

TEMA: ACCIÓN DE RESOLUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS - Comparten los mismos requisitos axiológicos para su prosperidad. / **DELIMITACIÓN DE INMUEBLES QUE EXISTIRÁN EN EL FUTURO** - Pueden ser objetos obligacionales no solo las cosas que existen, sino aquellas que se espera existan, siempre y cuando se determinen en cuanto a su género o se fijen reglas y datos que sirvan para determinar el bien objeto del negocio. / **TRADICIÓN DE INMUEBLES** - La tradición del dominio de un bien, requiere una entrega cualificada, esto es, una en la cual la persona que la ejecuta tiene la facultad e intención de transferir el dominio y su contraparte la capacidad e intención de adquirirlo. /

HECHOS: La empresa demandante formuló acción de declaratoria de cumplimiento contractual y como consecuencia de lo anterior que se ordenara a La Despensa de las Malvinas S.A.S. a pagar la suma de \$335.170.314 por concepto de valor retenido, junto con los intereses moratorios causados desde el 1 de noviembre de 2018. La Despensa de las Malvinas S.A.S formuló demanda de reconvencción con pretensión declarativa de cumplimiento del contrato en contra de Concive S.A.S., y como consecuencia de ello, pretende que se pague a favor de la reconviniendo la suma de \$161.929.686, junto con los intereses moratorios causados desde el 9 de marzo de 2019. El a quo negó todas las pretensiones de la demanda principal, sin embargo, accedió a las pretensiones de la demanda de reconvencción. Inconforme con la decisión el actor interpuso el recurso de apelación. Corresponde a la Sala determinar si los contratantes podían exigir el cumplimiento forzado de la obligación de pago y la manera en que ello debía ocurrir, y el inferior funcional decidió que la forma propuesta por La Despensa de las Malvinas S.A.S. era la correcta.

TESIS: Debe recordarse que, según ha decantado la jurisprudencia civil, las acciones de resolución y cumplimiento de contratos que nacen de los arts. 1546 C.C. y 870 C. Co. comparten los mismos requisitos axiológicos para su prosperidad: a) Existencia y validez del pacto [...]; b) Condición de contratante cumplido o dispuesto a cumplir en el demandante [...]; y c) La ocurrencia de demora, incorrección o falta de ejecución parcial o total de las obligaciones correspondientes al demandado. (...) Sin embargo, lo que diferencia una y otra es que: “Si las obligaciones recíprocas son sucesivas, atendido este orden cronológico el contratante que no vio satisfecha la previa obligación sólo puede pretender el cumplimiento del contrato si cumplió o se allanó a cumplir. Si no ha cumplido ni se ha allanado a hacerlo, puede pretender la resolución con fundamento en el art. 1609, es decir, por el incumplimiento de las obligaciones antecedentes del otro contratante.” (...) Puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió, así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; mientras que si de demandar la consumación del pacto se trata, sólo podrá hacerlo el negociante puntual con independencia de que el otro extremo del pacto haya atendido o no sus compromisos, aun en el supuesto de que estos fueran anteriores. (...) Con respecto a la delimitación de inmuebles que existirán en el futuro, se debe iniciar por recordar que, según el art. 1518 del C.C., pueden ser objetos obligacionales no solo las cosas que existen, sino aquellas que se espera existan, siempre y cuando se determinen en cuanto a su género o se fijen reglas y datos que sirvan para determinar el bien objeto del negocio. (...) La jurisprudencia ha coligado la anterior norma con los arts. 1869 y 1870 del C.C., que rigen la compraventa, y la permuta, y los arts. 2438, 2444 y 2455 del C.C. organizadores de la hipoteca, en el sentido de indicar que todo objeto obligacional debe estar determinado como especie o cuerpo cierto, o delimitado con reglas, datos y criterios que permitan calcularla o identificarla en un momento posterior. (...) En materia de inmuebles, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que su determinación, para el contrato de promesa de compraventa, en

principio debe ceñirse a lo previsto en el art. 31 del Decreto 960 de 1970, por ende, deben ser identificados por: a) Cédula inmobiliaria o registro catastral, si lo tuvieren [...]; b) Nomenclatura [...]; c) Paraje o localidad dónde están ubicados; [...] y d) Por sus linderos o cabida expresada en el sistema métrico decimal. (...) Pero el hecho de que no se cumpla una o varias de las anteriores notas, no implica que el bien sea indeterminado o inexistente, siempre y cuando las partes hayan indicado un número de rasgos del predio con los cuales se pueda especificar y distinguir en forma precisa la heredad a negociar. (...) La tradición del dominio de un bien, requiere una entrega cualificada, esto es, una en la cual la persona que la ejecuta tiene la facultad e intención de transferir el dominio y su contraparte la capacidad e intención de adquirirlo. Sobre este tipo de entrega, explica el art. 747 del C.C. que no debe ser posible confundirla con ninguna otra las derivadas de comodato y mutuo, en las cuales no hay voluntad de trasladar el dominio. (...) Finalmente, indica el art. 741 del C.C. que solo puede ser tradente quien pueda transferir el dominio de la cosa, es decir, su dueño. También pueden hacerla su mandatario, su representante legal o el juez en casos de ventas forzadas por decreto judicial. Aunque el art. 752 del C.C. reconoce los casos en que alguien hace tradición de un bien ajeno, allí se indica que quien tradita de esa manera solamente entrega los derechos que tiene sobre la cosa entregada, salvo que con posterioridad adquiriera el dominio.

M.P. NATTAN NISIMBLAT MURILLO

FECHA: 04/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



"Al servicio de la Justicia y de la Paz Social"

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA TERCERA CIVIL DE DECISIÓN

Magistrado ponente
NATTAN NISIMBLAT MURILLO

Medellín, cuatro (4) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Proceso:	Declarativo
Radicado:	05360310300120220020602
Parte demandante:	Concive S.A.S.
Parte demandada:	La Despensa de las Malvinas S.A.S.
Providencia	Sentencia Civil Nro. 2024 – 7
Tema:	Acción de cumplimiento contractual. Delimitación de inmuebles que existirán en el futuro. Determinación de precios en contratos. Pago de una obligación de transferir la propiedad de un bien. Tradición de Inmuebles.
Decisión:	Revoca sentencia que declara próspera demanda de reconvencción para denegar el libelo principal y el de mutua petición.

ASUNTO POR RESOLVER

Decide el Tribunal la apelación formulada frente a la sentencia emitida el 1 de septiembre de 2023 por el Juzgado 1 Civil del Circuito de Oralidad de Itagüí,¹ en el proceso declarativo instaurado por Concive S.A.S. contra La Despensa de las Malvinas S.A.S.

ANTECEDENTES

1. **La pretensión:** El 16 de agosto de 2022,² la empresa demandante formuló acción de declaratoria de cumplimiento del contrato nro. 034 de 2017: *SUMINISTRO, TRANSPORTE Y CONSTRUCCIÓN DE MAMPOSTERIA EN EL BLOQUE 24 EN LA CENTRAL MAYORISTA DE ANTIOQUIA EN EL MUNICIPIO DE ITAGÜÍ* – contrato 034 – y como consecuencia de lo anterior que se ordenara a La Despensa

1 Expediente digital disponible en: [05360-31-03-001-2022-00206-02](#), carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal, archivo 034GrabacionAudienciaInstruccionJuzgamientoParte2.mp4, minutos 00:00 – 40:00.

2 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal, archivo 001ActaReparto.pdf

de las Malvinas S.A.S. a pagar la suma de \$335.170.314 por concepto de *valor retenido*, junto con los intereses moratorios causados desde el 1 de noviembre de 2018.³

2. **Los hechos:** Como sustento fáctico de las anteriores peticiones se precisó lo siguiente:⁴

2.1. El 23 de octubre de 2017, La Despensa de las Malvinas S.A.S. emitió la invitación privada nro. 08 de 2017, para la contratación de una obra civil de mampostería en el Bloque 24 de la Central Mayorista de Antioquia – Bloque 24 –, bajo la modalidad de «*precio unitario fijo sin fórmula de reajuste y con plazo fijo de ejecución*».

2.2. El comité interno de contratación de La Despensa de las Malvinas S.A.S. escogió a Concive S.A.S. para la realización del proyecto.

2.3. Por lo anterior, las partes suscribieron el contrato 034 el 27 de noviembre de 2017.

2.4. Se acordó que el contrato sería pagado así: el 90% mes a mes durante el plazo de ejecución, y el 10% al finalizar de forma definitiva la obra.

