

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – ELEMENTOS.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – DAÑO: Debe ser cierto y directo.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – No se configura.

No hay lugar a declarar a la entidad demandada civilmente responsable por los posibles perjuicios ocasionados por una inscripción errada del embargo sobre bienes de la demandante, siendo que no se encuentran acreditados los elementos axiológicos de la responsabilidad civil extracontractual; en tanto el daño, el cual se hizo consistir en la imposibilidad de cumplir el contrato de promesa de compraventa que sobre uno de esos bienes había suscrito la actora, no es directo, como quiera que no fue resultado de la conducta de la demandada, sino de actos deliberados de la demandante, la cual, junto con el promitente comprador, injustificadamente se sustrajeron de cumplir o allanarse a cumplir con las obligaciones a su cargo, siendo que la presencia del irregular registro de embargo, en el folio de matrícula, no los excusaba de cumplirlas; concluyendo que la frustración del mencionado contrato no se debió exclusivamente a la inscripción del embargo; hecho que al ser ajeno a la voluntad de la demandante, bien pudo ponerlo de presente en un eventual litigio judicial o al momento de suscribir el acta de conciliación como eximente de responsabilidad.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrada Ponente:
AÍDA VICTORIA LOZANO RICO

San Juan de Pasto, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

(Discutido en Sala del 24 de julio de 2020 y aprobado en la del 27 del mismo mes y año)

Ref. Proceso verbal de **MERCEDES DEL ROSARIO BURBANO ERAZO** en contra de **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.**. Rad: 52001-3103-003-2019-00027-02 (867-02).

Se procede a proferir sentencia por escrito, en desarrollo de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

I. ASUNTO A RESOLVER

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante, frente a la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2019, por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso verbal promovido

por Mercedes del Rosario Burbano Erazo en contra de B.B.V.A. Colombia S.A.

II. ANTECEDENTES

A. Pretensiones y hechos.

Por conducto de apoderado, la señora Mercedes del Rosario Burbano Erazo promovió demanda en contra de B.B.V.A. Colombia S.A., con el fin de que previo el trámite legal, se hicieran las siguientes declaraciones: *i)* que sin derecho ni razón alguna la entidad convocada embargó los inmuebles de propiedad de la demandante, apartamento 303C y el parqueadero 35 del Edificio Torres de Capusigra, ubicado en la carrera 23 No. 2-50 de Pasto y se identifican con los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 240-207304 y 240-207263 respectivamente de la

Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto; *ii*) que esa injusta acción generó daños materiales y morales a la demandante, los cuales debe indemnizar; *iii*) que se le condene a pagar a la actora: a) \$44.000.000 que la señora Burbano Erazo pagó al señor Diego Fernando Lara, como consecuencia del incumplimiento de la promesa de compraventa, suma que está integrada por arras e intereses causados por el dinero del anticipo; b) \$15.000.000 que la demandante pagó a quienes le prestaron el dinero para cumplir con lo pactado en el acuerdo de conciliación, causados en el período comprendido entre marzo de 2016 y la fecha de presentación de la demanda, más los intereses que se generen, *“a razón de \$2.500.000 mensuales, hasta cuando el Banco Coomeva como acreedor hipotecario de los nuevos propietarios de los inmuebles, le desembolse el crédito conferido a sus deudores (...)”*¹. c) \$28.000.000 que equivalen al margen de ganancia, igual al 20% del valor total, que la demandante habría obtenido con la venta de su inmueble; d) \$4.400.000 que canceló por concepto de honorarios al apoderado que la asistió en la audiencia de conciliación; e) el equivalente en dinero a 200 gramos oro, por los perjuicios morales padecidos por la actora.

En sustento de las pretensiones reclamadas, la demandante expuso en síntesis, los siguientes hechos:

1. Manifestó que el 30 de abril de 2015, se celebró contrato de promesa de compraventa entre la actora como promitente vendedora y el señor Fernando Lara Nupán, como promitente comprador del apartamento 303C del Edificio Torres de Capusigra ubicado en la carrera 23 No. 2-50 de Pasto, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 240-207304. El precio del inmueble se pactó en \$140.000.000 de los cuales, a la fecha de suscripción de la promesa, el promitente comprador canceló \$56.000.000 y el saldo de \$84.000.000 sería pagado el 30 de diciembre de 2015, al momento de otorgarse la escritura pública de venta.

2. Aseguró que el señor Lara Nupán consultó ante la Oficina de Instrumentos Públicos el estado jurídico del bien y encontró que desde el 28 de mayo de 2015, estaba embargado a órdenes del Juzgado Primero

¹ Folio 4, cuaderno principal 1.

