



RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR—Por negligencia en proyecto de construcción por parálisis indefinida de las obras y dificultades para adquirir recursos económicos de financiación por crisis del sector, en contrato de cuentas en participación. (SC18156-2016; 15/12/2016)

Fuente formal:

Artículo 200 del Código de Comercio.

CONTRATO DE CUENTAS DE PARTICIÓN—Responsabilidad del partícipe gestor por deficiente administración del proyecto de construcción. Indemnización de perjuicios en favor de partícipe afectada en su patrimonio. (SC18156-2016; 15/12/2016)

LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS—Tasación del daño emergente y del lucro cesante ante la declaración de la responsabilidad civil por comportamiento culposo del administrador como partícipe gestor en desarrollo de objeto de contrato. (SC18156-2016; 15/12/2016)

PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL—Indemnización de perjuicios por responsabilidad del partícipe gestor en condición de administrador, en desarrollo de contrato de participación. Aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998. (SC18156-2016; 15/12/2016)

Fuente formal:

Artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

DICTAMEN PERICIAL—Para determinar los perjuicios irrogados por negligencia en la administración del partícipe gestor en desarrollo de proyecto de construcción. Características de la objeción por error grave. Reiteración de la sentencia de 9 de septiembre de 2011. (SC18156-2016; 15/12/2016)

Fuente jurisprudencial:

Sentencia de 9 de septiembre de 2001, expediente 2001-00108-01

EXCEPCIÓN DE MÉRITO—Tiene esta condición la que propone hechos nuevos con el objeto de desvirtuar el derecho reclamado. Reiteración de las sentencias de 31 de mayo de 2006 y 15 de enero de 2010. (SC18156-2016; 15/12/2016)

Fuente jurisprudencial:

Sentencia de 31 de mayo de 2006, exp. 1997-00004-01.

Sentencia de 15 de enero de 2010, exp. 1998-00181-01.

HECHO NOTORIO—Lo es el índice de precios al consumidor, por lo que no requiere prueba. Aplicación del inciso 2º del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. (SC18156-2016; 15/12/2016)

Fuente formal:

Artículo 177 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil.

Asunto:

Pretende la demandante en forma principal la resolución del contrato innominado que llamaron “*cuentas en participación*” por el incumplimiento de las accionadas y como consecuencia la indemnización en la modalidad de daño emergente y lucro cesante; la corrección monetaria de estas sumas y los intereses legales que se causen a partir de la sentencia. En subsidio solicitó la condena solidaria al pago de perjuicios. Como fundamento fáctico expuso que celebró un contrato que denominaron “*cuentas en participación*” en el que una de las demandadas fue “*gestor o partícipe activo*” y la otra y junto con ella actuaron como “*partícipes inactivos*” cuyo objeto consistió en la adecuación, construcción, urbanización y mercadeo de viviendas de interés social en el municipio de Jericó (Antioquia); para lo anterior la actora dispuso de su finca cafetera la cual transfirió a la demandada gestora pero las obligaciones adquiridas fueron incumplidas por las convocadas paralizando la obra y no

realizando los aportes convenidos. En primera instancia se negaron las pretensiones de la demanda, decisión que confirmó el superior. La Corte CASÓ PARCIALMENTE la sentencia y en sede de instancia confirmó parcialmente la del *a quo* para declarar a la demandada responsable de los perjuicios irrogados a la actora por el comportamiento culposo en calidad de administradora y partícipe gestora y tasó los perjuicios a su cargo en favor de la demandante.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado ponente

SC18156-2016

Radicación n.º 05001-31-03-016-2002-00007-01

(Aprobado en sesión de 17 de agosto de 2016)

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).-

Procede la Corte a proferir la correspondiente sentencia sustitutiva, en el presente proceso ordinario que la señora **BEATRIZ EUGENIA MONTOYA VILLA** promovió en contra de la **FUNDACIÓN SERVICIO DE VIVIENDA POPULAR -SERVIVIENDA-**, la **FUNDACIÓN SAN FRANCISCO DE SALES** y el señor **CARLOS MARIO CÁRDENAS SOTO**.

ANTECEDENTES

1. Por los alcances reducidos de este fallo de reemplazo, como adelante se especificará, basta aquí, en

relación con la demanda iniciadora del litigio (fls. 6 a 15, cd. 1), recordar:

1.1. Que en ella se solicitó, de manera principal, la resolución del contrato “*innominado*” celebrado por las partes, que ellas llamaron de “*CUENTAS EN PARTICIPACIÓN*”, debido a su incumplimiento por parte de las accionadas; y que, como consecuencia de ello, se condene a la FUNDACIÓN SERVICIO DE VIVIENDA POPULAR -SERVIVIENDA-, de un lado, a devolverle a la actora el inmueble que de ella recibió, como aporte al negocio que realizaron, y, de otro, a indemnizarle los perjuicios que le ocasionó, correspondientes al daño emergente, que tasó en la suma de \$180.000.000, y al lucro cesante, en cuantía de \$201.600.000, valores que habrán de corregirse monetariamente y que aquélla deberá pagar con los intereses legales que se causen, a partir de la ejecutoria de la sentencia que los reconozca.

Subsidiariamente se pidió, condenar “*a Carlos Mario Cárdenas Soto y a la Fundación de Vivienda Popular (sic), Servivienda, solidariamente, al pago de los perjuicios que se causaron a la demandante Beatriz Eugenia Montoya y que son los mismos que se enunciaron en los hechos de esta demanda y se repitieron en la pretensión tercera*”.

1.2. Desde el punto de vista fáctico, la gestora del litigio refirió las circunstancias que rodearon la celebración del negocio sobre el que versó la acción, las prestaciones que de él se derivaron para las litigantes, el cumplimiento de las que surgieron a cargo suyo, la defectuosa ejecución de las

radicadas en cabeza de las demandadas y las características que tenía el inmueble que aportó en virtud de esa convención, para cuando lo transfirió.