2.5. Las partes convinieron que el 10% final fuera cancelado con el local comercial nro. 02 matrícula 99116 del Bloque 24, al cual se le asignó un valor comercial de \$459.600.000, y que si ese monto era inferior al asignado al local comercial Concive S.A.S. debía cancelar a La Despensa de las Malvinas S.A.S. el saldo «*contra entrega del inmueble*».

2.6. La obra se ejecutó sin contratiempos entre el 2 de enero y el 1 de septiembre de 2018, y Concive S.A.S. recibió los pagos mensuales correspondientes al 90% del precio pactado.

3 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal/, archivo 002Demanda.pdf, folios 8 y 9; y archivo 016MemorialCumpleRequisitos.pdf, folios 10 y 11.

4 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal/, archivo 002Demanda.pdf, folios 2 – 7; y archivo 016MemorialCumpleRequisitos.pdf, folios 4 – 9.

2.7. Por lo anterior, el 1 de noviembre de 2018 las partes suscribieron actas de finalización de contrato y de liquidación bilateral, en las cuales se definió que la obra contratada había sido realizada y recibida a cabalidad por La Despensa de las Malvinas S.A.S.

2.8. En las anteriores actas se indicó que el valor final de la obra, aceptado y realmente ejecutado, entre construcciones iniciales y adicionales fue de \$3.351.703.114, y en consecuencia, Concive S.A.S. tenía derecho a recibir la suma de \$335.170.314.

2.9. El 8 de marzo de 2019 La Despensa de las Malvinas S.A.S. entregó, a título de comodato precario, el local comercial 99114 del Bloque 24 a Concive S.A.S.

2.10. Nunca se hizo la tradición del inmueble expresamente pactado en el contrato 034.

2.11. Producto de la pandemia del COVID-19, Concive S.A.S. no quedó en condiciones financieras óptimas para pagar el excedente, entre la suma debida por La Despensa de las Malvinas S.A.S. y el rubro contenido en el acuerdo objeto de este asunto, y por ello solicitó el 3 de noviembre de 2020 el pago en efectivo del valor acordado.

2.12. El 14 de diciembre de 2020 se recibió como respuesta que Concive S.A.S. estaba forzada contractualmente a vincularse a un encargo fiduciario y hacer el pago de \$161.648.192 al fideicomiso proyecto BLOQUE 24.

2.13. Si bien dentro del contrato 034 se acordó que en caso de controversia esta sería sometida a arbitraje, y este mecanismo fue intentado por la empresa demandante, una vez constituido el Tribunal de Arbitramento y fijados sus honorarios, ninguno de los contendientes los pagó, por lo cual este definió su disolución mediante auto de 27 de mayo de 2022.

3. El trámite de la primera instancia: El juzgado de conocimiento admitió la demanda presentada mediante auto de 26 de septiembre de 2022.⁵

4. La Despensa de las Malvinas S.A.S. fue enterada según lo previsto en el art. 8 del Ley 2213 de 2022,⁶ y dentro del término legal se opuso a las pretensiones presentadas, objetó el juramento estimatorio y planteó las excepciones denominadas: «EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO», y «MALA FE CONTRACTUAL»,⁷ y además demanda de reconvención.

5. La demanda de reconvención: La Despensa de las Malvinas S.A.S formuló pretensión declarativa de cumplimiento del contrato en contra de Concive S.A.S., y como consecuencia de ello, la orden a dicha entidad de vincularse al Fideicomiso Bloque 24 Centro de Negocios, y a pagar a favor de la reconviniente la suma de \$161.929.686, junto con los intereses moratorios causados desde el 9 de marzo de 2019.⁸

6. Como sustento de las súplicas de reconvención se relató que:⁹

6.1. Se coincidió con la totalidad de hechos de la demanda principal, esto es, la suscripción del contrato 034, la modalidad de pago, y la firma de las actas de finalización de contrato y de liquidación bilateral el 1 de noviembre de 2018, y que el valor final debido por La Despensa de las Malvinas S.A.S. a Concive S.A.S., conforme a ese convenio, era de \$335.170.314.

6.2. Sin embargo, se anotó que durante la ejecución del contrato 034, Concive S.A.S. pidió a La Despensa de las Malvinas S.A.S. un préstamo por valor de \$75.000.000 para pagar una obligación con la empresa Indural S.A.

5 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal/, archivo 017AutoAdmiteDemanda.pdf

6 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal/, archivo 018MemorialNotificacionDemandado.pdf, folios 1 – 8.

7 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia, archivo 019MemorialContestacionDemanda.pdf.

8 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C02Reconvencion/, archivo 001DemandaReconvencionAnexos.pdf, folios 5 y 6, y archivo 003MemorialSubsanaRequisitos.pdf, folios 9 y 10.

9 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C02Reconvencion/, archivo 001DemandaReconvencionAnexos.pdf, folios 5 y 6, y archivo 003MemorialSubsanaRequisitos.pdf, folios 9 y 10.

6.3. El mutuo fue realizado el 12 de octubre de 2018, y acordaron las partes descontar ese valor en dos cuotas mensuales de \$37.500.000 en las fechas de pago subsiguientes del convenio objeto del litigio.

6.4. A la fecha de liquidación del contrato 034, Concive S.A.S. aún adeudaba a la reconviniendo la suma de \$37.500.000.

6.5. Por lo cual se estimó razonable hacer compensación de los valores debidos entre las partes, y en consecuencia, indicar que La Despensa de las Malvinas S.A.S. sólo adeudaba a Concive S.A.S. el valor de \$297.670.314.

6.6. Se indicó que con posterioridad a la finalización del contrato 034, esto es el 8 de marzo de 2019, se hizo entrega a título de comodato del bien con nomenclatura definitiva 99114 a Concive S.A.S.

6.7. Expresando que allí, Concive S.A.S. se comprometió a comparecer a la suscripción de la escritura pública de transferencia cuando ello le fuera indicado.

6.8. Concive S.A.S. ha usado el local 99114 desde la fecha de entrega, ha arrendado el inmueble y paga los gastos derivados del bien.

6.9. Por otro lado, se dijo que La Despensa de las Malvinas S.A.S. había suscrito desde 24 de mayo de 2016, contrato de encargo fiduciario de administración e inversión con Alianza Fiduciaria S.A. por lo cual todos los inmuebles derivados del proyecto inmobiliario Bloque 24 eran administrados por dicha entidad.

6.10. En ese sentido, todo beneficiario de área en esa construcción debía suscribir un contrato de encargo y recibir el inmueble por medio de beneficio en fiducia mercantil, previo pago de la totalidad del inmueble.

6.11. Por lo anterior, era evidente que Concive S.A.S. debía ejecutar todos los pasos que exigiera Alianza Fiduciaria S.A. para vincularse al encargo fiduciario y adquirir el local 99114 en tanto esta era una obligación derivada del contrato 034, tal y como La Despensa de las Malvinas S.A.S. informó en requerimientos de 2020 y 2021.

6.11. Asimismo, Concive S.A. debía sufragar la suma de \$161.929.686 la cual correspondía al saldo, entre el precio pactado en el contrato 034 para el inmueble reseñado: \$459.600.000, y la deuda que La Despensa de las Malvinas S.A.S. tenía luego de las compensaciones: \$297.670.314.

7. Mediante auto de 12 de octubre de 2022 se admitió el libelo de mutua petición, y se procedió a correr traslado del mismo.¹⁰

8. Concive S.A. fue enterado por estado de la anterior decisión, pero guardó silencio frente a la demanda de reconvención.

9. **La sentencia apelada:** Luego de agotado el trámite legal, en audiencia celebrada el 1 de septiembre de 2023,¹¹ el juzgado de primer grado denegó la totalidad de las pretensiones elevadas por Concive S.A.S. en su demanda principal y concedió las formuladas por La Despensa de las Malvinas S.A.S. en la reconvención.

10. Para llegar a lo anterior, se inició por resumir los alegatos finales y las posiciones de las partes, así como exponer los lineamientos legales y jurisprudenciales para el caso y relatar su lectura del contrato 034, el acta de entrega de 8 de marzo de 2019 y los interrogatorios de las partes.

11. Con base en ello, estimó que, al no haberse parametrizado en el contrato 034 la forma en que se llevaría a cabo la tradición del local, cualquier forma que La Despensa de las Malvinas S.A.S. escogiera era válida, y Concive S.A.S. no podía exigir de forma unilateral el cambio en la forma de pago pactada en el contrato.