Civil del Circuito de Pasto, por solicitud elevada por el B.B.V.A. Colombia S.A., en mayo de 2013 y reiterada el 2 de diciembre de 2014, dentro del proceso ejecutivo 2010-0002, que promovió contra la Constructora Senerco Ltda.

3. Afirmó que la referida medida cautelar no podía solicitarse, decretarse ni registrarse, toda vez que el 12 de agosto de 2010, mediante la escritura pública No. 4059, la señora Burbano adquirió el derecho real de dominio y constituyó hipoteca a favor del mismo B.B.V.A. Colombia S.A. y no había sido constituida en mora, a la par que no tenía la condición de ejecutada en el proceso de cobro.

4. Explicó que el 4 de febrero de 2016, por convocatoria del promitente comprador, quien exigía el pago de \$130.000.000, se realizó audiencia de conciliación prejudicial, en la que se acordó que la promitente vendedora pagaría a favor de aquel \$100.000.000, que incluyen la devolución de \$56.000.000 recibidos como anticipo y \$44.000.000 como arras, intereses y cánones de arrendamiento.

5. Señaló que entre el 8 y 10 de febrero de 2016, la señora Burbano Erazo consiguió en préstamo los \$100.000.000, a una tasa de interés del 2.5% mensual, para cumplir con lo pactado el 19 de febrero de la misma anualidad.

6. Manifestó que, de haberse cumplido la promesa de venta, el 30 de diciembre de 2015, con el dinero pagado por el promitente comprador se hubiese cancelado la hipoteca, para transferir el apartamento libre de dicho gravamen, pero debido al registro de la injustificada medida cautelar, ello no fue posible.

7. Indicó que el 17 de marzo de 2016, dada la inasistencia del Banco B.B.V.A. Colombia S.A., se declaró fracasada la conciliación que citó la señora Burbano Erazo, para que le fuesen reconocidos e indemnizados los perjuicios que le provocó el embargo irregular de sus bienes.

8. Aseveró que el 22 de abril de 2016, el banco demandado diligenció la cancelación del embargo, con lo que reconoció el error en que incurrió al haberlo solicitado.

9. Relató que el 25 de julio de 2016, a través de la escritura pública No. 2752, la demandante vendió su apartamento y el parqueadero en \$126.000.000, para poder restituir el dinero que le fue dado en préstamo.

10. Aseguró que la arbitraria acción del B.B.V.A. Colombia S.A., implicó para la señora Burbano Erazo, la pérdida de oportunidad en la celebración del negocio de compraventa que no pudo realizar, así como de la inversión que iba a efectuar con el producto de esa venta, el pago de intereses por el crédito que obtuvo para cumplirle al promitente comprador y la afectación moral derivada de la angustia y sufrimiento que le generó el daño a su buen nombre.

B. Actuación procesal de primera instancia.

La demanda cuyos apartes centrales se compendiaron, se presentó el 24 de agosto de 2016², el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto la admitió el 14 de septiembre siguiente y, en consecuencia, ordenó su notificación a la demandada.

Notificada la accionada por aviso, a través de apoderado judicial contestó el libelo, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y formuló como excepciones de mérito las que denominó: *i) “Culpa exclusiva de un Tercero”*, soportada en que el indebido registro de los embargos sobre los bienes de la actora, son resultado de una actuación errada de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, pues desatendió lo ordenado por la Ley 579 de 2012; *ii) “Falta de legitimación por pasiva”*, que fundó en que las pretensiones de la demandante tienen su origen en la imposibilidad de cumplir la promesa de venta, por la inscripción del embargo, pero ello se debió a una indebida actuación de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Agregó que la señora Burbano Erazo

² Folio 46, cuaderno 1.

se apresuró a reconocer una responsabilidad que no tenía, y asumió las consecuencias económicas de ello, sin emplear alternativas como el aplazamiento concertado de la firma de la escritura pública, mientras surtía una actuación administrativa, ante la Oficina de Registro, se promovía un trámite incidental ante el Juzgado, se impetraba una tutela, o la presentación conjunta con el banco de un escrito para el levantamiento de la cautela; *iii) “Irrealidad del monto económico pretendido”* se basó en que no existe justificación de porqué se conciliaron en \$44.000.000 las arras de la promesa de compraventa, ni la base técnica que justifique un margen de ganancia del 20% en la venta del inmueble, dado que es un porcentaje que cuadruplica la inflación o el I.P.C. en Colombia; *iv) “Inconurrencia de los presupuestos valorativos de la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana”*, soportada en que en el caso particular no se contemplan los presupuestos que definen la acción, en la medida en que de tenerse por discriminado el daño, no ocurre lo mismo con la culpa, cuya existencia no podemos suponer.