Adicionalmente, observó que *“[e]ntre octubre 18 y 22 de 1995, por orden de la Fundación, derribaron todas las mejoras, incluidos los cafetos, descapotando además todo el terreno sembrado de café, y quitándole a éste, desde luego, su fertilidad o capa vegetal. He de agregar que la casa servía de habitación a la demandante y su familia, y por el motivo aquí enunciado, ella y los suyos quedaron privados de vivienda. (...). Por causa de la demolición de las mejoras, de la destrucción de la cafetera (bien administrada y con una producción alta por palo, de unos ochocientos gramos anuales por unidad), la demandante ha sufrido muchísimos perjuicios, tanto por razón del daño emergente [como] por el lucro cesante, (...).”*

A continuación puntualizó que el primero de tales rubros, está integrado por los siguientes ítems: demolición de la casa, \$40.000.000; demolición del silo e instalaciones, \$10.000.000; demolición del beneficiadero de café, pesebrera y cercos, \$15.000.000; destrucción de 25.000 cafetos en producción, \$100.000.000; destrucción de la capa vegetal, \$15.000.000. Totaliza el daño emergente la suma de \$180.000.000.

Respecto del lucro cesante, indicó:

Se han dejado de percibir los frutos del café desde el momento de su destrucción, en octubre de 1995 hasta la fecha de esta demanda y lo que se dejará de percibir durante el curso del

proceso, y ha sido imposible gozar de la habitación de la casa. Estos 2 conceptos los concreto así:

a.- Por café: 1.600 arrobas anuales, que dejan una utilidad de treinta millones netos por año: durante 6 años hasta hoy, son \$180.000.000.

b.- Valor anual de la vivienda derruida: tres millones seiscientos mil pesos año (3.600.000), durante 6 años hasta hoy, son \$21.600.000.

Total lucro cesante \$201.600.000.

Adelante añadió:

9. La posesión del bien enajenado a SERVIVIENDA está en cabeza de esta entidad, quien ha obrado de mala fe. Despojó a mi poderdante del único bien que integraba su patrimonio, de manera dolosa y aprovechada, consiguiendo para sí un inmueble valioso y a cambio del cual la enajenante no ha recibido NADA. Solo pobreza, desesperación y mentiras: quedó totalmente arruinada sin justificación alguna.

10. Siendo la administradora del proyecto, o gestora en el contrato denominado por las partes de cuentas en participación, y habiendo actuado culposamente, la Fundación Servicio de Vivienda Popular Servivienda es responsable por los perjuicios que por dolo o culpa causó a mi mandante. Esta responsabilidad se predica igualmente, de forma solidaria del Dr. Carlos Mario Cárdenas Soto debido a su condición de representante legal de la fundación que culposamente incumplió el contrato y causó perjuicios con su actuar.

1.3. En el acápite que se denominó “DERECHO”, se precisó que:

En cuanto a la pretensión subsidiaria eventual, debe afirmarse que tiene origen en el artículo 513 del Código de Comercio, que traza sendas interpretativas para el contrato de cuentas en participación y muestra c[ó]mo (...) tal modalidad de contrato guarda similitud entrañable con la sociedad en comandita simple, pero para un negocio determinado. Así que los administradores o el gestor (y si es persona jurídica su representante legal también), tienen que responder de forma

solidaria por los perjuicios que le[s] causen a los partícipes. Esta proposición jurídica, desde luego toca también directamente con el artículo 200 del Código de Comercio. Si el contrato, como lo pienso, es innominado o atípico por no ser todos los contratantes comerciantes, entonces se llega al mismo resultado, puesto que los contratos innominados, se regulan por las disposiciones de los contratos nominados a los que m[á]s se asemejen.

2. La totalidad de los demandados dieron contestación al libelo introductorio en un mismo escrito, en el que si bien es verdad, no se opusieron a la resolución reclamada, descartaron que tal pronunciamiento se hiciera con apoyo en el incumplimiento contractual denunciado, que negaron. Rechazaron las restantes súplicas allí elevadas y se pronunciaron de diversa manera sobre los hechos invocados. Además propusieron, con el carácter de meritorias, las excepciones que denominaron “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR” y “MALA FE” (fls. 99 a 109, cd. 1).

3. El Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Medellín, puso fin a la primera instancia con sentencia del 4 de mayo de 2006, en la que declaró “*fundada la excepción de falta de causa*” (punto 1º), negó “*lo solicitado por la señora Beatriz Eugenia Montoya Villa en su escrito de demanda*” (punto 2º) e impuso el pago de las costas a ésta (punto 3º) (fls. 183 a 192, cd. 1).

4. Apelado que fue, por la actora, el comentado fallo, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, en el suyo, que data del 5 de septiembre de 2007, confirmó la negativa de las pretensiones; revocó el reconocimiento que allí se hizo de la

referida excepción, así como de la condena al pago de las costas a cargo de la accionante; y, finalmente, dispuso que no había lugar a este rubro “*en ambas instancias de conformidad con lo expresado en las consideraciones*” (fls. 56 95, cd. del Tribunal).

5. La Corte, en sentencia del 26 de agosto de 2011, casó la de segunda instancia, “*pero sólo con alcances parciales, esto es, únicamente respecto de la Fundación Servicio de Vivienda Popular -Servivienda- y en cuanto negó la prosperidad de la pretensión indemnizatoria presentada en forma subsidiaria*” (fls. 84 a 140, precedentes).

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de memorar lo acontecido en el proceso, de compendiar tanto los pedimentos de la actora como las defensas de los demandados y de relacionar las pruebas recaudadas, el *a quo* expuso:

1. El contrato base de la acción corresponde a uno de “*cuentas en participación*”, contemplado en el artículo 507 del Código de Comercio, puesto que así se desprende de sus propias estipulaciones y porque los elementos de juicio con que aquí se cuenta, informan que la demandante participó en él, como comerciante.

2. Se sigue de lo anterior, que los intervinientes en el proceso tienen legitimación en causa por activa y por

pasiva, habida cuenta que la actora y los accionados integran los extremos del dicho nexo negocial.