12. En ese sentido, concluyó que La Despensa de las Malvinas S.A.S. había cumplido con su obligación de pago al entregar en comodato precario el bien 99114, el cual cumplía con el área y ubicación pactados en el contrato 034, aunque su nomenclatura fuese diferente.

10 Expediente digital, carpeta 01PrimerInstancia/C01Principal, archivo
034GrabacionAudienciaInstruccionJuzgamientoParte2.mp4, minutos 00:00 – 40:00.

11 Expediente digital, carpeta 01PrimerInstancia, archivo
50.2022.00070VideoAudienciaNueve_L050013103002CSJVirtual_01_20230814_090000_V
08_14_2023 05_02 PM UTC.mp4, minutos 00:00 – 55:00.

13. Asimismo, que la decisión de exigirle a Concive S.A.S. vincularse al encargo fiduciario era válida, puesto que las partes tenían conocimiento de que el proyecto de construcción Bloque 24 había sido realizado bajo el «*esquema de la fiducia*» y ese era su funcionamiento.

14. Por su parte, estimó que Concive S.A.S no había ejecutado sus deberes negociales por no haberse «*allanado a recibir el inmueble mediante su tradición a través del encargo fiduciario*».

15. Finalmente dijo que del valor retenido era posible descontar la suma de \$35.700.000 puesto que era claro el pago hecho por La Despensa de las Malvinas S.A.S. a un tercero y la posibilidad que tenía de recobrar ese valor, punto que no fue refutado por Concive S.A.S. Por ende, el valor al que dicha entidad tenía derecho era la suma de \$297.670.314, el cual era inferior al pactado en el contrato para el local, y le correspondía pagar la diferencia.

16. En consecuencia, ordenó a Concive S.A.S. vincularse al encargo fiduciario para la construcción del Bloque 24, suscribir la posterior escritura pública de transferencia del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 001 – 1364924 a título de beneficiario de área, y pagar a favor de La Despensa de las Malvinas S.A.S. la suma de \$161.929.686, la cual causaría intereses a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia desde la ejecutoria de la decisión.

17. **La apelación:** Fue formulada por Concive S.A.S. dentro de la audiencia de instrucción y juzgamiento,¹² y como reparos presentados en la instancia,¹³ y sustentados ante este tribunal,¹⁴ se presentaron 3 frente a la decisión de instancia:

17.1. Haberse basado en una prueba no aportada al proceso, esto es, el Encargo Fiduciario de Administración e Intervención Bloque 24 Centro de Negocios que se dijo suscrito por La Despensa de las Malvinas S.A.S., del cual derivó una obligación no pactada por las partes en ninguna de las fases del contrato 034, como era la de vincularse a ese negocio.

12 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal, archivo 034GrabacionAudienciaInstruccionJuzgamientoParte2.mp4, minutos 40:10 – 42:55.

13 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal, archivo 035AmpliacionReparos.pdf

14 Expediente digital, carpeta 02SegundaInstancia, archivo 06MemorialSustentacionRecurso.pdf.

17.2. Efectuar un indebido análisis de la prueba documental suscrita entre los extremos procesales, en específico, del Acta de finalización suscrita el 1 de noviembre de 2018, por haber excluido la conclusión de que en ella se había dado paz y salvo a las partes por todo concepto derivado del Contrato 034.

17.3. Omitir la valoración del dictamen pericial decretado y practicado dentro del pleito, en el cual se muestran cambios importantes tanto en el bien recibido por Concive S.A.S. como en el valor que este tenía.

17.4. Realizar una indebida interpretación del contrato de comodato para asimilarlo a una entrega como forma de pago, desconociendo lo previsto en los arts. 2219 y 2220 del C.C.

CONSIDERACIONES

18. **Planteamiento del caso:** En este asunto ambas partes pretenden obtener el cumplimiento de la obligación pactada en la cláusula CUARTA del contrato 034. Concive S.A.S. obteniendo el pago en efectivo de la suma de \$335.170.314 por concepto de *RETENCIONES* hechas durante el pacto, y La Despensa de las Malvinas S.A.S. forzando a su contraparte a integrarse a un negocio fiduciario y cancelarle el monto de \$161.929.686, correspondiente a la diferencia entre el valor pactado para el local acordado como parte de pago (\$459.600.000), más una deuda pendiente de cancelar de Concive S.A.S. (\$37.500.000), menos el monto de *RETENCIONES* (\$335.170.314).

19. Ambos extremos procesales coinciden en que: **a)** Todas las obligaciones de construcción pactadas por el contrato 034, que le correspondían a Concive S.A.S. estaban cumplidas en su totalidad [...]; **b)** El valor final del contrato 034 fue de \$3.351.703.114 [...]; **c)** La Despensa de las Malvinas S.A.S. pagó el 90% del anterior monto, y solamente debía el 10% de este, es decir la suma de \$335.170.314 [...]; y **d)** Conforme a la cláusula CUARTA del contrato 034 ese monto pendiente debía pagarse con el «*local comercial No. 02 con matrícula 99116 en el Semisótano del Bloque 24 Centro de Negocios de la Central Mayorista de Antioquia con un área*

de 15.4 M2 por un valor Comercial de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$459.600.000)».

20. En ese sentido, el litigio fue puesto en determinar si los contratantes podían exigir el cumplimiento forzado de la obligación de pago y la manera en que ello debía ocurrir, y el inferior funcional decidió que la forma propuesta por La Despensa de las Malvinas S.A.S. era la correcta.

21. Por lo anterior, al revisar el contenido de la apelación, se presentan dos problemas jurídicos principales, el primero, establecer si la interpretación de la cláusula CUARTA del contrato 034 y el acta de finalización suscrita el 1 de noviembre de 2018 fueron correctas, para determinar, con base en esa respuesta, si los actos desplegados por La Despensa de las Malvinas S.A.S. de exigir a Concive S.A.S. vincularse a un encargo fiduciario, cobrarle la suma de \$37.500.000, y entregarle el local 99114 a título de comodato precario, estaban o no ajustados al contrato 034 y sus actas de liquidación.

22. Según la respuesta que se dé a los anteriores cuestionamientos, se podrá evaluar la corrección de la sentencia de instancia y los cambios que deban hacerse a esta, según corresponda.

23. Resolución del problema planteado. Primer reparo: Para iniciar el análisis de este asunto debe recordarse que, según ha decantado la jurisprudencia civil, las acciones de resolución y cumplimiento de contratos que nacen de los arts. 1546 C.C. y 870 C. Co. comparten los mismos requisitos axiológicos para su prosperidad: **a)** Existencia y validez del pacto [...]; **b)** Condición de contratante cumplido o dispuesto a cumplir en el demandante [...]; y **c)** La ocurrencia de demora, incorrección o falta de ejecución parcial o total de las obligaciones correspondientes al demandado.¹⁵

15 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (Hoy Civil, Agraria y Rural). Sentencias de 28 de junio de 2022 y 18 de julio de 2023, dictadas en los radicados 11001-31-03-023-2017-00478-01 (SC1962-2022) (Cargo Cuarto, Consideración 1) y 41001-31-03-003-2013-00285-01 (SC194-2023) (Cargo Segundo, Consideración 2.4.4. y Sentencia Sustitutiva, punto 4.1.2.1.), respectivamente. Se anota que cuando el incumplimiento es recíproco, cualquiera de los contratantes puede pedir la resolución o el incumplimiento, pero sin indemnización de perjuicios, como decantó la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (Hoy Civil, Agraria y Rural). Sentencia de 5 de julio de 2019. Radicado 11001-31-03-031-1991-05099-01 (SC1662-2019) (Sentencia Sustitutiva Punto IV)

24. Sin embargo, lo que diferencia una y otra es que:

Si las obligaciones recíprocas son sucesivas, atendido este orden cronológico el contratante que no vio satisfecha la previa obligación sólo puede pretender el cumplimiento del contrato si cumplió o se allanó a cumplir. Si no ha cumplido ni se ha allanado a hacerlo, puede pretender la resolución con fundamento en el art. 1609, es decir, por el incumplimiento de las obligaciones antecedentes del otro contratante.

Tratándose de obligaciones simultáneas el contratante cumplido o que se allana a cumplir, cuenta sin limitación con la alternativa que le ofrece el art. 1546, o sea que puede pretender la resolución o el cumplimiento del contrato.¹⁶

[...] puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió, así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; mientras que si de demandar la consumación del pacto se trata, sólo podrá hacerlo el negociante puntual con independencia de que el otro extremo del pacto haya atendido o no sus compromisos, aun en el supuesto de que estos fueran anteriores.¹⁷

25. Es decir, en las acciones de este tipo corresponde al demandante demostrar no sólo la ejecución de las obligaciones anteriores al incumplimiento de su contraparte, sino además la realización o allanamiento de las posteriores.