Igualmente, llamó en garantía a la Superintendencia de Notariado y Registro, lo cual admitió el Juzgado el 5 de diciembre de 2016³. Notificado en legal forma el mencionado ente de vigilancia, se pronunció frente a la demanda principal, oponiéndose a las pretensiones por conducto de la excepción de *“falta de competencia”*, que fincó en que los hechos del escrito introductorio reflejan eventos de una relación entre particulares, a la que se aplican la legislación y jurisprudencia del derecho privado, mientras que los actos y situaciones de las entidades públicas, como la superintendencia, se tramitan por la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Destacó que no tiene vínculo alguno con la demandante.

El 22 de febrero de 2018, se llevó a cabo la audiencia inicial⁴ y el 9 de marzo siguiente, se realizó la de instrucción y juzgamiento⁵, en la que se profirió el fallo respectivo, con el que se negaron las pretensiones, el cual fue recurrido y en sede de apelación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el 3 de agosto de 2018, determinó que se incurrió en

³ Folios 6 y 6 envés, cuaderno 2.

⁴ Folios 79 a 82, cuaderno 1.

⁵ Folios 94 a 96, cuaderno 1.

la nulidad de que trata el artículo 121 del Código General del Proceso, por lo que ordenó al Juzgado de conocimiento remitir el expediente al que le sigue en turno.

El 18 de febrero de 2019, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, avocó conocimiento de las diligencias; el 24 de mayo del mismo año, el Juzgador decretó pruebas y convocó a audiencia a las partes, la cual tuvo lugar el 2 de diciembre de 2019 y evacuadas las etapas pertinentes, se emitió la sentencia que negó lo pretendido por la demandante⁶.

C. Sentencia de primera instancia.

Puntualmente resolvió el Juez: *i)* Negar las pretensiones de la demanda, *ii)* no imponer condena alguna a la entidad llamada en garantía y *iii)* condenar en costas a la parte demandante.

Para desatar la discusión, señaló que la acción promovida es la consagrada en el artículo 2341 del Código Civil, que alude que quien infiera daño intencionalmente o de forma culposa a otra persona, tiene que resarcirlo.

Resaltó el Juez, que si bien obra la conciliación celebrada por la actora el 6 de febrero de 2016, si se tienen en cuenta las fechas en que ocurrieron los sucesos que desencadenan la demanda, esto es, el día de celebración de la promesa, la fecha en que se registró el embargo, el plazo fijado para otorgar la escritura pública de venta, lo cierto es que la demandante actuó con ligereza y negligencia, de manera apresurada y sin realizar las actuaciones que jurídicamente correspondía, ante las entidades competentes, al asumir las consecuencias de un incumplimiento que no le correspondía y que pudo sortear con mayor prudencia el embargo registrado de su apartamento, pues tuvo tiempo suficiente para tramitar y asegurar el levantamiento de la cautela, al haberse estipulado el plazo para cumplir el contrato en 8 meses, contando además, que el trámite judicial implicaba únicamente ir al Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, retirar el oficio de

⁶ Folios 27 a 29, cuaderno principal, Rad. 2019-00027.

levantamiento de la medida cautelar, que ya había sido decretado y ordenado por el indicado juzgado, mediante providencia de 25 de septiembre de 2015 y, llevarlo a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto, para que realice las anotaciones del caso y desaparezca el impedimento para el registro de la compraventa.

Para el Juzgado, los perjuicios se derivaron de la negligencia y desidia de la actora para salvar o solucionar el inconveniente que se generó con la injustificada medida cautelar, pues en el folio de matrícula se observa que la hipoteca por ella constituida sobre el apartamento la canceló mucho después del levantamiento del embargo, siendo obligación de la vendedora de acuerdo con la promesa que aportó, por ende, para la fecha en que debía cumplir ese acuerdo de voluntades, no había levantado la hipoteca, menos se interesó en observar si la tradición del inmueble estaba correcta y si había alguna limitante al derecho de propiedad que iba a enajenar.

Concluyó el Juez, que al no probarse los elementos axiológicos de la responsabilidad civil extracontractual, en especial la culpa y el nexo causal entre esta y el daño reclamado, se deben negar las pretensiones de la demanda. Bajo ese entendido se abstuvo de resolver las excepciones propuestas y el llamamiento en garantía.

D. El recurso de apelación.

Inconforme con lo decidido la parte demandante interpuso el recurso de apelación con base en los reparos⁷ que oportunamente allegó y que sustentó de la siguiente manera.

