

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL – FAMILIA**

**Magistrado Sustanciador
MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA**

**Rad: Juzgado 13001310300220120009602
Tribunal: 2015-365-01**

**Cartagena de Indias D. T, Y C. cuatro (4) de marzo de dos mil
dieciséis (2016).**

Aprobado en Acta No.037

Decídase el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 13 de julio de 2015, proferida por la Jueza Segunda Civil del Circuito de Cartagena, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Ricardo Ricardo Pedroza, por conducto de apoderado judicial, promovió demanda contra Boris Bustamante Ruíz y otros, reclamando, en síntesis, que se declare el incumplimiento por parte de los demandados del contrato de compraventa contenido en la escritura pública 2547 de 16 de julio de 2009 de la Notaría Tercera del Círculo de Cartagena, en consecuencia se ordene la entrega del inmueble objeto del mismo, y se condene a los demandados al pago de perjuicios (lucro cesante y daño emergente).

Como soporte fáctico de las pretensiones se compendia:

- Mediante escritura pública No. 2547 de 16 de julio de 2009, José Raúl Bustamante Olivo, actuando en nombre propio y en representación

de Juan Luis Bustamante Olivo y, Ricardo Ricardo Pedroza celebraron contrato de compraventa sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 060-200928, ubicado en la carrera 14 # 57-10 del barrio Canapote de esta ciudad.

- El precio de la compraventa fue de \$ 60.000.000, siendo cancelado por el demandante, con la consecuente obligación de los demandados de entregar el bien el 17 de julio de 2009, lo que aún está pendiente.

- Los vendedores del inmueble fallecieron, continuando los hijos de estos, Luis Alfonso Bustamante Ruiz, Boris Bustamante Ruiz, Karen Bustamante Herrera y Danilo Clemente Bustamante Herrera, habitando el mismo, sin que hayan procurado la entrega a su comprador, privándolo de los frutos civiles que le pueda generar.

2. Admitida a trámite la demanda (fl. 55 C1), se notificaron los herederos determinados, haciéndose parte Luis Alfonso Bustamante Herrera, quien a través de apoderado judicial, se opone a las pretensiones, aduce sobre algunos hechos que no le constan, otros que son ciertos, y algunos que no lo son; a su vez, formuló las excepciones de: "ilegitimidad del título" y "adquirente de mala fe"; también se surtió el emplazamiento de los herederos indeterminados de los demandados, en consecuencia, por auto de 10 de abril de 2013, la jueza nombra curador *ad litem*, quien una vez notificado expresa que desconoce la veracidad de los hechos, sobre las pretensiones que no acepta las incoadas del 1 al 3.33. 4ª.5ª, y 6ª, pero que tampoco se opone a ellas.

Por auto de 18 de julio de 2013, se señala fecha para audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, se prosigue con la apertura del proceso a pruebas y evacuadas en su mayoría se corre traslado para alegar, presentando las partes los respectivos argumentos,

acto seguido se fulminó la instancia negando las pretensiones de la demanda.

LA SENTENCIA DE INSTANCIA

Dando por sentados los presupuestos procesales, se adentra en el estudio del contrato de mandato atendiendo que José Raúl Bustamante Olivo actuó dentro de la compraventa como apoderado de su hermano Juan Luis Bustamante Olivo, quien había fallecido con antelación a la suscripción de la escritura 2547 de 2009, concluyendo, que ante la muerte del mandante cesaron las funciones del mandatario, y que Juan Luis tan sólo se hallaba facultado para transferir los derechos sobre los cuales ostentaba titularidad, limitado solamente al 50% del dominio del inmueble objeto de litigio y que le fuere adjudicado en la sucesión de su madre.

Por otro lado, afirma que, si el demandante se encuentra inscrito como titular del derecho de dominio sobre el inmueble, no es esta la vía procesal para reclamar la entrega, debiendo dirimir primero lo concerniente a la situación jurídica del mismo, no pudiendo entrar a efectuar pronunciamiento al respecto para guardar congruencia en la sentencia.

EL RECURSO DE APELACION

Le enrostra al fallo de instancia, defecto en la valoración del litis consorcio que se formó entre los vendedores del bien y sus hijos, debido a que al ser propuesta la excepción de fondo por un heredero de Juan Luis Bustamante, no era posible declararla a favor de todos; de manera que con respecto a José Raúl Bustamante Olivo, el contrato de compraventa produce efectos, por ser éste propietario del 50% objeto de la venta.