26. Con eso de presente, se advierte que las partes no contendieron la existencia o validez del contrato 034, y tampoco observa esta Sala una situación de nulidad absoluta que deba ser declarada de oficio en esta instancia, por lo cual se cumple con el primer requisito de la acción de cumplimiento contractual presentada por Concive S.A.S. como principal, y por La Despensa de las Malvinas S.A.S. como reconvención.

27. Ahora bien, para poder establecer quién es un contratante cumplido, debe primero determinarse la forma en que las partes plasmaron todas y cada una de las obligaciones en el contrato 034, y con ello saber el modo en que, conforme indica el art. 1602 del C.C., establecieron la ley de su relación comercial.

16 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (Hoy Civil, Agraria y Rural). Sentencia de 4 de septiembre de 2000. Radicado 5420.

17 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (Hoy Civil, Agraria y Rural). Sentencia de 25 de junio de 2018. Radicado 11001-31-03-024-2003-00690-01 (SC2307-2018).

28. En este caso, no es necesario hacer un análisis detallado del contrato 034, puesto que los contendientes aceptaron en sus pronunciamientos dentro del proceso que Concive S.A.S. ejecutó el 100% de la obra pactada y que La Despensa de las Malvinas S.A.S. pagó el 90% del valor acordado por el negocio acordado, y sólo se encuentra en disputa el deber de pago del 10% del pacto celebrado, el cual, según las actas de finalización de contrato y liquidación bilateral de 1 de noviembre de 2018, equivalía a la suma de \$335.170.314.

29. Este deber fue regulado en la cláusula CUARTA del contrato 034, en el cual se acordó que durante el contrato se pagaría mes a mes el valor pactado, pero que se retendría el 10% de cada pago mensual como garantía, al cual se le dio el título de *RETENCIONES*, y al finalizar la obra pactada se haría un pago no inferior al 10% del valor total del negocio, el cual estaría compuesto por las *RETENCIONES* y cualquier otro rubro adicional que fuera adeudado.¹⁸

30. Como se dijo, las partes únicamente disputan el monto de \$335.170.314, que constituyó el 10% del valor total del contrato 034 y constitutivo del rubro *RETENCIONES*, según las actas de finalización de contrato y liquidación. Anotando que, respecto de las *RETENCIONES*, se estipuló que *no se reconocería rendimiento financiero alguno*.

31. Según la cláusula CUARTA, para que naciera la obligación de pago de ese 10% final, Concive S.A.S. debía presentar ante La Despensa de las Malvinas S.A.S.: **a)** Carta de devolución de retenciones suscrita por Concive S.A.S. [...]; **b)** Acta de liquidación del contrato [...]; **c)** Aprobación de póliza de estabilidad y calidad de la obra, a favor de La Despensa de las Malvinas S.A.S. por el 20% del valor del contrato, y con duración de 5 años desde el acta de recibo de la obra [...]; **d)** Certificación del representante legal y el revisor fiscal de paz y salvo con los trabajadores, discriminados uno a uno; [...]; **e)** Planos actualizados de construcción, en medio digital e impresos, y manual de mantenimiento y operación con constancia de recibo por la Interventoría [...] y; **f)** Acta de recibo final de la obra suscrita por la Interventoría y la Dirección de Obra.

¹⁸ Expediente digital, carpeta 01PrimerInstancia/C01Principal/, archivo 005Contrato 034 de 2017.pdf, folios 4 – 8.

32. Las partes pactaron que *el retenido final del contrato*, es decir, las *RETENCIONES* por la suma de \$335.170.314, no sería pagado en dinero en efectivo, sino que Concive S.A.S. recibiría *el local comercial No. 02 con matrícula 99116 en el Semisótano del Bloque 24 Centro de Negocios de la Central Mayorista de Antioquia con un área de 15.4 M2*, previa liquidación del contrato y emisión de aval por parte de la interventoría.

33. Aclarando que, si el valor de las *RETENCIONES* no alcanzaba *a cubrir el valor total del local comercial*, *EL CONTRATISTA deberá pagar el saldo con sus propios recursos contra entrega del inmueble*.

34. Es decir que, aparte de la presentación de los documentos atrás reseñados, debía haber un aval adicional para la realización del pago con un bien inmueble, y según fueran o no suficientes los recursos de las *RETENCIONES*, Concive S.A.S. debía cancelar la suma que faltara para completar el valor acordado por el local comercial, o La Despensa de las Malvinas S.A.S. debía entregar el monto que excediera el valor dado.

35. De la lectura del contrato no se advierte que, Concive S.A.S. tuviera la obligación de vincularse a ningún encargo fiduciario como paso previo para obtener el pago de su deuda con un local comercial, solamente se observa que dicha entidad debía presentar una serie de documentos, y una vez allegados estos, le correspondía a La Despensa de las Malvinas S.A.S. hacer las gestiones para que Concive S.A.S. recibiera el bien.

36. Tampoco así lo confesó el representante legal en el interrogatorio de parte rendido dentro del expediente, de hecho, expresamente repelió haber hecho cualquier compromiso, contrato o negociación, escrita o verbal en la cual se obligaran a firmar ningún negocio con Alianza Fiduciaria, y esta empresa sólo fue mencionada por La Despensa de las Malvinas S.A.S. con posterioridad a la firma del acta de liquidación.¹⁹

19 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal/, archivo 028GrabacionAudiencialInicialParte1.mp4, minutos 57:20 – 58:15.

37. En el acta de finalización de contrato se dijo que con ella se daba por finalizado el negocio, pero que Concive S.A.S. se «*compromete a informar del contenido del presente documento a la Compañía Aseguradora COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y a ajustar las vigencias de los amparos contenidos en las pólizas número M-100078817 y M-100011040, si a ello hubiere lugar*».²⁰

38. Mientras que, en el acta de liquidación bilateral, sólo se expresó que Concive S.A.S. podía cobrar la suma de \$335.170.314 «*una vez formalizada esta acta y los requisitos para su devolución*», indicando que el demandante principal tenía pendiente «*ajustar las cuantías de los amparos que hacen parte de la garantía única conforme a la cláusula del contrato y con base en los valores finales consignados en esta acta de liquidación bilateral.*»²¹

39. Es decir, en los documentos de cierre del negocio las partes no modificaron el entendimiento del contrato 034, ni se hizo ninguna mención a que el local contenido en la cláusula CUARTA del pacto debía ser traidado por una fiduciaria, todo lo contrario, refrendaron el contenido del convenio realizado e indicaron expresamente que había pendiente realizar el ajuste de unas pólizas de seguros.

40. La primera mención a un encargo fiduciario sale en el acta de entrega del local 99114 suscrita el 8 de marzo de 2019, en donde se indica el siguiente texto:²²

EL COMODATRIO (*sic*) se compromete a comparecer en la fecha y hora que previamente le indique el comodante a suscribir la respectiva escritura de inmueble del cual es beneficiario de Área, de no hacerlo así adicional a las sanciones previstas en el contrato de Encargo Fiduciario para vinculación al Fideicomiso Bloque 24 Centro de Negocios, se le cobrará como multa la suma de \$500.000 diarios hasta su comparecencia.

41. Sin embargo, dentro del expediente no aparece que Concive S.A.S. haya suscrito ningún negocio con Fideicomiso Bloque 24 Centro de Negocios, y las partes

20 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal/, archivo 006ActaFinalizacionObra.pdf, folios 1 – 3.

21 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal/, archivo 006ActaFinalizacionObra.pdf, folios 4 – 5.

22 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal/, archivo 007ActaEntrega.pdf y carpeta 01PrimeraInstancia/C02Reconvencion/, archivo 001DemandaReconvencionAnexos.pdf, folios 61 – 63.

reconocen que ese documento fue firmado por representantes de ambos extremos del litigio.

42. Luego, la mención apenas transcrita no podría comportar una manifestación de voluntad, puesto que allí literalmente se afirmaba que Concive S.A.S. ya estaba asociada a un encargo fiduciario, pero ese convenio brilla por su ausencia dentro de las pruebas practicadas, y de hecho, la falta de su realización es un punto de conflicto entre los extremos del litigio.