Reprochó que el juzgado negara las pretensiones, al calificar como negligente a la señora Mercedes del Rosario Burbano Erazo, por no acudir ante el juez de la ejecución que cursó bajo el radicado 2010-00202 para tramitar el levantamiento de la medida cautelar que pesaba sobre su apartamento y su parqueadero, bajo el entendido, que aun cuando esta gestión fuese sencilla, la actora no era parte en tal litigio, por tanto,

⁷ Folios 38 a 40, cuaderno principal 2019-00027.

dicha carga estaba en hombros del Banco B.B.V.A. en su condición de ejecutante, es decir, retirar y radicar el oficio dirigido a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, para la cancelación del embargo que irresponsablemente había solicitado la entidad bancaria.

Resaltó que la demandada no le expidió certificación a la promotora del juicio de sus reclamaciones, pero las mismas quedaron en evidencia, toda vez que después de presentarlas, la apoderada del Banco radicó la solicitud ante la funcionaria que adelantó el juicio ejecutivo, para que se corrigiera el error cometido frente al embargo y, en tal virtud, se emitió el auto de 25 de septiembre de 2015, con el que se accedió a levantar la medida, pero de forma negligente y descuidada, el banco tardó 7 meses en tramitarlo.

Se apartó de lo dicho por el Juzgador respecto de la señora Burbano Erazo, en torno a que *“la providencia de 25 de septiembre es muy anterior a la fecha en que debía cumplirse la escritura de compraventa, 30 de diciembre de 2015, que una persona con mayor cuidado debió haber revisado oportunamente si tenía hipotecas pendientes (...) obligaciones pendientes del inmueble”*, pues no existe norma que imponga el deber de revisar diaria, semanal, quincenal o mensualmente el estado jurídico de los inmuebles. Además, indicó que previo a suscribir el contrato de promesa de compraventa, se examinó el certificado correspondiente y reflejó únicamente la constitución de la hipoteca por parte de la ahora apelante, a favor del banco demandado, por lo que de buena fe celebró el acuerdo de voluntades mencionado.

También planteó como reparo que se afirmara en la sentencia que la accionante *“actuó con ligereza y negligencia y de manera apresurada, sin realizar las actuaciones que le correspondía ante las entidades competentes al asumir las consecuencias de un incumplimiento que no le correspondía y bien pudo sortear con mayor prudencia el embargo registrado de su apartamento”*. Ello, por cuanto la señora Burbano Erazo es honorable, cumplidora de su palabra, de sus compromisos, de los pactos o contratos celebrados, sin conocimientos jurídicos; por ende, las

consecuencias derivadas del embargo y desembargo habrá de atenderlas el banco.

Aún cuando en el escrito de reparos no se tocó el tema, en el de sustentación se refirió a las pruebas de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual.

E. Pronunciamiento de los no apelantes.

Solicitó la confirmación del fallo apelado, indicando que la demandante actuó con ligereza, pues luego de encontrar la inscripción de la medida cautelar, debió elevar el reclamo correspondiente ante el Juzgado, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos o el banco convocado y, en todo caso, la aceptación “*express*” de la responsabilidad por parte de la señora Burbano Erazo ante el incumplimiento de la promesa de compraventa, no puede comprometer a la entidad financiera demandada.

F. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer si en el presente caso se estructuran los elementos axiológicos de la responsabilidad civil extracontractual, a saber: el hecho dañoso, la culpa y el nexo de causalidad entre uno y otro, como consecuencia de la solicitud de embargo elevada por el banco demandado al interior del proceso ejecutivo que promovió en contra de Constructora Senerco Ltda, ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, respecto de los inmuebles ya identificados, y si el registro de esa medida cautelar condujo a que la señora Burbano Erazo incumpliera la promesa de compraventa que celebró el 30 de abril de 2015, con el señor Diego Fernando Lara Nupán, sobre el apartamento 303C del Edificio Torres de Capusigra.

III. CONSIDERACIONES

Reunidos como se encuentran los denominados presupuestos procesales y no advirtiéndose vicio alguno capaz de invalidar lo actuado, se procede a emitir el fallo que resuelva de fondo el asunto.