De igual forma, que la jueza en su argumentación incurre en un error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, en especial, a la promesa de compraventa celebrada entre las partes el 1 de septiembre de 2008, pues la obligación no solo se limita a la compraventa de derechos herenciales, sino también al derecho de dominio.

En cuanto a la extinción del mandato por la muerte del mandatario, es un acto que no debe observarse en forma aislada, sino dentro del marco de las relaciones. Así se tiene, que Juan firmó el contrato de promesa de compraventa el 1 de septiembre de 2008 y tres días después, 4 de septiembre de 2008, otorgó poder a su hermano José para que suscribiera la escritura pública de compraventa, lo que indica que Juan principió o dio inicio a la ejecución del cumplimiento de su obligación.

No pudiéndose inferir como lo hizo la *a quo* que ambas partes incumplieron el convenio que tenían para el 4 de noviembre de 2008, atendiendo que para dicha fecha aún no había culminado el proceso de sucesión en el Juzgado Sexto de Familia de Cartagena, estando la obligación entonces sujeta a una condición.

También resalta que no es procedente obtener la entrega del inmueble a través del proceso abreviado de *entrega del tradente al adquirente*, dispuesta en el artículo 417 del Código de Procedimiento Civil, porque en el inciso tercero se establece que a la demanda se deberá aportar copia de la escritura pública en la que conste la respectiva obligación con calidad de exigible, y si en ella apareciere haberse cumplido, el demandante deberá afirmar bajo la gravedad del juramento que se entiende con la presentación de la demanda, que la entrega no se dio, siendo que en la escritura pública no se plasmó tal situación.

CONSIDERACIONES

1. Delanteramente, advierte la Sala, que se estructuran los presupuestos procesales, como *in extenso* fueron abordados por la Jueza de instancia, así que por brevedad los damos por reproducidos, amén que no se vislumbran irregularidades procesales que corregir.

2. Sabido se tiene, que en todo contrato bilateral va implícita la condición resolutoria tácita, en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, confiriendo al contratante cumplido la facultad de solicitar su ejecución o resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios, siguiendo las reglas previstas en el artículo 1546 del Código Civil, concordante con el artículo 870 del Código de Comercio.

Por manera que, la parte accionante para salir airosa en sus pretensiones de este linaje, debe entrar a probar los presupuestos axiológicos de la acción, definidos desde vieja data por la Corte Suprema de Justicia, a saber: a) la existencia de un contrato bilateral válido; b) el incumplimiento total o parcial de las obligaciones que éste impone al demandado¹; c) que el demandante haya satisfecho o haya estado presto a atender las prestaciones a su cargo, en la forma y tiempo debidos².

Y precisamente, es sobre ese primer tópico que gravita la litis en esta instancia, al ponerse en tela de juicio el mandato conferido por un comunero al otro, para el perfeccionamiento de la venta del inmueble distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria 060-200928.

¹ Se ha sostenido tradicionalmente que, en línea de principio, sólo está legitimado para demandar la resolución o el cumplimiento del contrato, quien a su vez cumplió debidamente con lo pactado o se allanó a cumplirlo dentro del tiempo y modo acordados (entre otras, cas. civ. de 17 de mayo de 1995, G.J. CCXXXIV, 2473, pág. 688, y de 11 de marzo de 2004, exp. 7582)"

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia noviembre 5 de 1979 y sentencia 8 de abril de 2014, Rad. 2006-00138-01

Para empezar, por regla de principio, los particulares están facultados para celebrar sus actos o negocios jurídicos de manera directa, pero nada obsta para que lo hagan a través de un representante – art- 1505 C.C.-, salvo, algunas contadas excepciones³; siendo el mandato, una de esas formas de representación, definido en el artículo 2142 del Código Civil como aquél “en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”; que para nada resulta ajeno en la celebración de contratos de compraventa.