43. Entonces, al analizar las pruebas recabadas dentro del expediente, y respondiendo al primer reparo formulado por Concive S.A.S., es evidente la inexistencia de material probatorio acerca de un encargo fiduciario o de que el demandante principal de alguna forma se hubiera obligado a vincularse a ese negocio.

44. La única conexión remota con un patrimonio autónomo o una fiduciaria aparece en los certificados de tradición y libertad de los predios con matrícula inmobiliaria 001 – 1364924 y 001 – 1364926, correspondientes a los locales 99114 y 99116 del Bloque 24, en donde consta que en la construcción de dicho proyecto participó Fideicomiso Lote La Mayorista como modificador del régimen de propiedad horizontal de la Copropiedad Central Mayorista de Antioquia P.H., pero nada adicional.²³

45. En ese sentido, sí asiste razón a Concive S.A.S en su acusación de que el juzgado de instancia rompió con lo preceptuado en el art. 164 del C.G.P. al haber fallado con base en pruebas que no fueron aportadas al proceso, es decir, un error de suposición.

46. Sin embargo, esa situación por sí sola no implica el derrumbe de la conclusión relativa al fracaso de las pretensiones de la demanda principal, puesto que Concive S.A.S. no aportó al juicio prueba de haber cumplido con los requisitos contemplados en la cláusula CUARTA para obtener el pago de los \$335.170.314, que por concepto de *RETENCIONES* dijo le tenía pendientes La Despensa de las Malvinas S.A.S.

23 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal, archivo 024MemorialPronunciamientoExcepciones.pdf, folios 26 – 30.

47. Recuérdese que, según la cláusula CUARTA y las actas de liquidación y de finalización de contrato, Concive S.A.S. debía cumplir los requisitos pactados en el contrato 034 para la devolución de las *RETENCIONES*, haciendo las actas especial énfasis en el ajuste de cuantías y vigencias de las pólizas de estabilidad y calidad de la obra, que al parecer eran las numeradas *M-100078817* y *M-100011040* de Compañía Mundial de Seguros S.A.

48. En este punto, se advierte que la obligación contenida en la cláusula CUARTA del contrato 034 era condicional, esto es, de aquellas que requieren la ocurrencia de un hecho futuro e incierto para su nacimiento, conforme indica el art. 1530 del C.C.

49. Dentro del proceso ninguna de las partes mencionó, probó o confesó que Concive S.A.S. hubiera ejecutado a cabalidad las obligaciones contenidas en el pacto para obtener el pago de las *RETENCIONES*.

50. Si bien, aparece carta de devolución de retenciones enviada por la demandante principal,²⁴ y en las actas de liquidación y finalización de contrato se indica que había certificación de aportes parafiscales y de seguridad social, no obran dentro del expediente la constancia de recibido por parte de la interventoría de los planos actualizados de construcción y el manual de mantenimiento y operación de la obra; tampoco aparecen la o las pólizas de estabilidad y calidad de la obra a favor de La Despensa de las Malvinas S.A.S. por el 20% del valor del contrato, y con duración de 5 años desde el acta de recibo de la obra.

51. Es decir, en principio no hay claridad de que haya nacido la obligación de pago de La Despensa de las Malvinas S.A.S. a Concive S.A.S., anotando que en las actas de 1 de noviembre de 2018 se hizo énfasis en la importancia de firmar las pólizas, tema que no fue probado en juicio.

52. Sin embargo, ante ese vacío probatorio, no puede otra cosa sino valorar la conducta procesal de las partes de demandarse mutuamente por la forma de

24 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal, archivo 008SolicitudDevolucionRetenido.pdf

ejecución del pago de las *RETENCIONES* pactado en la cláusula CUARTA del contrato 034, tal y como prescribe el art. 241 del C.G.P., como indicativa de que, en efecto, Concive S.A.S. sí acató con todos los deberes a los que contractualmente se obligó para recibir el valor final de la obra.

53. Es decir, si la contienda no fue por el nacimiento de la obligación condicional de pagar la suma de \$335.170.314, sino por su ejecución, ese hecho es indicativo de que Concive S.A.S. ejecutó sus deberes, y que a La Despensa de las Malvinas S.A.S. le corresponde pagar.

54. **Segundo Reparó:** Con eso de presente, se pasarán a revisar los otros tres reparos propuestos, empezando por el relativo a que el descuento de \$37.500.000 en el valor de las *RETENCIONES* resulta contrario a lo dispuesto en el acta de finalización del contrato 034, puesto que de este dependerá la determinación del valor adeudado por La Despensa de las Malvinas S.A.S.

55. La demandada principal allegó con su contestación y demanda de reconvenición, un papel firmado el 12 de octubre de 2018 donde Concive S.A.S. solicita a La Despensa de las Malvinas S.A.S. hacer el pago de \$75.000.000 a un tercero, y a que ese valor sea descontado en las dos actas siguientes. Allí se dijo: «*Este documento hace parte integral del Contrato N° 034 y se adjuntara como prueba de este acuerdo*».²⁵

56. Con base en ese papel, adujo que Concive S.A.S. no había pagado sino la mitad de la deuda adquirida y estaba en mora de pagar la suma de \$37.500.000.

57. Sin embargo, y es otro punto en que asiste razón al demandante principal, se observa que en el acta de finalización de contrato se plasmó lo siguiente: «*Las partes manifiestan libre, espontánea y voluntariamente, que de conformidad, con el contenido de la presente Acta, se declaran a paz y salvo por todo concepto, que no existen obligaciones económicas derivadas del presente Contrato [...]*».²⁶

25 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal, archivo 008SolicitudDevolucionRetenido.pdf, folio 13 y carpeta 01PrimeraInstancia/C02Reconvenion/, archivo 001DemandaReconvenionAnexos.pdf, folio 59.

26 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal/, archivo 006ActaFinalizacionObra.pdf, folios 1 – 3.

58. En el acta de liquidación bilateral, se dijo «*El contratista declara de manera expresa que, con las sumas así pagadas según esta acta de liquidación bilateral, queda a paz y salvo con LA DESPENSA DE LAS MALVINAS por concepto de las obligaciones adquiridas en virtud del contrato. Se excluyen las reclamaciones [...] por los vicios de construcción que puedan resultar en las obras. PARÁGRAFO: Lo anterior, se entiende sin perjuicio de que durante el examen posterior de las cuentas puedan corregirse errores y formular las glosas correspondientes*».²⁷

59. Según el párrafo SÉPTIMO de la cláusula CUARTA del contrato 034, el procedimiento de glosas era el siguiente: «*En caso de que las actas al ser entregadas AL CONTRATISTA le sean devueltas o rechazadas por LA INTERVENTORIA O EL CONTRATANTE, lo cual deberá realizarse de manera fundamentada y por escrito, EL CONTRATANTE procederá a pagar las sumas no disputadas dentro del plazo establecido en la cláusula de forma de pago, mientras las partes definen lo relativo a las observaciones contenidas en las glosas, correspondientes El CONTRATANTE tendrá hasta 30 días calendario para resolver la glosa. Una vez resuelto lo relativo a las sumas en disputa en los casos que le asiste la razón AL CONTRATISTA, este presentará la factura o cuenta de cobro para su respectivo pago con el reconocimiento de intereses*».

60. Lo anterior indica que cuando había controversia entre las partes sobre el pago de una suma dineraria, estas debían glosar el acta, cuenta de cobro o factura presentada, y el otro contratante tenía 30 días para resolver la glosa presentada.

61. En este caso, no se observa que La Despensa de las Malvinas S.A.S. haya hecho ningún requerimiento a Concive S.A.S. frente al paz y salvo que dicha empresa expidió con fecha 1 de noviembre de 2018.

62. Según lo probado en el expediente, sí hubo discusiones entre las partes por unos sobrecostos en que al parecer incurrió Concive S.A.S. y por los cuales discutió desde julio de 2018, los cuales se resolvieron en enero de 2019, al parecer al margen de las actas de liquidación bilateral y de finalización de contrato.²⁸

27 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal/, archivo 006ActaFinalizacionObra.pdf, folios 4 – 5.

28 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal/, archivo 024MemorialPronunciamientoExcepciones.pdf, folios 7 – 25.

63. Lo único que aparece es que La Despensa de las Malvinas S.A.S. inició gestiones para cumplir con su deber de pago en el mes de marzo de 2019 con la entrega de un local a Concive S.A.S., pero no que haya expresado alguna glosa con la cuenta que de común acuerdo suscribió en las actas de 1 de noviembre de 2018.