Acorde con los fundamentos de la apelación y los elementos de prueba recaudados, en el caso debatido debe determinarse, si tal como refirió la demandante, la solicitud de embargo realizada por BBVA Colombia S.A., al interior del proceso ejecutivo que adelantó contra Constructora Senerco Ltda. ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, bajo el radicado 2010-00202, y que recayó sobre el apartamento 303C y el parqueadero 35 del Edificio Torres de Capusigra que se ubica en la carrera 23 No. 2-50 de Pasto y se identifican con los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 240-207304 y 240-207263, que eran para ese momento de propiedad de la señora Mercedes del Rosario Burbano Erazo, constituye, junto con la inscripción de dicha medida, la causa eficiente para tener por incumplido por parte de la señora Burbano Erazo el contrato de promesa de compraventa que celebró el 30 de abril de 2015, con el señor Diego Fernando Lara Nupán, respecto del apartamento ya indicado y con ello atribuir una responsabilidad civil extracontractual a la entidad bancaria, o si, por el contrario, no están dados los elementos para declarar dicha responsabilidad.

Significa lo precedente, que la Sala debe ocuparse de analizar si la inscripción errada del embargo, sobre el predio de la actora, tuvo el alcance de erigirse como causa de incumplimiento del contrato de promesa de venta y, en consecuencia, como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual que se le endilga al banco.

Entonces, para hacer comprensible el estudio del caso, es necesario memorar los elementos de la responsabilidad aquí reclamada (aquiliana), pero también los de la responsabilidad contractual, toda vez que ésta última sirvió de punto de partida para exigir la declaración de aquella. Vistos unos y otros, se procederá a despachar los argumentos de la alzada.

En ese orden, frente a la responsabilidad aquí enrostrada al banco, se tiene que está contemplada en el artículo 2341 del Código Civil, conforme al cual, *“[e]l que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido”*, por tanto, sus elementos son:

la demostración del daño, el hecho culposo y la relación de causalidad entre aquellos, lo que hace que su concurrencia sea inescindible para el triunfo de las pretensiones de tal naturaleza, y ante la ausencia de alguno de éstos se frustra la aspiración indemnizatoria.

Respecto al primer ítem, esto es, el daño, cobra importancia que para su resarcimiento es necesario que sea cierto y directo, pues como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia desde antaño, *“para que un perjuicio sea objeto de reparación económica tiene que ser directo y cierto: lo primero, porque solo corresponde indemnizar el daño que se presenta como consecuencia inmediata de la culpa; y lo segundo, porque si no aparece como real y efectivamente causado, sino apenas como posibilidad de producirse, no entra en el concepto de daño indemnizable”*⁸. (Énfasis agregado)

Se advierte que el daño ahora reclamado no es directo, como quiera que no fue resultado de la conducta de la demandada, sino de actos deliberados de la demandante, tal como se pasa a exponer.

El Hecho Culposo. En el expediente está acreditado con los folios de matrícula inmobiliaria y las copias de la actuación surtida en el proceso ejecutivo, que equivocadamente el Banco BBVA Colombia S.A. solicitó el embargo de bienes de la señora Burbano Erazo, pese a que ella no era parte en el juicio 2010-00202, lo que a la postre llevó a que se decretara la medida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto y se inscribiera, en el folio de matrícula del apartamento 303C ya conocido, por parte de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente. De allí, que no estaba justificada la actuación de la entidad bancaria, pues debió verificar que el bien estuviese en cabeza del deudor, como exige la norma o que la garantía que pretendía hacer efectiva estuviese vigente.

No obstante, el hecho culposo en que incurrió B.B.V.A. Colombia S.A. no tiene el efecto lesivo que le otorgó la parte actora.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 10 de agosto de 1976, G.J. núm. 2393, pág. 320.

El Daño. Se hizo consistir, en la demanda, en la imposibilidad de cumplir el contrato de promesa de compraventa por parte de la señora Burbano Erazo, lo que la llevó a resolverlo mediante conciliación con el promitente comprador, por \$100.000.000 que salieron del patrimonio de aquella, lo que implicó que tuviera que asumir el pago de los intereses generados sobre ese valor a razón de 2.5% mensual hasta septiembre de 2016, los honorarios del profesional del derecho que la asistió en la audiencia, pérdida de oportunidad y padecer los perjuicios morales que la situación le provocó.

Así las cosas, visto que el soporte del daño fue el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa que dijo la demandante se configuró en su persona por la inscripción del embargo, es momento de examinar lo atinente al vínculo contractual.

Para tal fin, es forzoso, precisar que el artículo 1546 del Código Civil dispone que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado y precisa que *“en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”*.

Para la prosperidad de la resolución, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) existencia de un contrato bilateral válido; 2) que el demandante haya cumplido los deberes que le impone la convención, o cuando menos que se haya allanado a cumplirlos en la forma y tiempo debidos y 3) que el demandado haya incumplido, total o parcialmente las obligaciones que para él generó el pacto.