El contrato de mandato termina, entre otras causas, por la muerte del mandante como lo prevé el numeral 5º del artículo 2189 *Ibidem*, empero, no en todos los casos opera de manera fulminante, ya que en algunas situaciones específicas puede producir efectos *post mortem*, en forma enunciativa se destacan: i) el mandatario no puede suspender la gestión principiada, cuando al suspenderla le pueda causar perjuicio a los herederos – art. 2194 C.C.-; ii) cuando el mandato está destinado a ejecutarse después de la muerte – art. 2195 *ibídem*- y, iii) cuando el mandato es conferido en interés recíproco del mandante, mandatario o terceros.

En el caso, encontramos algunos hechos cronológicos probados, que permiten dilucidar si el mandato conferido por Juan Luis Bustamante Olivo a su hermano, debió ejecutarse después de su deceso, en especial, bajo la primera excepción. Veamos.

- Copia de la promesa de compraventa de **1 de septiembre de 2008**, suscrita por José y Juan Bustamante Olivo, como promitentes vendedores y, Ricardo Ricardo Pedroza, como promitente comprador, sobre los “*derechos (herenciales) de dominio*”, relacionados con el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 060-200928 (fl.

³ El tratadista José Alejandro Bonivento Fernández señala entre otros: el testamento y la absolución de posiciones o interrogatorio de parte (Los principales Contratos Civiles, decima primera edición, librería El Profesional, 1995, p. 490)

23 C1), en donde se estipuló que la correspondiente escritura se suscribiría el **4 de noviembre de 2008** —cláusula cuarta—.

- Memorial poder presentado personalmente el **4 de septiembre de 2008**, mediante el cual Juan Luis Bustamante Olivo otorgó poder a su hermano José Raúl Bustamante Olivo, para que suscribiera la escritura pública de compraventa sobre el 50% del bien inmueble ubicado en la carrera 16 No. 67-10 del barrio Canapote de esta ciudad (fl.15 C1), el cual formó parte del instrumento público.

- Copia auténtica del registro civil de defunción de Juan Luis Bustamante Olivo, cuyo deceso se produce el **19 de diciembre de 2008** (fl. 29 C1).

- Copia de la escritura pública 2547 de **16 de julio de 2009** de la Notaría Tercera de Cartagena, en donde José Raúl Bustamante Olivo, actuando en su propio nombre, y en representación de su hermano Juan Luis Bustamante Olivo, en calidad de vendedores, suscribió contrato de compraventa con Ricardo Ricardo Pedroza como comprador (fl.9-11 C1).

- Folio de matrícula inmobiliaria número 060-200928, perteneciente al inmueble objeto de litigio, registrándose en la anotación 2 la adjudicación por sucesión a los hermanos Juan y José, en un 50% a cada uno (8 fl.28 C1), y en la anotación 3 la compraventa efectuada entre dichos hermanos y Ricardo Ricardo.

Consecuentes con ese *iter contractus*, al pronto, se concluye, que José Raúl como titular de dominio sobre el 50% del inmueble, transfirió en forma directa ese derecho a Ricardo Ricardo Pedroza, como se acredita con el título (fl. 9 C1) y el modo (fl. 28 C1); al margen que no se reprocha en el proceso ninguno de los requisitos de existencia o validez del negocio frente a ese comunero (art. 1502 C.C.), por consiguiente, como lo afirma el recurrente, debe producir plenos efectos.

El tema es más complejo para el comunero que actuó a través de mandatario, partiendo de un hecho cierto e incontrovertible, el mandante murió antes de haberse ejecutado el objeto del mandato, en efecto, el deceso de Juan Luis se produce el **19 de diciembre de 2008** y la escritura de venta se suscribe el **16 de julio de 2009**, quiere decir, aplicando la normatividad precedida que el mandatario ejecutó el mandato estando terminado por muerte del mandante.

Y no puede decirse, que el mandatario, apeló a la excepción contemplada en el artículo 2149 del Código Civil, para dar cumplimiento al mandato, a pesar de la muerte del mandante, con miras a evitarle un perjuicio a los herederos, por la potísima razón que, con antelación a la muerte de Juan Luis, el mandatario no había principiado la ejecución de su mandato y, al margen de lo dicho, de su inejecución o suspensión no se derivaba ningún perjuicio a los herederos del mandante.