64. En ese sentido, si la literalidad de las actas indica que con estas las partes quedaron a paz y salvo por todo concepto suscrito con anterioridad a esos documentos, debe estarse a lo allí consignado. Más aún cuando las partes no hicieron el menor esfuerzo probatorio por acreditar en forma completa y detallada cuáles conceptos fueron incluidos en esos documentos.

65. En particular, se tiene que, conforme al párrafo de la cláusula QUINTA del acta de liquidación, se menciona un Anexo 1, en el cual aparecían el detalle de las cuentas del contrato 034. Ese documento no fue aportado por La Despensa de las Malvinas S.A.S., quien era la parte interesada en demostrar la falta de completitud del acta y de su desajuste a la realidad del contrato

66. Luego, como la demandante principal no cumplió con la carga de probar que en el acta de liquidación no se incluyó el préstamo solicitado el 12 de octubre de 2018, el cual fue expresamente vinculado al contrato 034, y por haber alegado ese hecho tenía que acreditarlo, según dispone el art. 167 del C.G.P., es claro que la instancia incurrió en el error endilgado por el apelante.

67. Esto por cuanto el juzgado dio por probado, sin estarlo, que las actas de finalización de contrato y de liquidación bilateral no incluyeron todas y cada una de las obligaciones existentes entre las partes hasta antes de la fecha, en la cual se dijo fueron firmadas, esto es, 1 de noviembre de 2018, sin ningún soporte probatorio, más que su propia inventiva.

68. Decantado lo anterior, se tiene que por la conducta procesal de las partes se infiere que Concive S.A.S. adquirió el derecho de pedir el valor de las *RETENCIONES* del contrato 034, y que, según lo decantado en las actas conclusivas del negocio, el monto adeudado por La Despensa de las Malvinas

S.A.S. era de \$335.170.314, dado que las partes establecieron esa suma como pendiente y a las demás obligaciones derivadas del convenio les dieron paz y salvo.

69. **Tercer reparo:** Continuando con los reparos que Concive S.A.S. formuló frente a la sentencia, dicha entidad expresó que la forma de ejecución realizada por La Despensa de las Malvinas S.A.S. no se correspondía con la pactada en el contrato puesto que, según lo acreditado en el dictamen pericial, el predio 99114, con el cual se pretendía cumplir con la obligación, era *diferente en área, características, ubicación y valor*, por lo cual Concive S.A.S. no estaba obligado a recibirlo.

70. Entonces, según la literalidad de la cláusula CUARTA del contrato 034, el monto de las RETENCIONES sería pagado con el «*local comercial No. 02 con matrícula 99116 en el Semisótano del Bloque 24 Centro de Negocios de la Central Mayorista de Antioquia con un área de 15.4 M2 por un valor Comercial de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$459.600.000)*».

71. Según lo dicho por las partes en sus pronunciamientos durante el proceso, el Bloque 24 no estaba finalizado cuando Concive S.A.S. entró a participar de la obra.

72. En sus interrogatorios de parte, los extremos procesales manifestaron que la obra tuvo varios contratiempos y modificaciones durante su curso, lo cual en general era normal de todo proyecto constructivo, aunque ambos litigantes le asignaron calidades diferentes a esa situación, para Concive S.A.S. los cambios ejecutados por su contendiente rompieron con la licencia urbanística del edificio concedida, mientras que para La Despensa de las Malvinas S.A.S. se estaba dentro del estándar aceptable de modificaciones.

73. Es decir, que la obligación contenida en la cláusula CUARTA del contrato 034 estaba sometida no sólo a las condiciones ya estudiadas para que Concive S.A.S. tuviera derecho al pago, sino además a la existencia del bien que las partes pactaron.

74. Luego el argumento velado en la demanda y la apelación es que, como la cosa pactada como medio de pago no existe, debe aplicarse lo previsto en el art. 1543 del C.C. para dar por extinguida o inválida la condición y autorizar a Concive S.A.S.

el cobro de las retenciones en dinero; o lo indicado en los arts. 1627 y 1648 del C.C., para decir que el demandante principal no está obligado a recibirlo, y puede pedir *la satisfacción por equivalente*, que le permite el art. 1546.²⁹

75. Para analizar esa proposición, debe iniciar por recordar que, según el art. 1518 del C.C., pueden ser objetos obligacionales no solo las cosas que existen, sino aquellas que se espera existan, siempre y cuando se determinen en cuanto a su género o se fijen reglas y datos que sirvan para determinar el bien objeto del negocio.

76. La jurisprudencia ha coligado la anterior norma con los arts. 1869 y 1870 del C.C., que rigen la compraventa,³⁰ y la permuta,³¹ y los arts. 2438, 2444 y 2455 del C.C. organizadores de la hipoteca,³² en el sentido de indicar que todo objeto obligacional debe estar determinado como especie o cuerpo cierto, o delimitado con reglas, datos y criterios que permitan calcularla o identificarla en un momento posterior.

77. En materia de inmuebles, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que su determinación, para el contrato de promesa de compraventa, en principio debe ceñirse a lo previsto en el art. 31 del Decreto 960 de 1970, por ende, deben ser identificados por: **a)** Cédula inmobiliaria o registro catastral, si lo tuvieren [...]; **b)** Nomenclatura [...]; **c)** Paraje o localidad dónde están ubicados; [...] y **d)** Por sus linderos o cabida expresada en el sistema métrico decimal.

78. Pero el hecho de que no se cumpla una o varias de las anteriores notas, no implica que el bien sea indeterminado o inexistente, siempre y cuando las partes

29 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (Hoy Civil, Agraria y Rural). Sentencia de 7 de noviembre de 2003. Radicado 7386.

30 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (Hoy Civil, Agraria y Rural). Sentencias de 10 de agosto de 2015 y 23 de noviembre de 2020, emitidas en los radicados 1100131030312001-00844-01 (SC10497-2015) (Primer Cargo, Consideración 6) y 11001-31-03-031-2001-00844-01 (SC4426-2020) (Consideración 4), respectivamente.

31 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (Hoy Civil, Agraria y Rural). Sentencia de 21 de julio de 2003. Radicado 6995.

32 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (Hoy Civil, Agraria y Rural). Sentencia de 3 de octubre de 2022. Radicado 11001-31-03-032-2015-00070-01 (SC3097-2022) (Cargo Único, Consideraciones 1.4.2. y 1.4.3.).

hayan indicado un número de rasgos del predio con los cuales se pueda especificar y distinguir en forma precisa la heredad a negociar.³³

79. Lo anterior, llevado a este caso, indica para la Sala que la nomenclatura del predio no era un elemento esencial para identificarlo, en tanto las partes convinieron en que era posible que hubiera cambios en las construcciones, luego el hecho de que se usara el local numerado 99114, para darlo en comodato y no el 99116, que fue el descrito en el contrato, no aparece que sea una situación trascendental para considerar que el bien no existe o no es apto para el objeto contratado.

80. Por cuanto no aparece que el número del local haya sido el factor determinante para que Concive S.A.S. aceptara ese medio de pago, sino las otras dos características: que se localizara en el semisótano del Bloque 24 y tuviera un área de 15,4 metros cuadrados.

81. Según la apelación, esa falta de ajuste se acreditaba con el dictamen pericial allegado en la demanda. Allí se dice que el local 99114 está efectivamente ubicado en el Bloque 24, pero tenía un área de 15,32 metros cuadrados; sin embargo, esa conclusión no fue justificada dentro del experticio, solo se dijo que tenía su base en el certificado de tradición del inmueble y la Escritura Pública 1125 de 26 de junio de 2019 de la Notaría 1ª de Itagüí, sin que fuera anexado ninguno de esos documentos junto con el dicho del perito.³⁴

82. Sin embargo, sus conclusiones aparecen refrendadas por los documentos aportados por Concive S.A.S. en el pronunciamiento a las excepciones, los cuales no fueron tachados de falsos o desconocidos por parte de La Despensa de las Malvinas S.A.S.: **a)** copia de un plano y una tabla de áreas en la que se indica que el local 99114 tiene un área privada de 14,74 metros cuadrados y una construida de 15,32 metros cuadrados [...];³⁵ y **b)** El certificado de tradición y libertad del local con

33 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (Hoy Civil, Agraria y Rural). Sentencias de 14 de enero de 2015, 19 de julio de 2022 y 5 de octubre de 2023, dictadas en los radicados 25843-31-03-001-2006-00256-01 (SC004-2015); 11001-31-03-006-2013-00359-01 (SC1964-2022) (Consideraciones 3.2., 4.1. y 4.2.) y 68001-31-03-012-2016-00162-01 (SC313-2023) (Consideraciones 2.2.4. – 2.2.6), respectivamente.