3. Las pretensiones no están llamadas a acogerse, por las siguientes razones:

3.1. *“(...) si se solicit[ó] la resolución del susodicho contrato, es porque, tanto la parte actora, como la parte demandada ([é]sta por su contestación), consideran aún vigente la relación”; y de ello se colige, “que aquellas acusaciones que se lanzan en contra de los demandados, especialmente contra la Fundación Servivienda, no tienen ningún fundamento serio, por ello, en relación con tales aseveraciones debemos concluir que no se configuran, lo mismo que se precisará al desatar la instancia con todos sus efectos procesales y legales pertinentes”.*

3.2. Los testimonios recepcionados, en particular, las versiones suministradas por los señores José Aldemar Criales, Luis Guillermo Lopera Maya y Nelly Murillo, dieron cuenta del pago de los aportes que correspondían a las fundaciones convocadas en este asunto.

3.3. No puede tenerse como motivo de incumplimiento, el hecho de que no se hubiere prorrogado el contrato, planteamiento que se contrapone a la naturaleza misma de la acción intentada, pues como ya se observó, la resolución deprecada presupone la vigencia del contrato, lo que excluye que fuera viable extender su duración.

3.4. La suspensión del contrato por parte de la demandada FUNDACIÓN SERVICIO DE VIVIENDA POPULAR -SERVIVIENDA-, no es una determinación constitutiva de incumplimiento, como quiera que fue resultado de circunstancias ajenas a su voluntad, toda vez que las pruebas recopiladas acreditan que ella procuró, por todos los medios a su alcance, sacar adelante el proyecto objeto de ese acuerdo de voluntades.

Se cuenta aquí con un *“amplio conjunto probatorio documental y testimonial que nos dice(...) de los esfuerzos hechos por la demandada SERVIVIENDA, tendientes al buen éxito del negocio celebrado, y que nos indica(...) además que las dificultades en el desarrollo de las obras no pueden imputársele a ella. Toda la documentación aportada nos lleva a inferir de parte de la demanda (sic) una atenta gestión en el desarrollo y ejecución del programa, lo cual, como vemos adelante, es ratificado por algunos testigos que tuvieron participación en el proyecto”*.

Añádese que, *“[c]omo lo advierte la fundación, a través de su apoderado judicial, la forma en que actuó su representante fue previst[a] dentro de las estipulaciones consignadas en el contrato, específicamente en los párrafos tercero y cuarto del ordinal segundo; y si observamos las obligaciones generales no nos queda más que concluir que dicho ente a (sic) cumplido con la administración del proyecto conforme se dice allí, y conforme a la naturaleza del contrato”*.

Resulta inadmisibile la afirmación de la gestora del litigio, consistente en *“que el partícipe gestor actuó con*

negligencia”, toda vez que, “como lo indican algunos testigos, en folios 4 y 5 del cuaderno dos y 155 del cuaderno cuatro; dicha institución actuó de acuerdo a sus deberes, y específicamente uno de ellos, el señor Jesús Antonio Botero es muy claro cuando le señala responsabilidad a CORANTIOQUIA, y especialmente al señor Jaime Peña, representante de la demandante en dicho proyecto según se deduce de la declaración de ésta (ver folio 152 cuaderno 4 y 19 cuaderno 2), quien además, como se infiere de varios testimonios, asumió un papel activo en la obra y entorpeció la regular administración de [la] mism[a] al callar información necesaria ... (ver folio 5 y 6 del cuaderno 2 y 128 cuaderno 4)”.

3.5. La comentada decisión de suspender el proyecto, no fue prevista en el contrato como motivo de incumplimiento y no aparece relacionada como tal “*en las normas supletivas a que nos remite el artículo 514 del código comercial*”.

4. La petición de los demandados de que se resuelva el contrato, pero en términos muy distintos a los especificados en la demanda, “*tiene que ver más con una terminación del convenio que con la resolución y sus efectos, y en ese sentido no sería posible acoger tal solicitud, pues los efectos que conllevan la declaratoria de dichas figuras, como se sabe son muy disímiles. (...). La resolución tiene como fundamento el incumplimiento, y su declaratoria implica sanciones al incumplido (Art. 1546 C.C.), lo cual no se ha demostrado en este asunto, y los efectos de terminación solo acarrearían la simple liquidación del contrato de acuerdo con los términos del mismo*”.

LA APELACIÓN

Como ya se dijo, fue propuesta en nombre de la demandante Beatriz Eugenia Montoya Villa.

En cuanto hace a los argumentos con los que se sustentó el recurso, basta decir:

1. En el escrito mediante el cual se planteó la alzada, que obra a folio 194 del cuaderno No. 1, solamente se criticó la *“valoración de la prueba”*, sin otras especificaciones; se puso de presente el carácter general y abstracto de los razonamientos del *a quo*; se afirmó el desconocimiento, por parte de éste, del incumplimiento contractual derivado de la suspensión del contrato; y se señaló que *“tal suspensión unilateral e inconsulta, se hizo por el delegado de Servivienda, sin que en el plenario esté demostrada ninguna causa de fuerza mayor o caso fortuito que le permitiese(...) actuar de esa arbitraria e irresponsable manera”*.

2. En las alegaciones de segunda instancia (fls. 19 a 33, cd. del Tribunal) se memoraron las pretensiones incoadas, los fundamentos en que se soportaron las mismas, los planteamientos expuestos por los accionados al contestar el libelo introductorio y los argumentos esgrimidos por el *a quo* en su fallo.

En desarrollo de lo último, el recurrente elevó las siguientes censuras:

2.1. Erró el juzgado del conocimiento, al concluir que el contrato ajustado entre las partes era de “*cuentas en participación*”, como quiera que la actora no tenía, ni tiene, la condición de comerciante y que, debido a ello, dicho acuerdo de voluntades es “*innominado*”, pero sometido a las reglas de esa tipología negocial, por la proximidad con ella.

2.2. También se equivocó cuando dedujo, que uno de los motivos del incumplimiento denunciado fue la falta de prórroga de la convención, planteamiento que no efectuó la actora. Añádese a ello, que el argumento para desvirtuar esa supuesta omisión de las partes, luce incoherente, pues no se entiende cómo, de la pretensión de resolución contractual, puede inferirse la vigencia del acuerdo ajustado entre los litigantes, como lo predicó el *a quo*.