Al plenario se allegó copia del contrato de promesa de compraventa que versó sobre el apartamento 303C del Edificio Torres de Capusigra, suscrito el 30 de abril de 2015 por la demandante, como promitente vendedora, y el señor Diego Fernando Lara Nupán, como promitente comprador, del cual se derivan claras obligaciones para cada parte.

La promitente vendedora tenía sobre sus hombros las siguientes cargas contractuales: 1. “*Garantiza al PROMITENTE COMPRADOR que el inmueble prometido en venta mediante este documento (...) se halla libre de hipotecas, censos, anticresis, embargos, pleitos pendientes, condiciones resolutorias, patrimonio de familia, uso, habitación, arrendamientos por escritura pública (...)*”

2. “(...) **CUARTA.- PAZ Y SALVO DE IMPUESTOS Y SERVICIOS: LA PROMITENTE VENDEDORA**, se obliga a entregar el inmueble prometido en venta, a paz y salvo por concepto de impuesto predial, valorización o complementarios, por servicios de agua, acueducto y alcantarillado, servicios de aseo, de energía eléctrica, de gas, servicio telefónico, administración y cualquier otro servicio del que goce el inmueble objeto de éste contrato hasta la fecha de entrega del mismo”.

3. “(...) **SEXTA.- ENTREGA DEL INMUEBLE: LA PROMITENTE VENDEDORA**, hará entrega real y material del inmueble objeto del presente contrato al **PROMITENTE COMPRADOR** en el estado en que se encuentra, el día de la firma de la escritura pública”.

4. “**SÉPTIMA.- GASTOS NOTARIALES Y DE REGISTRO:** Los gastos notariales que ocasione la escritura pública de compraventa que perfeccione el presente contrato, serán cancelados por partes iguales entre **LA PROMITENTE VENDEDORA y EL PROMITENTE COMPRADOR** (...) la Retención en la Fuente por concepto de transferencia, será cancelada por **LA PROMITENTE VENDEDORA**”.

5. Además, la promitente vendedora, tenía en común con el promitente comprador la carga de acudir a la Notaría 4ª del Círculo de Pasto, el 30 de diciembre de 2015, para otorgar la escritura pública que recogiera el contrato prometido.

Por su parte, el promitente comprador, estaba obligado a pagar el saldo del precio equivalente a \$84.000.000 el día de la firma de la escritura pública; también debía pagar el 50% de los gastos notariales.

Es innegable que aunque la compraventa no podría perfeccionarse el 30 de diciembre de 2015, por el registro del embargo a órdenes del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, no por ello puede pasarse por alto que el señor Lara Nupán debía demostrar que cumplió o se allanó a cumplir con sus obligaciones, para poder reclamar la resolución del contrato de promesa por incumplimiento de la señora Burbano Erazo, es decir, que para el día fijado para levantar la escritura pública tenía los \$84.000.000 para sufragar el saldo del precio; que contaba con el dinero para cancelar el 50% de los gastos notariales y que acudió a la Notaría 4° del Círculo de Pasto a imponer su firma en el contrato de venta.

Sin embargo, nada de esto se demostró en el proceso, por lo que al sustraerse de sus cargas el promitente comprador, no tenía ninguna posición de privilegio para exigir, judicial o extrajudicialmente, la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, lo que tiene respaldo en el artículo 1609 del Código civil que enseña 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 cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

Idéntica situación ocurrió con la señora Mercedes del Rosario Burbano Erazo, quien tampoco acreditó haber asistido a la notaría a suscribir la escritura pública de venta, ni que contaba con los comprobantes fiscales que exige el artículo 26 del Decreto 2148 de 1983⁹, entre otros, paz y salvo por concepto de impuesto predial, por servicios públicos domiciliarios, expensas de la copropiedad, ni probó que para el 30 de diciembre de 2015, pudiese realizar la entrega real y material del predio al señor Lara Nupán, ni que tenía los recursos para pagar la mitad de los gastos notariales, por lo que se atenúa la influencia que tuvo la inscripción del embargo en el incumplimiento del contrato.

Es pertinente destacar aquí, que entre los promitentes no se firmó ningún otro sí al contrato de promesa de compraventa antes del 30 de diciembre de 2015, motivo por el que estaban compelidos a acatar sus

⁹ Artículo 26. “Todo otorgante debe presentar al notario los comprobantes fiscales. El notario no permitirá la firma por ninguno de los comparecientes mientras el instrumento no esté completo, anexos la totalidad de los certificados y documentos requeridos”.

mandatos (art. 1602 C.C.), puesto que siguió surtiendo plenos efectos jurídicos. Entonces, injustificadamente los contratantes se sustrajeron de cumplir o allanarse a cumplir con las obligaciones ya estudiadas en la fecha aludida, en la medida en que la presencia del irregular registro de embargo, en el folio de matrícula, no los excusaba de salir a honrar las demás prestaciones a su cargo, por lo que ambos quedaron incumplidos.