34 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal/, archivo 012AvaluoLocal99114Mayorista.pdf

35 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal/, archivo 024MemorialPronunciamientoExcepciones.pdf, folios 32 y 33.

matrícula inmobiliaria 001 – 1364924, correspondiente al local 99114 este cuenta con un área de 15,32 metros cuadrados.³⁶

83. La pregunta que surge para la Sala es si esa diferencia de 0,08 metros cuadrados entre el área de bien descrito en el contrato 034, y el que efectivamente presenta La Despensa de las Malvinas S.A.S. para pagar su obligación es de tal magnitud que permita a Concive S.A.S. abstenerse de recibirlo, o dar por extinguida o inválida la condición.

84. Y la respuesta al anterior cuestionamiento es que no es una diferencia con la cual se rompa el interés económico del contrato, en tanto el área de 0,08 metros cuadrados luce ínfima para estimarla adecuada para asegurar que el bien cuya existencia se prometió en la cláusula CUARTA del contrato 034 no existe, o es inadecuado para servir de medio de pago.

85. Ahora bien, dijo la empresa apelante que el valor dado al local en el pacto fue un factor trascendente para aceptarlo como medio de pago. Sin embargo, ello no aparece acreditado ni en el convenio inicial, ni en sus actas de liquidación, ni tampoco en las exiguas comunicaciones intercambiadas por las partes que fueron aportadas al juicio, ni en las declaraciones de las partes.

86. Así, aunque el dictamen muestre que para el año de 2021 este tenía un avalúo comercial aproximado de \$418.236.000, el experto César Augusto Villegas López, también indica lo siguiente:³⁷

Es muy importante hacer énfasis en la diferencia existente entre las cifras del avalúo efectuado por VILLEGAS & RAMIREZ S.A.S., y el valor de una eventual negociación. Lo normal es que los dos valores no coincidan porque a pesar de que el estudio que efectúan VILLEGAS & RAMIREZ S.A.S., conduce al "Valor Objetivo" del inmueble, en el "Valor de Negociación" intervienen múltiples factores subjetivos o circunstanciales imposibles de prever, tales como la habilidad de los negociadores, los plazos concedidos para el pago, la tasa de interés, la urgencia económica del vendedor, el deseo o antojo del comprador, la destinación o uso que el comprador le vaya a dar al inmueble, etc., todos los cuales, sumados,

36 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal, archivo
024MemorialPronunciamientoExcepciones.pdf, folios 26 y 27.

37 Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia/C01Principal/, archivo
012AvaluoLocal99114Mayorista.pdf, folio 14.

distorsionan a veces en alto porcentaje -hacia arriba o hacia abajo- el monto del avalúo.

84. Es decir, el perito expresamente indica que el precio final dado por un grupo de personas a un predio dentro un contrato, depende de múltiples factores subjetivos y externos a la tasación que técnicamente pueda hacer un especialista.

85. Esa tesis también ha sido recibida por la jurisprudencia civil, que indicara que, por regla general, la labor de fijación de precios en todo contrato oneroso conmutativo es una de las formas en que se expresa la autonomía de la voluntad *«con la que cada contratante desarrolla el juicio de equivalencia que precede a la celebración»* de un acuerdo negocial.³⁸

86. Es decir, que salvo casos como la lesión enorme en lo civil,³⁹ o la revisión del contrato en lo comercial,⁴⁰ que no son objeto de este proceso, la determinación del precio de una prestación es un proceso en el cual las partes tienen plena libertad.

87. Los anteriores razonamientos implican que si no hay prueba de que en la formación, desarrollo o finalización del contrato 034 haya sido un factor trascendental la tasación dada al local comercial que sería entregado como forma de pago, no puede Concive S.A.S. derivar de una diferencia entre el pactado y el determinado por un perito ninguna ventaja o queja.

88. Más aún si se tiene en cuenta que el precio estimado por las partes lo fue para el año 2018, y el peritaje muestra el valor del bien para 2021.

89. En conclusión, la prueba dejada de valorar por el juzgado de instancia, porque nunca se refirió a ella de forma directa o indirecta en su determinación, no muestra de forma tajante que el local 99114 no fuera apto por sus condiciones para cumplir con la obligación contenida en la cláusula CUARTA del contrato 034 en los únicos términos que Concive S.A.S. y La Despensa de las Malvinas S.A.S. convinieron, esto es, un predio de un área de 15,4 metros cuadrados ubicado en el semisótano del Bloque 24.

38 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (Hoy Civil, Agraria y Rural). Sentencia de 27 de abril de 2022. Radicado 17001-31-03-001-2018-00227-01 (SC948-2022).

39 Art. 1947 del C.C.

40 Art. 868 del C.Co.

90. **Cuarto reparo:** Hasta aquí, se tiene que Concive S.A.S. sí cumplió con las condiciones para recibir el pago de las *RETENCIONES*; que estas ascendían a la suma de \$335.170.314, de las cuales no se podía descontar ningún valor, y que el bien ofrecido por La Despensa de las Malvinas S.A.S., esto es, el local 99114 del Bloque 24 identificado con matrícula inmobiliaria 001 – 1364924, el cual fuera tasado por las partes en \$459.600.000, si era válido para cancelar la obligación existente a favor del demandante principal.

91. La disputa que falta por resolver es sí la instancia erró en su calificación del comodato precario realizado por las partes el 8 de marzo de 2019, para tenerlo como una entrega válida en los términos de la cláusula CUARTA del contrato 034.

92. Para ello, se encuentra que en el pacto reseñado se dijo: «*como parte pago del valor total del contrato EL CONTRATISTA recibirá el local comercial*», luego si el bien inmueble sería medio de pago de una obligación dineraria resulta válido entender que La Despensa de las Malvinas S.A.S. se obligó a hacer la transferencia de la propiedad del referido predio.

93. También dijo la cláusula CUARTA que al local reseñado se le asignaría el precio de \$459.600.000, y que, si el monto de *RETENCIONES* no era suficiente para « *cubrir el valor total del local Comercial, EL CONTRATISTA deberá pagar el saldo con sus propios recursos contra entrega del inmueble. »*

94. Luego, si ello es así, las partes supeditaron de forma libre y honesta su voluntad a lo previsto en el art. 1633 del C.C., el cual dice lo siguiente:

El pago en que se debe transferir la propiedad, no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada o la paga con el consentimiento del dueño. Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad, sino en cuanto el que paga tiene facultad de enajenar.

Sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible, y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño o no tuvo facultad de enajenar.

95. Asimismo, La Despensa de las Malvinas S.A.S. aceptó las prescripciones de los arts. 740 del C.C. y 922 del C.Co.. en los cuales se indica que la tradición del dominio de un bien, requiere una entrega cualificada, esto es, una en la cual la persona que la ejecuta tiene la facultad e intención de transferir el dominio y su contraparte la capacidad e intención de adquirirlo.

96. Sobre este tipo de entrega, explica el art. 747 del C.C. que no debe ser posible confundirla con ninguna otra las derivadas de comodato y mutuo, en las cuales no hay voluntad de trasladar el dominio.

97. Asimismo indica el art. 741 del C.C. que solo puede ser tradente quien pueda transferir el dominio de la cosa, es decir, su dueño. También pueden hacerla su mandatario, su representante legal o el juez en casos de ventas forzadas por decreto judicial.

98. Aunque el art. 752 del C.C. reconoce los casos en que alguien hace tradición de un bien ajeno, allí se indica que quien tradita de esa manera solamente entrega los derechos que tiene sobre la cosa entregada, salvo que con posterioridad adquiere el dominio.

99. En cuanto a los presupuestos de validez de la obligación de traditar, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:⁴¹

[... según] en los artículos 742 a 746 del Código Civil, que, en su orden, atañen a lo siguiente: **i)** que sea hecha voluntariamente por el tradente o por su representante; **ii)** que el adquirente o su representante hayan expresado su consentimiento; **iii)** que de haberse efectuado por conducto de mandatarios o representantes legales, estos obren dentro de los límites de su mandato o de su representación legal; **iv)** que medie un título traslativo de dominio y que sea válido respecto de la persona a quien se confiere; y, **v)** la ausencia de error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse, o de la persona a quien se hace la entrega, ni en cuanto al título.