2.3. No son ciertas las explicaciones de los demandados para desvirtuar el incumplimiento que se les imputó, habida cuenta que es un hecho incontrovertible, la paralización por su parte del proyecto objeto del contrato base de la acción, sin mediar justificación alguna.

2.4. Fantasioso fue el vacío que el juzgador de instancia apreció en la demanda, en lo tocante con, de un lado, los efectos que se derivaron de la suspensión del contrato y, de otro, el nexo causal entre esa decisión y los perjuicios experimentados por la actora.

2.5. Es notoria la deficiente apreciación de las pruebas existentes en el proceso.

3. A decir del acta en la que se recogió la audiencia practicada el 21 de junio de 2007 con fundamento en el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, “[l]a *inconformidad es total con el fallo de primera instancia*”, que se concretó en tres puntos:

3.1. En primer lugar, la “[n]aturaleza jurídica del acto *cuentas en participación*”, como quiera que la demandante no era comerciante cuando celebró el contrato fundamento del litigio.

3.2. En segundo término, el “*incumplimiento de las demandadas*”, pues está comprobado que “[l]a *fundación San Francisco (sic) no entregó el dinero y Servivienda no realizó las prestaciones a las que estaba [comprometida], en tanto que se suspendió el desarrollo del proyecto de construcción, por lo que no entregó la urbanización convenida, obligación de resultado que conlleva una presunción en su contra*”.

3.3. “*Indemnización de perjuicios. El único bien de la demandante era el bien entregado, el cual perdió todas las condiciones que tenía antes de haber sido entregado, por lo que los perjuicios ocasionados son la pérdida de su bien y las condiciones de la demanda*”.

4. En el memorial presentado por la parte demandante, como resumen de los planteamientos que efectuó en la audiencia relacionada precedentemente, su apoderado, entre otras manifestaciones, expuso las siguientes:

4.1. Tras advertir el influjo ejercido por la Constitución Política de 1991 en las decisiones judiciales, observó:

El acontecimiento concreto de la vida que constituye el objeto litigioso de este proceso corresponde a la tragedia que viven Beatriz Eugenia y su familia desde hace más de diez años cuando entregaron a Servivienda su único patrimonio: la casa finca de cuatro hectáreas de superficie con instalaciones adecuadas para una empresa familiar cafetera y toda la dotación necesaria para el buen vivir de una familia acomodada del pueblo de Jericó, Antioquia.

Servivienda se comprometió a aportar cuarenta millones de pesos (\$40.000.000,00), y construir vivienda urbana de interés social, y la Fundación San Francisco de Sales aportaría igualmente cuarenta millones de pesos (\$40.000.000,00).

La Fundación San Francisco de Sales, hizo su aporte (...) tardíamente (en agosto de 1998,...). Concilió luego con Servivienda y recibió setenta millones de pesos (\$70.000.000,00). Luego, se valorizó su aporte. El incumplimiento no obedeció a disminución de capital. Servivienda insiste en quedarse con la obra. La propiedad raíz en Jericó en doce (12) años se ha valorizado en un 200%. Para quién? Para Servivienda que logró el traspaso de la propiedad de la cual fue despojada Beatriz Eugenia y su familia. El documento de 'conciliación' reza que Servivienda se hace dueña del proyecto.

Cuando Beatriz Eugenia Montoya Villa entregó su tierra[,] en ella se hallaba edificada una casa de dos plantas, con 400 metros cuadrados de construcción, silo para ACPM con capacidad para secar 100 arrobas de café, beneficiadero completo para café, pesebreras, cerca de alambre de púa. Un sembrado de 225.000 (sic) palos de café en plena producción, bien administrados, levantados sobre un suelo de excelente calidad. Las mejoras fueron demolidas íntegramente entre el 18 y 22 de octubre de 1995, por orden de Servivienda.

El cuadro fáctico que espera justicia es pues el siguiente. La Fundación San Francisco de Sales tiene setenta millones de pesos (\$70.000.000,00). Servivienda 'se hizo dueña del

proyecto' y es propietaria inscrita del inmueble de Beatriz. Beatriz Eugenia Montoya Villa y su familia lo han perdido todo y han padecido ingentes perjuicios por el incumplimiento contractual de Servivienda y de la Fundación San Francisco de Sales que demoró la entrega de los cuarenta millones de pesos (\$40.000.000,00). El gerente Carlos Mario Cárdenas tiene una responsabilidad solidaria con Servivienda.

4.2. En lo restante, el recurrente expresó:

4.2.1. El contrato celebrado por las partes, no corresponde a uno de “*cuentas en participación*”, propiamente dicho, pues ninguno de los contratantes era comerciante al momento de su celebración, amén que la construcción de vivienda de interés social, no es una actividad mercantil, sino una sometida a un régimen legal especial.

4.2.2. Debió aplicarse el artículo 1546 del Código Civil, toda vez que la demandante cumplió las obligaciones a su cargo, como quiera que entregó el inmueble de su propiedad, mientras que las accionadas, no atendieron las suyas, particularmente, la FUNDACIÓN SERVICIO DE VIVIENDA POPULAR -SERVIVIENDA-, pues admitió que suspendió el proyecto de construcción sobre el que versó el contrato materia del litigio, inejecución que “*hace presumir la culpa del obligado incumplido, quien tiene entonces la carga de la prueba del caso fortuito, única eximente de su responsabilidad. Ese caso fortuito no ha sido demostrado. Menos la fuerza mayor*”.

4.2.3. El convenio de las partes “*presenta una doble faz: de un lado se tipifica la enajenación de propiedad raíz como contrato instantáneo, el mismo en referencia con el cual se debe decretar la resolución con efectos ex nunc. La otra fase es la de*

ejecución de las obras, fase de tracto sucesivo, en relación con la cual el decreto que corresponde es el de terminación del contrato por incumplimiento del demandado. Tanto la resolución como la terminación son acumulables con la condena al pago de perjuicios”.