A esto se suma, que hasta el 22 de febrero de 2016 se suscribió el acta de conciliación en la que se consignó:

“PRIMERO: La señora **MERCEDES DEL ROSARIO BURBANO ERAZO**, ante este despacho y mediante la presente acta de conciliación, **ACEPTA** la obligación adquirida con el señor **DIEGO FERNANDO LARA NUPAN**, por el valor de **CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000)**, por concepto de indemnización integral y reparación integral, en razón del incumplimiento del Contrato Promesa de compraventa de un bien inmueble, suscrito entre las partes el día 30 de Abril del año 2015, en la ciudad de Pasto.

SEGUNDO: La señora **MERCEDES DEL ROSARIO BURBANO ERAZO**, se **OBLIGA y COMPROMETE** mediante la presente acta de conciliación cancelar al señor **DIEGO FERNANDO LARA NUPAN**, la suma de **CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000)**, por concepto de indemnización integral y reparación integral, en razón del incumplimiento del Contrato Promesa de compraventa de un bien inmueble, suscrito entre las partes el día 30 de Abril del año 2015, en la ciudad de Pasto, los cuales se pagarán el día diecinueve (19) del mes de Febrero del año 2016, a las 15:00 horas en el domicilio de la parte convocado ubicado en la (...) Y ASÍ QUEDAR A PAZ Y SALVO por los hechos y pretensiones aquí descritas”. (Énfasis agregado)

Es claro que deliberadamente la demandante aceptó haber incumplido el contrato de promesa de compraventa y generar perjuicios al promitente comprador, pese a que éste era un contratante incumplido y que ella también se abstuvo, sin justificación, de satisfacer la totalidad de sus obligaciones. Y que no se diga, que al no haberse sometido la discusión al escrutinio judicial no era dable advertir la falta de requisitos para que prosperara la acción contractual a favor del señor Lara Nupán, dado que la señora Burbano Erazo acudió al Centro de Conciliación acompañada de apoderado judicial.

Quedó en evidencia que la conducta culposa del banco B.B.V.A. Colombia S.A. afectó la celebración del contrato de venta prometido, pero no fue la causa exclusiva de su inobservancia, pues como viene de verse, las partes incumplieron las demás prestaciones. Además, según alegó la actora a lo largo del trámite procesal, el incumplimiento derivado de la

inscripción del embargo era ajeno a su voluntad, por lo que bien pudo ponerlo de presente en un eventual litigio judicial o al momento de suscribir el acta de conciliación como eximente de responsabilidad.

Por estas razones, estima esta Corporación que el daño alegado, que se itera, se hizo consistir en que con la cautelar se forzó a la demandante a incumplir el contrato de promesa de venta y a suscribir la posterior conciliación, no es un daño directo, o sea, no es susceptible de reparación económica, en la medida en que se incumplieron la totalidad de las prestaciones a cargo de la demandante y, el acuerdo conciliatorio, frente al monto (\$100.000.000), el concepto (indemnización integral y reparación integral, en razón del incumplimiento del Contrato Promesa de compraventa), la fecha de pago (19 de febrero de 2016), y el origen de los recursos para pagar (préstamos con interés) reflejó la voluntad inequívoca de la actora de obligarse con el señor Lara Nupán, lo que no es vinculante para la aquí demandada, ni es consecuencia directa de su actuar negligente.

Nexo causal. En armonía con lo expuesto se infiere que entre la conducta culposa del banco y el resultado obtenido no hay una relación de causa a efecto, por lo que también se echa de menos este presupuesto para la prosperidad de la acción, y de suyo hace que se confirme la decisión de primer grado.

Estudia en lo sucesivo la Sala los argumentos de apelación.

En cuanto al reparo orientado a señalar que erró el *a quo* al afirmar que la demandante fue negligente al no acudir ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, a tramitar el levantamiento de la medida cautelar que irregularmente pesaba sobre su predio, encuentra esta Colegiatura que le asiste la razón a la inconforme, puesto que no existe norma que le imponga el deber de subsanar los yerros de terceros; sin embargo, ello no altera en nada la verificada ausencia de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual.

