Fonseca relacionados con La Esmeralda, desde la fecha de la entrega de la tenencia de la misma. Con lo anterior prospera parcialmente la pretensión octava del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes.

Vigésimo Primero. Declarar que la promitente compradora incumplió algunas de las obligaciones derivadas del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Con lo anterior, prospera parcialmente la pretensión novena del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes.

Vigésimo Segundo. Denegar las pretensiones primera declarativa principal y cuarta, quinta, séptima con su subsidiaria y décima del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes.

Vigésimo Tercero. Condenar a Best Coal Company S.A.S. a comparecer a la notaría treinta y uno del círculo de Bogotá el **día 7 de noviembre de 2019 a las 10:00 a.m.** para proceder con la firma de la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y de las mejoras sobre "El Predio". Con lo anterior prospera pretensión primera de condena.

Vigésimo Cuarto. Condenar a Best Coal Company S.A.S. a pagar en favor de los demandantes la última parte de precio pactado en el Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir de que se haya registrado la escritura pública de venta cuya suscripción se ordenó en el numeral anterior y de que se haya expedido el folio de matrícula en donde conste la tradición, en los siguientes montos:

- A favor de GLORIA LUCIA ECHEVERRY LACOUTURE: Ochocientos catorce millones ciento cuarenta y dos mil trescientos seis pesos con veinticinco centavos (\$814.142.306,25).
- A favor de JOSÉ DANIEL ECHEVERRY LACOUTURE: Ochocientos catorce millones ciento cuarenta y dos mil trescientos seis pesos con veinticinco centavos (\$814.142.306,25).
- A favor de LISSET ELENA MONTERROZA MEYER: Doscientos treinta y dos millones seiscientos doce mil ochenta y siete pesos con cincuenta centavos (\$232.612.087,50).

Con lo anterior prospera la pretensión segunda de condena.

Vigésimo Quinto. Condenar a Best Coal Company S.A.S. a pagar en favor de los demandantes la suma de mil ochocientos sesenta y seis millones ciento un mil novecientos

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

noventa y ocho pesos (\$1.866.101.998) por concepto de la cláusula penal pactada en el Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026.

Vigésimo Sexto. Condenar a Best Coal Company S.A.S. a pagar en favor de los demandantes, intereses moratorios a la máxima tasa autorizada en la ley, sobre el valor de la cláusula penal del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 determinado en el numeral anterior, calculados desde la fecha de notificación de auto admisorio de la demanda y hasta la fecha de su pago efectivo, monto que liquidado a la fecha de este laudo asciende a la suma de ochocientos veintinueve millones trescientos diez mil trescientos ochenta y cinco pesos (\$829.310.385).

Con lo dispuesto en este numeral y en el anterior, anterior prospera parcialmente la pretensión cuarta de condena.

Vigésimo Séptimo. Denegar la pretensión tercera de condena.

Vigésimo Octavo. Abstenerse de imponer sanciones derivadas del artículo 206 del C.G.P.

Vigésimo Noveno. Condenar a Best Coal Company S.A.S. a pagar en favor de los demandantes la suma de doscientos treinta y tres millones ciento ochenta y nueve mil quinientos veinte pesos (\$233.189.520), por concepto de costas del proceso.

Con lo anterior prosperan parcialmente las pretensiones quinta y sexta de condena de la demanda.

Trigésimo. Disponer que se expidan copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley.

Trigésimo Primero. Ordenar que se rinda por el Presidente del Tribunal la cuenta razonada a las partes de lo depositado para honorarios y gastos y que se proceda a devolver las sumas no utilizadas de esta última partida, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

Trigésimo Segundo. Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Art. 47 de la Ley 1563 de 2012).

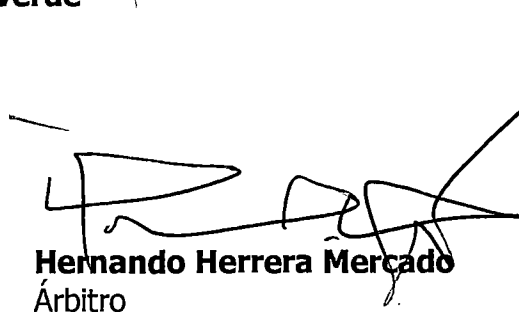
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



Sergio Muñoz Laverde
Presidente



Jorge Pinzón Sánchez
Árbitro



Hernando Herrera Mercado
Árbitro



Gabriela Monroy Torres
Secretaria