CONSIDERACIONES

1. Alcance del presente fallo.

1.1. Como ya se registró, la totalidad de las pretensiones formuladas en la demanda fueron negadas por el juzgado del conocimiento, en el fallo que profirió el 4 de mayo de 2006.

Ese proveído, lo confirmó el Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, en el suyo, que data del 5 de septiembre de 2007.

La sentencia de segunda instancia fue recurrida en casación por la demandante, quien en desarrollo de dicha impugnación extraordinaria propuso siete cargos, de los cuales la Corte admitió a trámite solamente el tercero, el cuarto y el séptimo. De estos tres, el último, dirigido a que se acogieran las pretensiones principales de la demanda, fracasó; y los dos restantes, que se estudiaron conjuntamente por versar ambos sobre la pretensión “*subsidiaria eventual*”, prosperaron.

1.2. Este breve recuento del acontecer procesal, permite colegir el alcance parcial del presente fallo sustitutivo, como quiera que la Sala, en desarrollo de él, únicamente puede ocuparse del pedimento identificado en la demanda como “**CUARTO**” (pretensión subsidiaria), que, como con mayor amplitud se verá más adelante, remite al “**TERCERO**”.

1.3. Es ostensible, entonces, que las restantes pretensiones, planteadas como principales, quedaron cabal y definitivamente decididas con el fallo de segunda instancia, toda vez que si, como viene de acotarse, la acusación enderezada a conseguir en casación su acogimiento, no se abrió camino, se tornó firme la confirmación que en ese proveído se hizo de la decisión desestimatoria de las mismas, adoptada por el *a quo*.

1.4. Se suma a lo anterior, que el Tribunal, en relación con la pretensión subsidiaria de que se trata, coligió que no se demostró la responsabilidad del señor Carlos Mario Cárdenas Soto, pues para el momento en el que éste asumió la administración y representación legal de la FUNDACIÓN SERVICIO DE VIVIENDA POPULAR -SERVIVIENDA-, el contrato celebrado por las partes ya estaba suspendido y, por lo tanto, las actuaciones que precedieron esa determinación y que condujeron a ella, no fueron realizadas por él.

Tal inferencia del *ad quem* no fue combatida en desarrollo del recurso extraordinario de que se trata, razón por la cual sigue irradiando todos los efectos jurídicos que le

son propios, dejando así cerrado el debate que en torno del precitado demandado, se suscitó con la demanda.

1.5. Se colige, en definitiva, que como lo advirtió la Corte en su sentencia del 21 de agosto de 2011, el quiebre que se hizo del fallo del Tribunal tuvo “alcances parciales”, en la medida que operó “únicamente respecto de la Fundación Servicio de Vivienda Popular -Servivienda- y en cuanto negó la prosperidad de la pretensión indemnizatoria presentada en forma subsidiaria”.

2. La acción.

Fijados, como quedan, los linderos del presente pronunciamiento, se sigue al estudio de la acción ejercida mediante la proposición de las pretensiones subsidiarias.

2.1. Dichas reclamaciones, son del siguiente tenor:

TERCERO.- *Que la misma FUNDACIÓN DE VIVIENDA POPULAR (sic), SERVIVIENDA, está en la obligación de pagar el valor de los perjuicios causados, de que se dio cuenta en el hecho 6 de esta demanda, y que sintéticamente se resumen así:*

Por DAÑO EMERGENTE, la suma de ciento ochenta millones de pesos m.l. (\$180.000.000.00).

Por LUCRO CESANTE, la suma de doscientos un millones seiscientos mil pesos (\$201.600.000.00).

Los guarismos anteriores serán corregidos de acuerdo con la devaluación habida para traducirlos en valores reales y no meramente nominales. A partir de la ejecutoria del fallo ganarán, esas sumas, intereses a la tasa legal.

CUARTO.- *Se acumula como pretensión [s]subsidiaria eventual de la pretensión primera principal:*

Se conden[er] a Carlos Mario Cárdenas Soto y a la Fundación de Vivienda Popular Servivienda, solidariamente, al pago de los perjuicios que se causaron a la demandada Beatriz Eugenia Montoya y que son los mismos que se enunciaron en los hechos de esta demanda y se repitieron en la pretensión tercera.

2.2. Esas específicas pretensiones se fundamentaron, esencialmente, en que la FUNDACIÓN DE SERVICIO VIVIENDA POPULAR -SERVIVIENDA- fue la partícipe gestora en el contrato base de la acción; que como tal, administró el proyecto de construcción objeto del mismo; que actuó “culposamente”; y que, debido a ello, “es responsable de los perjuicios que por dolo o culpa causó” a la demandante.

2.3. Desde el punto de vista jurídico, en el mismo libelo introductorio se indicó que tal reclamación abrevia en el artículo 200 del Código de Comercio, aplicable al contrato ajustado entre las litigantes en virtud del 513 de la misma obra.

2.4. Llegados a este punto, se torna necesario reproducir las apreciaciones que en torno de la acción de responsabilidad consagrada en el primero de los antedichos preceptos, consignó la Corte en la sentencia de casación dictada en este mismo asunto, así:

(...) Examinadas las normas que se ocupan del contrato de sociedad, en general, y las especiales de cada tipo societario, en conjunto con la que se deja reproducida, es dable visualizar que el legislador, además de la responsabilidad contractual fincada en el negocio jurídico que da origen a las sociedades comerciales y que vincula por igual a quienes lo celebran, estableció un régimen particular de responsabilidad

en relación con sus administradores, que opera sólo respecto de ellos, nada más que en su condición de tales, y como consecuencia de las acciones u omisiones en que, mediando dolo o culpa, incurran al desempeñar dicha función, en razón del cual aquéllos deben responder por los perjuicios que ocasionen a la sociedad, sus socios o terceros, régimen que, cuando el administrador es una persona jurídica, se extiende solidariamente a su representante legal.