100. En este caso se tiene que, según el certificado de tradición y libertad del local 99114 del Bloque 24, el cual se identifica con matrícula inmobiliaria 001 – 1364924,

41 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (Hoy Civil, Agraria y Rural). Sentencia de 27 de abril de 2022. Radicado 05001 31 03 010 -2014 01068 01 (SC5430-2021)

reza que el propietario de dicho bien es Fideicomiso Lote La Mayorista, luego quien podía válidamente hacer la entrega con capacidad de transferir el dominio era Alianza Fiduciaria S.A., representante legal de dicho patrimonio autónomo, según el documento reseñado, o algún mandatario de ese ente.

101. La Despensa de las Malvinas S.A.S. no acreditó en este juicio que fuera representante, mandatario o que de alguna otra forma hubiera sido autorizado como delegado de Fideicomiso Lote La Mayorista para entregar en su nombre bienes de su propiedad, y en particular para entregar el local 99114.

102. Aunado a ello, en el acta de entrega de 8 de marzo de 2019 se indica claramente que la entrega allí hecha es a título de comodato precario, la cual, según indica la literalidad del art. 747 del C.C. no es apta para transferir el dominio.

103. En ese sentido, asiste razón al apelante en el reparo que le hace a la sentencia, esto es, que el juez confundió los derechos que un comodato confiere frente a los que se entregan en una tradición, siendo la segunda la pactada en la cláusula CUARTA del contrato 034.

104. **Trascendencia de los reparos:** Ahora bien, evidenciados los errores de la instancia debe analizarse cuál es el efecto que ellos tienen en la sentencia de primer grado.

105. Allí se dijo que: **a)** Concive S.A.S. no podía exigir de forma unilateral el cambio en la forma de pago pactada en el contrato 034 [...]; **b)** El valor al cual tenía derecho Concive S.A.S. por concepto de *RETENCIONES* era de \$297.670.314 [...]; **c)** local 99114 servía como medio de pago [...]; y **d)** Por no haberse parametrizado la forma en que se llevaría a cabo la tradición del local, cualquier forma que escogiera La Despensa de las Malvinas S.A.S. era válida y la demandante principal debía plegarse a esa voluntad.

106. Al revisar el contenido de la cláusula CUARTA se encuentra que la instancia tiene razón en que Concive S.A.S. no estaba facultado para solicitar la modificación de la obligación pactada en la cláusula CUARTA del contrato 034 de un local

comercial por dinero, puesto que el local ofertado por La Despensa de las Malvinas S.A.S. se ajustaba a lo presupuestado en el pacto. (23 – 53 y 69 – 89).

107. No obstante el inferior funcional, se equivocó en decir que debía disminuirse del valor de las *RETENCIONES* la suma de \$37.500.000, puesto que La Despensa de las Malvinas S.A.S. emitió paz y salvo válido (54 – 68), así como en indicar que la entrega a título de comodato precario era apta para cobrar la diferencia entre el valor del local y el de las *RETENCIONES* (90 – 102), y además en que Concive S.A.S. tenía la obligación de vincularse a un encargo fiduciario para obtener la tradición del local, puesto que no hay ninguna prueba de esa manifestación de voluntad (35 – 45).

108. Según la apelación, los ataques propuestos contra la sentencia servían para que la demanda principal se abriera paso, y se denegara el libelo de mutua petición.

109. Sin embargo, en la acción de cumplimiento contractual, una vez se acredita la legitimación para pedir del demandante por ser contratante cumplido y acreedor de la obligación, este adquiere *«el derecho de pedir la ejecución forzada ante la judicatura, para que, con su auxilio, se le conmine [al deudor] a solucionar la prestación insatisfecha»*.⁴²

110. Pero esa ejecución, debe hacerse siguiendo la literalidad del contrato, tal y como indican los arts. 1602 y 1618 del C.C. Aunado a ello, se tiene que el Tribunal se encuentra limitado por la prohibición contenida en el art. 281 inc. 2 del C.G.P. esto es, que no le es posible salirse de los confines de las pretensiones expresamente elevadas por las partes.

111. En ese sentido, se tiene que el orden de ejecución de las obligaciones nacidas en la cláusula CUARTA del contrato 034 es: primero, cumplimiento de las condiciones de pago por parte de Concive S.A.S.; segundo, transferencia de dominio del local por parte de La Despensa de las Malvinas S.A.S.; y tercero, pago por parte de Concive S.A.S. de la diferencia entre el valor del local y el monto de *RETENCIONES*.

42 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Agraria y Rural. Sentencia de 23 de agosto de 2023. Radicado 11001-31-03-036-2013-00031-02 (SC248-2023).

112. El primer paso se dio por cumplido con la conducta procesal de las partes.

113. Respecto al segundo paso, Concive S.A.S. propuso que se modificara la tradición del local por pago de dinero, pero sobre ello se dijo que no tenía justificación, según la literalidad del contrato.

114. Por su parte, La Despensa de las Malvinas S.A.S. indicó que correspondía a Concive S.A.S. vincularse forzosamente a un encargo fiduciario, pero según lo expuesto en esta decisión, esa obligación no estaba plasmada en el contrato, ni en ningún otro documento. Máxime cuando la carga de hacer la tradición no era de Concive S.A.S. sino de la reconviniendo.

115. Es decir, corresponde a La Despensa de las Malvinas S.A.S. hacer todas las gestiones y asumir todos los costos necesarios para que el dominio del local 99114 sea transferido a favor de Concive S.A.S., y no al revés. Luego, corresponde a la entidad reconviniendo obtener los poderes para actuar en nombre de Fideicomiso Bloque 24 Centro de Negocios o Fideicomiso Lote La Mayorista o el ente fiduciario que corresponda para traditar el bien, u obtener para sí el dominio de dicho local y proceder a transferirlo a Concive S.A.S.

116. Una vez La Despensa de las Malvinas S.A.S. ejecute las gestiones que sean necesarias para entregar la propiedad del fundo 99114 dando el bien en calidad de señor y dueño a Concive S.A.S., hacer el título traslativo de dominio respectivo e inscribirlo en la oficina de registro de instrumentos públicos, tal y como enseñan los arts. 745, 754, 756 y 759 del C.C., podrá recobrar los excedentes entre el valor que las partes dieron al predio en el contrato 034, y el monto de *RETENCIONES*.

117. Luego, dado que tanto Concive S.A.S. como La Despensa de las Malvinas S.A.S. hicieron pretensiones que no se ajustan al contrato 034, ninguna de ellas puede abrirse paso, puesto que el juez se encuentra limitado para actuar por la literalidad de las súplicas de las demandas y del negocio suscrito por las partes.

118. En ese sentido, dado que la voluntad plasmada por los litigantes en el contrato 034, no se encuadra en ninguna de interpretaciones que estas hicieron en sus

pretensiones, la apelación solamente resulta próspera en el sentido de que debe revocarse en su totalidad la sentencia de instancia para declararse fallida la demanda de reconvención presentada por La Despensa de las Malvinas S.A.S.

119. Se dice revocatoria total, porque aun cuando se coincidió con el inferior funcional en que el libelo de Concive S.A.S. no estaba llamado a prosperar, ese punto no fue contenido en la parte resolutive de la sentencia. Sin embargo, por claridad se hará la respectiva mención en esta instancia.

120. Teniendo en cuenta que el resultado de la apelación resulta parcialmente próspera a los intereses de Concive S.A.S, en atención a que con base en ella se revocan las órdenes emitidas en su contra y se deniegan las pretensiones de la demanda de reconvención, siguiendo lo previsto en el art. 365 numeral 5 del C.G.P. esta colegiatura se abstendrá de condenar en costas

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 1 de septiembre de 2023 por el Juzgado 1 Civil del Circuito de Oralidad de Itagüí.

SEGUNDO: En consecuencia, DENEGAR la totalidad de las pretensiones de la demanda principal y la de reconvención, por cuanto Concive S.A.S. y La Despensa de las Malvinas S.A.S. propusieron formas de cumplimiento del contrato nro. 034 de 2017 suscrito entre ellas, que no se ajustan a la literalidad de lo pactado.

TERCERO: Sin condena en costas para Concive S.A.S., por la prosperidad parcial de su apelación.

Proyecto discutido y aprobado en Sesión virtual de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La Sala de Decisión,

NATTAN NISIMBLAT MURILLO

JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO

MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO

DAPM

Firmado Por:

Nattan Nisimblat Murillo

Magistrado

Sala 010 Civil

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Martha Cecilia Ospina Patiño

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Civil

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Juan Carlos Sosa Londono

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 001 Civil

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **41d3192da3f732d981119fef8e91c23e1d32015497229037bdea49120003e7a5**

Documento generado en 04/04/2024 10:09:50 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>