El segundo reparo no brinda motivos para revocar el fallo. Recuérdese que se fincó en que con ocasión de las reclamaciones hechas por la demandante ante el Banco demandado, sirvieron para que la apoderada del Banco radicara la solicitud de corrección del embargo ante el Juez de la ejecución y, en tal virtud, se emitió el auto de 25 de septiembre de 2015, con el que se accedió a levantar la medida, pero de forma negligente y descuidada, el banco tardó siete meses en tramitarlo.

El soporte de esta disidencia contiene contradicciones temporales con lo afirmado por la demandante en su interrogatorio de parte, como quiera que dijo en la citada diligencia que acudió al banco en enero de 2016, pasadas las fiestas decembrinas, porque se enteró del embargo en diciembre de 2015, por información que le proporcionó el promitente comprador; y en esta sede, se aseguró, que tras reclamar directamente la señora Burbano Erazo ante el banco, la apoderada judicial del mismo en el proceso ejecutivo 2010-00202 presentó solicitud de levantamiento ante el Juzgado y este accedió a ello mediante auto de 25 de septiembre de 2015, lo que implica que la actora tuvo conocimiento mucho antes del mes de diciembre de 2015 de la cautela, por lo que pudo haber agotado alternativas para impedir que no llegara a buen término la promesa de compraventa y diluye la incidencia que tuvo realmente el embargo en la frustración del pacto preparatorio.

Respecto al siguiente reproche, que se basó en que no acertó el juez al considerar, frente a la actora, que *“una persona con mayor cuidado debió haber revisado oportunamente si tenía hipotecas pendientes (...) obligaciones pendientes del inmueble”*, coincide la Sala con el apelante en que legalmente no está forzada a hacer una revisión diaria, semanal, quincenal o mensual del estado jurídico de los inmuebles, por lo que no era este un fundamento para desechar las pretensiones, las que, de cualquier manera, estaban llamadas al fracaso por no acreditarse la concurrencia del daño y el nexo causal entre aquel y la culpa.

Tampoco prospera la última censura invocada, atinente a que se equivocó el juzgador al indicar en la sentencia que la accionante *“actuó con ligereza y negligencia y de manera apresurada, sin realizar las*

actuaciones que le correspondía ante las entidades competentes al asumir las consecuencias de un incumplimiento que no le correspondía y bien pudo sortear con mayor prudencia el embargo registrado de su apartamento”.

El motivo de improcedencia es que al analizar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, se concluyó que la señora Burbano Erazo aceptó los términos del acuerdo de conciliación sin ponderar lo más beneficioso para sí misma, y aunque la Sala no coincide con el *a quo* en calificar la actuación de ligera o negligente, sí tiene claro que no puede consolidar un acto vinculante para la demandada.

Con relación a la prueba testimonial, es de señalar que con la misma no se acreditó el daño cierto y real, como tampoco el nexo de causalidad, en tanto que con las declaraciones recibidas, se pretendió demostrar la profunda aflicción que causó en la señora Burbano Erazo la imposibilidad de su parte de cumplir con la promesa de compraventa y de otro lado, que si la entidad financiera no logró la comparecencia del testigo Diego Fernando Lara Nupán, cuya declaración solicitó, esa omisión sólo tiene efectos adversos para quien pidió la práctica de ese medio de convicción, en la medida en que no se logró su evacuación, sin que tal circunstancia afecte a la ahora apelante.

Recapitulando lo hasta aquí explicado, se tiene que apreciadas en conjunto las pruebas documentales, los interrogatorios de parte y los testimonios (art. 176 C.G.P.), se concluye que no se demostró que quienes celebraron el contrato de promesa de compraventa cumplieron con las obligaciones a su cargo, por lo que no acoge el Tribunal la disquisición referida a que la frustración del mencionado contrato se debió exclusivamente a la inscripción del embargo ordenado en el proceso 2010-00202, lo que lleva al decaimiento de las pretensiones.

En consecuencia, se confirmará el fallo proferido el 2 de diciembre de 2019, por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto y se condenará en costas de esta instancia a la parte apelante.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA CIVIL FAMILIA** del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V. RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de diciembre 2019, por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, al interior del presente asunto.

Segundo.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte apelante. Se señalan como agencias en derecho por la Magistrada Sustanciadora la suma equivalente a UN SALARIO MÍNIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE (S.M.M.L.V). Por la Secretaría del *a quo* liquídese en la forma establecida en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Tercero.- ORDENAR devolver el expediente al juzgado de origen. Por la Secretaría déjense las constancias a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


AÍDA VICTORIA LOZANO-RICO
Magistrada


GABRIEL GUILLERMO ORTIZ NARVAEZ
Magistrado


AIDA MÓNICA ROSERO GRACÍA
Magistrada