Sin duda, se trata de un régimen especial de responsabilidad civil cuyo propósito es brindarle a sus beneficiarios un mecanismo particular de reparación frente a las actuaciones de los administradores que afecten ilegítimamente sus derechos, y que, por sus características, no puede, ni debe confundirse con la estrictamente contractual -derivada de los conflictos que puedan presentarse entre los socios y la sociedad o de aquellos entre sí-, toda vez que dicha acción fue concebida como un instrumento adicional a ésta y porque la única razón de ser de la primera es el mandato expreso del legislador -que se activa por el contrato social y la actuación de los administradores-, lo que significa que su configuración y su efectiva aplicación, en ningún caso, depende de la mera voluntad expresada en el contrato social, al punto que, como ya se transcribió, en el inciso final del artículo 200 del Código de Comercio se dispuso que '[s]e tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos'.

En este orden de ideas, se debe destacar que las notas más significativas de la responsabilidad de que se trata y que, por lo tanto, permiten identificar su genuina naturaleza jurídica son las siguientes: se trata de un régimen particular de responsabilidad civil derivado del contrato social y de la actuación de sus administradores; los sujetos que en ella participan están definidos en la ley, en tanto que los titulares de la correspondiente pretensión resarcitoria son solamente la sociedad, los socios y los terceros con interés legítimo, mientras que los llamados a resistirla son quienes ostenten la calidad de administradores de la correspondiente persona jurídica, independientemente de que concurra en ellos la condición de socios; se deriva, exclusivamente, de los actos dolosos o culposos que éstos cometan en desarrollo de la administración que ejerzan, es decir, que el factor de atribución de la responsabilidad es de naturaleza subjetiva; en los supuestos de 'incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos' y de que los

administradores ‘hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia’, se presume su culpabilidad; y, en virtud de dicho sistema, los administradores están llamados a responder en forma personal, autónoma e ilimitada, esto es, con total independencia de la responsabilidad que como consecuencia de esos mismos actos pueda desprenderse para la sociedad, como persona jurídica independiente tanto de sus socios como de sus administradores.

2.5. Ahora bien, en cuanto a la pertinencia de ese tipo de responsabilidad, en tratándose de los contratos de “*cuentas en participación*” y, por ende, del innominado que es fuente de la presente controversia, la Sala señaló:

(...) Siguiendo el hilo de la cuestión como se trae, propio es colegir, entonces, que por la remisión contenida en el ya invocado artículo 514 del Código de Comercio, es aplicable al contrato de cuentas en participación el comentado régimen especial de responsabilidad previsto en el artículo 200 ibídem, empero, como a continuación se puntualiza, adecuándolo a la naturaleza y características propias de este específico negocio jurídico.

En torno de las cuentas en participación, la doctrina jurisprudencial de la Sala tiene definido que se trata de un contrato ‘de colaboración’, ‘de carácter consensual’ y en virtud del cual ‘se permite que unas personas participen en los negocios de otras, mediante el aporte de dinero u otra clase de bienes, para desarrollar una o varias operaciones mercantiles determinadas, cuya ejecución deberá ser adelantada por una de ellas, llamada partícipe gestor, en su propio nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuentas a los partícipes inactivos, quienes ante terceros permanecerán ocultos, y dividir entre todos las ganancias o pérdidas en la forma convenida’, razón por la cual ‘su existencia, en principio, no se revela (...), pues el partícipe gestor es reputado único dueño de la empresa propuesta’, de donde ‘es claro que unas son las relaciones externas entre éste y aquéllos, y otras, las internas entre los partícipes’, las cuales ‘se rigen por las cláusulas de la participación o en su defecto los partícipes tendrán los mismos derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e

impone a los socios entre sí, y en subsidio, las generales del contrato de sociedad', sin que tenga lugar el 'surgimiento de una sociedad propiamente dicha, porque a diferencia de ésta, el contrato de cuentas en participación, como se anunció, es de naturaleza consensual, y porque amén de que carece de patrimonio propio, distinto del de los partícipes, no puede haber autonomía patrimonial, precisamente al no existir personalidad a quien se le pueda atribuir ese patrimonio' (Cas. Civ., sentencia del 4 de diciembre de 2008, expediente No. C-1100131030271992-09354-01).

No obstante esa singular textura del contrato de cuentas en participación, que, sin lugar a dudas, lo diferencia del de sociedad, principalmente porque, como ya se precisó, su celebración no da lugar al surgimiento de una persona jurídica, con todo lo que ello supone, es del caso señalar que en frente de dicho negocio jurídico se mantiene también un sistema dual de responsabilidad: por un lado, la propiamente contractual, derivada del negocio jurídico mismo, de la que son titulares la totalidad de los partícipes, incluso, el activo o gestor, y se dirige en contra del contratante que haya incumplido sus deberes de prestación y con ello causado daños; y, por otro, la especial consagrada en el ya varias veces citado artículo 200 del Código de Comercio, que en el supuesto del contrato ahora examinado sólo opera en contra del partícipe activo o gestor, como administrador del negocio común, ya se trate de persona jurídica o natural, y del representante legal de aquella, por razón de los actos dolosos o culposos de su administración, y en beneficio de los partícipes inactivos y/o de los terceros a quienes, con ese actuar, aquél les hubiere irrogado algún perjuicio.

(...) Se sigue de lo hasta aquí expuesto, la pertinencia e independencia de la acción intentada por la actora mediante la invocación de la pretensión subsidiaria, tal y como lo concluyó el Tribunal, y, además, que su configuración deriva, por una parte, de que la demandada, como partícipe activo y, por ende, administradora del negocio colectivamente buscado por los contratantes, hubiese incurrido en conductas dolosas o culposas en el cumplimiento de tal función, con infracción de sus deberes de conducta; por otra, que dicho proceder de la gestora hubiese producido un daño a la aquí demandante; y, finalmente, que entre la acción u omisión de aquélla y el perjuicio padecido por ésta, medie un nexo de causalidad adecuado.