Nada más preciso, estando en vida Juan Luis suscribió de manera directa con su hermano un contrato de promesa de compraventa, en donde se estipuló una fecha cierta para elevar a escritura pública el futuro contrato, fuera que en ese momento se efectuaría por parte del prometiende comprador el pago del saldo del precio acordado, empero, ninguno concurrió a la notaría en la fecha precitada - 4 de noviembre de 2008-, por lo menos así lo deja entrever el expediente, luego, si ambos contratantes incumplieron, ninguna de ellas estaría facultada para reclamar de la otra los efectos derivados de la mora: indemnización de perjuicios (art. 1610 y 1615 C.C.), cláusula penal (art. 1594 y 1595 C.C.) o invertir la carga del riesgo sobreviniente de la cosa debida (art. 1731 y 1733 C.C.).

Ahora, para el momento que se confiere el poder, septiembre 4 de 2008, estaba pendiente el plazo para otorgar la escritura pública, quiere

decir, entonces, que si el mandatario no concurrió a perfeccionar la venta incumplió con el mandato, tan solo que, al haber asumido el otro contratante la misma conducta omisiva, ninguna podía reclamar la resolución o cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios conforme al artículo 1546 del Código Civil⁴, y si el comprador, a pesar de todo, se aventura a promover acción contra los herederos del vendedor, éstos contarían con la *exceptio non adimplenti contractus* prevista en el artículo 1609 *ibídem*.

Desde otra perspectiva, si para el momento que se produce el fallecimiento del mandante – diciembre 19 de 2008-, estaba incumplido el contrato por ambos contratantes, correspondía en un primer momento al mandante, y muerto éste a sus herederos, valorar si cumplían o no el contrato, *iterase*, en el entendido que el otro contratante no estaba facultado para emprender la acción resolutoria del 1546 del Código Civil.

Es palmar que, en este caso, el mandato no se aplica *post mortem* como de manera acertada lo afirmó la jueza de instancia, debido a que el mandatario suscribió la escritura después de que las partes en forma recíproca incumplieron la promesa, fuera de haber transcurrido un tiempo para que el mandante se pronunciara y, sin vislumbrar eventuales perjuicios a los herederos de Juan Luis.

Nótese, que el contrato se perfeccionó sólo hasta el 16 de julio de 2009, más de 6 meses del óbito del mandante, sin la injerencia de sus herederos, siendo quienes estaban legitimados para disponer de los bienes del causante, es más, incumplida como se encontraba la promesa, los correspondía a ellos valorar los efectos del incumplimiento y no al mandatario.

⁴ Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 14 de noviembre de 2014, exp. 0800131030032007-00215-01, ponente. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez y sentencia 3 de junio de 2014, exp. 11001-31-03-030-2001-00307-01, ponente Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.

Y vale la pena recordar el fallo de la Corte referido por la a quo, al decir:

“En otros términos, para la terminación en tal hipótesis, es menester la integridad del mandato (*integro adhuc mandato o re integra*), y si la cosa ya no es íntegra (*Item si adhuc integro mandato mors alterutrius alicuius*), como cuando al instante de la muerte del mandante estaba iniciada la ejecución del negocio jurídico o se encuentra en tal estado que su heredero no habría podido sin daño confiarlo a otra persona u observarlo por sí, el mandatario debe ejecutar y finalizar la gestión encomendada, tanto cuanto más que al suspenderla, de suyo, causaría un grave perjuicio,

Ad exemplum, tratándose del cumplimiento de prestaciones sometidas a término esencial o a un plazo perentorio cuya solución no puede observar o proveer el heredero del mandante, más que de otro modo, el mandatario no puede suspender la gestión y está obligado a concluir para evitar el daño que su frustración entraña.”⁵

3. No se puede perder de vista, que en la promesa de compraventa se estipuló que el saldo del precio lo cancelaría el prometiende comprador en el mismo plazo establecido para la firma de la escritura, pero como las partes incumplieron, quienes debían recibir la parte que le correspondía a Juan Luis eran sus herederos.

En ese estado de cosas, la potestad de mantener o declinar el negocio, en lo que respecta a los derechos de Juan Luis, era del resorte exclusivo de sus herederos, debido a que el mandato ya había terminado, amén que su ejecución no había principiado, y no se avizoraban eventuales perjuicios a los herederos del mandante, en ese contexto, la escritura pública firmada por el mandatario en

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 31 mayo de 2010. Referencia: Expediente 25269-3103-001-2005-05178-01.

representación de Juan Luis Bustamante Olivo, es inoponible a sus herederos⁶.

4. Es equívoco afirmar, como lo hace el recurrente, que el mandato fue conferido para ejecutarse después de la muerte del mandante, como lo prevé el artículo 2195 del Código Civil, habida consideración que aplicando las distintas reglas de interpretación de los contratos (art. 1618 y s.s. C.C.), en ninguno de sus apartes se estipuló de manera expresa que el objeto del mandato – firma de la escritura pública de venta-, debía cumplirse, si y solo si, frente a la muerte del mandante, a la vez que, el objeto no es de aquellos que por su naturaleza deba ejecutarse sobre la base de la muerte del mandante.

No existen dentro del haz probatorio elementos que permitan establecer que la voluntad del mandante fue la de postergar los efectos del encargo para después de su muerte, máxime cuando el mandato se confirió antes del plazo acordado para el perfeccionamiento del contrato de compraventa, sin haber estipulado en la citada promesa como condición que la escritura se suscribiría una vez fallecido el mandante o tan pronto saliera el proceso de sucesión de Teresa Olivo Castro, amén que lo prometido fueron simples derechos herenciales.

Y no es de recibo tampoco, la aplicación de las reglas previstas en el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, por tratarse de normas adjetivas, dirigidas exclusivamente a regular el derecho de postulación al interior de los procesos judiciales, en donde, el mandatario necesariamente tiene que ser abogado, descartándose cualquier aplicación analógica, por existir norma sustantiva expresa que reglamenta el tema.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 30 de noviembre de 1994, exp. 4025, ponente Dr. Héctor Marín Naranjo

5. Síquese, *a la sazón*, que José Raúl Bustamante Olivo, dispuso a favor del actor tan sólo de su cuota - art. 1868 C.C.-, equivalente al 50% del bien, conforme al trabajo de partición debidamente inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria del bien (fls. 19 a 22), en esa medida, no siendo oponible la transferencia del derecho de cuota de Juan Luis Bustamante Olivo a sus herederos, persiste entre ellos una comunidad como lo pregona el artículo 2322 del Código Civil.

Y si eso es así, ninguno de los que forman la comunidad está facultado para reclamar la totalidad del bien o una parte cierta del mismo atendiendo su cuota, debido a que se trata de un derecho de copropiedad, en palabras de la Corte:

“Mientras la comunidad no se haya liquidado, los coparticipes no tienen individualmente la propiedad de ningún cuerpo cierto de los que componen la comunidad. Tienen cuotas o derechos de copropiedad, que es propiedad en común, pero no propiedad propiamente dicha, que es dominio exclusivo. En consecuencia, el comunero puede enajenar su cuota, su derecho de copropietario, que es lo que tiene; no cuerpo cierto, para lo cual tendría que ser titular de la propiedad, que es lo que no tiene.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia julio 17 de 1974).

En suma, el señor Ricardo Ricardo no está legitimado para deprecar la entrega de la totalidad del bien distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria 060-200928, debido a que la venta del derecho de cuota correspondiente a Juan Luis Bustamante Olivo no les es oponible a sus herederos, por las razones consignadas en líneas anteriores, luego como bien lo afirmó la Jueza de instancia otras son las vías para salvaguardar su derecho, por lo que la sentencia será confirmada, y sin condena en costas en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena Sala Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

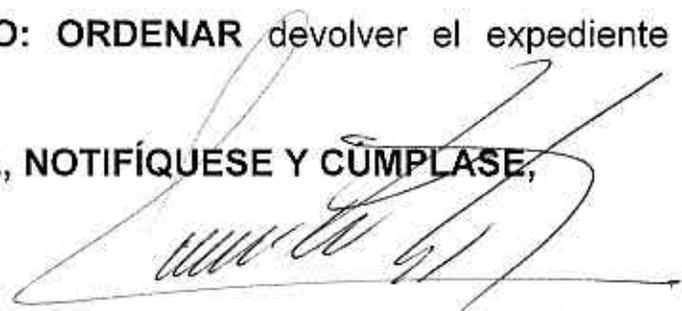
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 13 de julio de 2015, proferida por la Jueza Segunda Civil del Circuito de Cartagena, dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

TERCERO: ORDENAR devolver el expediente a su lugar de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA
Magistrado Sustanciador



JOHN FREDDY SAZA PINEDA
Magistrado



RAMON ALFREDO CORREA OSPINA
Magistrado