(...) Y ello es así, porque no obstante que el contrato base de la acción no pueda ser calificado, en estrictez, como un contrato de ‘cuentas en participación’, habida cuenta que no está demostrado que, al momento de su celebración, la aquí demandante tuviera la condición de comerciante, condición que expresamente establece el artículo 507 del Código de Comercio, lo que determina, por una parte, que ese negocio jurídico no califique en rigor como tal y, por otra, que deba tenersele como innominado o atípico, es patente, de un lado, según ya se indicó, que la conclusión del Tribunal a este respecto fue que el contrato se regía por las reglas de las cuentas en participación, conclusión que es inalterable para la Corte en esta sede extraordinaria por no haber sido asunto materia de la acusación, y, por otro, a que, en fin de cuentas, el negocio jurídico de que se trata está sometido a las normas de ese tipo contractual, por ser ellas las más próximas a su especial naturaleza, y que, como ya se analizó, en consideración al mandato del artículo 514 de la obra en cita, le sea aplicable el régimen especial de responsabilidad consagrado en el artículo 200 ibídem. Adicionalmente, no está de más destacar que en el texto del contrato celebrado por las partes se indicó que éste ‘se regirá en lo no previsto por los artículos 507 a 514 del Código de Comercio, y subsidiariamente por las normas de la sociedad comandita simple y los artículos 1262 y ss. del Código de Comercio (primera parte).

2.6. Y en punto del éxito de las aludidas pretensiones, esta Corporación conceptuó:

(...) Como se desprende del compendio que se consignó de los argumentos aducidos por el Tribunal en su fallo, dicha autoridad avizoró, en primer lugar, que Servivienda, como administradora del proyecto objeto del contrato celebrado por las litigantes, actuó negligentemente en el trámite que adelantó para que se impartiera aprobación al Plan de Manejo Ambiental que era necesario para la ejecución del mismo, puesto que sus gestiones se dilataron en el tiempo y no fueron desde un comienzo eficaces en procura de dicho fin; y, en segundo lugar, que esa demora trajo consigo que para la época en que se expidió por Corantioquia la Resolución Administrativa No. 2350 del 29 de mayo de 1998, en que se adoptó dicha determinación, ya estuviera en crisis la industria de la construcción y, por ende, resultara imposible la consecución de recursos económicos para la

financiación del proyecto, factores que fueron los que condujeron a que, mediante acto posterior, la susodicha accionada optara por suspenderlo definitivamente, planteamientos que tampoco fueron controvertidos por el casacionista y que, por consiguiente, conservan toda su fuerza vinculante.

Siguiendo esa misma línea de pensamiento del ad quem, propio es señalar, entonces, que el acto de negligencia que en la sentencia recurrida se imputó a la citada fundación -la tardanza con que procedió en la realización del aludido trámite-, trascendió a los resultados del contrato, toda vez que determinó que Servivienda, posteriormente, aunque fundada formalmente en otras razones, decidiera suspender definitivamente el proyecto que en el contrato base de la acción se denominó 'Villas de Jericó'.

(...) En ese orden de ideas, se concluye que el aludido proceder culposo de la demandada en cuestión, aunque no fue la causa exteriorizada para que ella, posteriormente, decidiera paralizar definitivamente el referido proyecto, sí provocó que las circunstancias que motivaron formalmente esa determinación -crisis de la construcción e imposibilidad de conseguir recursos para su financiación- incidieran de ese modo en el desenvolvimiento contractual, lo que pone en evidencia que la detectada falta de diligencia no fue una circunstancia inane sino que, por el contrario, afectó negativamente, en forma decisiva, el desarrollo del objeto del negocio jurídico materia del litigio.

(...) Esa visión de lo acontecido deja al descubierto que la conducta culpable atribuida a Servivienda significó para la actora, en concreto, que resultaran afectados ilegítimamente sus derechos contractuales como consecuencia del detenimiento del proyecto en sus inicios, toda vez que el fin perseguido con el negocio jurídico se frustró y, por lo mismo, no pudo llegarse a la fase de evaluar sus resultados económicos, sobre la base cierta de su efectiva ejecución, ni a establecerse si el negocio, luego de su completa culminación, hubiese arrojado ganancias o pérdidas para cada uno de los contratantes. Ese era el derecho de éstos y, adicionalmente, la razón y el objetivo, por una parte, de su decisión de vincularse al señalado proyecto y, por otra, del aporte que realizaron con el fin de participar en dicha operación comercial.

Así se desprende del contrato mismo, pues allí se convino que 'los tres comerciantes (sic) contratantes toman interés en operaciones mercantiles determinadas, cuales son la adecuación, construcción, urbanización y mercadeo de viviendas de interés social en el municipio de Jericó (Antioquia) y concretamente en el predio que luego se especifica para ser ejecutadas por el partícipe gestor en su único nombre y bajo su crédito personal, con cargo de los tres partícipes en partes iguales, con la obligación de rendir cuenta y dividir con los partícipes inactivos los resultados del negocio en partes proporcionales a sus aportes' (punto 1º; se subraya); que era obligación de los partícipes inactivos, '[h]acer los aportes oportunamente en el fondo o cuenta especial que el Gestor destine para atender los gastos relacionados con la empresa' (literal a, punto 4º); que la contratante 'Beatriz Eugenia Montoya Villa aporta de contado \$40.000.000, cuarenta millones de pesos, representados en el valor comercial del lote de terreno ubicado en el municipio de Jericó, sector El Faro, sobre la carrera quinta, con una superficie de cuatro hectáreas, con todas sus mejoras y anexidades', que seguidamente identificó por su linderos, '[p]ropiedad que traspasó al Gestor para que pueda cumplir su encargo' (literal c, punto 4º); y que '[l]a participación en las utilidades netas obtenidas será por partes proporcionales a la inversión y se liquidará al vender la totalidad de las unidades que conforman cada etapa, salvo que los partícipes quieran capitalizar o que el contrato termine antes, caso en que se liquidará proporcionalmente al período ejecutado' (punto 5º; se subraya).

Y así lo contempla la ley cuando establece que '[l]a participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida' (art. 507, C. de Co.; se subraya).

(...) Se suma a lo expuesto que la ilícita afectación de los derechos contractuales de la accionante repercutió negativamente en su patrimonio, en la medida en que, como se infiere de lo convenido entre las partes y de la copia auténtica de la escritura pública No. 246 del 10 de julio de 1995, otorgada en la Notaría de Jericó, su participación dio

lugar a que ella, para cumplir con el aporte a que se obligó, transfiriera a la gestora demandada el dominio de la finca que era de su propiedad, sin que a cambio nada recibiera, por cuanto, como ya se destacó, el negocio proyectado no desarrolló ni se concluyó, tampoco operó la terminación del contrato y, por ende, no hubo, ni hay, lugar a su liquidación, sin que, entonces, la señora Montoya Villa pueda establecer si tiene derecho a recuperar su inversión y, adicionalmente, a percibir una utilidad o, por el contrario, le corresponde asumir alguna pérdida.

No pudiéndose confundir la comentada vulneración irrogada a los derechos de la demandante con la pérdida de la utilidad, propiamente dicha, que se hubiere podido derivar de la cabal ejecución del contrato, pues para cuando acaeció el comportamiento culpable de Servivienda, ese lucro era meramente eventual e incierto, toda vez que en ese momento sólo se habían realizado algunas acciones encaminadas a la construcción de las viviendas, las cuales eran del todo insuficientes para colegir que el negocio perseguido por los contratantes iba a producir ese resultado positivo, forzosas son las siguientes conclusiones:

(...) En primer lugar, que si la demandante reclamó en la pretensión subsidiaria, a título de indemnización, el pago del valor, por una parte, del predio que ella aportó al negocio común, cuyo dominio traspasó a la Fundación Servicio de Vivienda Popular -daño emergente-, y, por otra, de los frutos que ese inmueble le hubiese reportado de haber continuado en su poder -lucro cesante-, ello significa que su pretensión resarcitoria, en esencia, apuntó a que la decisión judicial la deje en la situación en la que dicha contratante estaría si el contrato finalmente frustrado nunca se hubiera celebrado, es decir, que retorne a su patrimonio lo que de éste salió como consecuencia de dicho negocio dispositivo e ingrese al mismo lo que él no pudo percibir por el hecho ilícito del demandado, como consecuencia de haber participado en el malogrado contrato base de este litigio -inversión-, petición que, al margen de que esté o no llamada a prosperar, no es merecedora de reproche en cuanto toca con su formulación.

Y ello es así, particularmente, por cuanto la demandante no está ejerciendo una acción de responsabilidad civil contractual en contra de quien fue su contratante, en cuanto tal, sino que está ejercitando, como ya se ha explicado, una acción de responsabilidad civil contra quien adelantó la

administración del negocio inmobiliario finalmente frustrado, con fundamento en lo establecido en el artículo 200 del Código de Comercio, la que no depende, en general, de la subsistencia o aniquilación del contrato celebrado, ni de su liquidación, esto último, particularmente, porque la pretensión resarcitoria no está enderezada a obtener la indemnización del daño emergente o del lucro cesante derivados del incumplimiento de las obligaciones de Servivienda enderezadas a realizar la finalidad contractual, ni las indemnizaciones compensatorias o moratorias originadas en el incumplimiento de dicho negocio jurídico.

(...) Y, en segundo término, que en este caso particular no era viable perseguir, con el fin de que se reparara el comentado daño, la utilidad esperada del negocio proyectado por los contratantes, puesto que, como ya se observó, ella, conforme la evolución que tuvo el contrato, habría de considerarse como eventual e incierta.

(...) En todo caso, es pertinente observar que de conformidad con los principios que informan la responsabilidad civil y los desarrollos legislativos que en nuestro ordenamiento se han presentado al respecto, la indemnización de perjuicios debe atender el criterio de reparación integral (art. 16, Ley 446 de 1998), del que se desprende, como una de sus derivaciones, que, de manera general, la indemnización no puede ser fuente de enriquecimiento para quien ha sufrido un daño, lo que conduce sostener que las reparaciones de daños que se obtengan en asuntos como el que se analiza, v.gr., de los administradores a quienes se les imputa la responsabilidad civil reglada por el artículo 200 del C. de Co., y que resarzan integralmente los perjuicios padecidos por la víctima, obviamente no podrán ser perseguidas en otros procesos judiciales, así sean de diversa naturaleza, o, incluso, en trámites convencionales enderezados a la liquidación de los contratos en cuyo desarrollo tales perjuicios se hayan gestado.

2.7. El precedente análisis de la Corte, deja en evidencia la satisfacción de todos los elementos estructurales de la acción intentada.

2.7.1. Ningún resquicio de duda queda sobre la culpa de la FUNDACIÓN SERVICIO DE VIVIENDA POPULAR -SERVIVIENDA-, puesto que su actuación como administradora del proyecto de construcción objeto del contrato en cuestión, fue negligente, particularmente, en todo lo relacionado con la consecución de la aprobación del “*Plan de Manejo Ambiental*”, que era necesario para el adelantamiento del mismo.

2.7.2. Igualmente está comprobado el daño, habida cuenta de que el indicado proceder de la mencionada demandada, vulneró el derecho legítimo que la actora tenía para que, cumplido a cabalidad el contrato, se estableciera, con fundamento en su ejecución, el resultado económico del mismo, evaluación que no fue, ni es, factible hacerse, debido, precisamente, a la parálisis indefinida del referido proyecto.

La supresión de esa prerrogativa incidió en el patrimonio de la víctima, pues la privó de la posibilidad, por un parte, de recuperar el aporte que efectuó, mediante la transferencia que hizo a la citada accionada del inmueble identificado en el libelo introductorio; y, por otra, de percibir una utilidad derivada de dicha inversión, que como es lógico entenderlo, era el propósito que persiguió cuando decidió participar en el negocio de construcción del proyecto que denominaron “*Villas de Jericó*”.

2.7.3. Por último, es innegable el nexo de causalidad existente entre la conducta desplegada por SERVIVIENDA y la advertida afectación de los derechos de la señora

MONTOYA VILLA, pues fue a consecuencia de la notoria torpeza con la que aquélla procedió, como administradora del proyecto de construcción “*Villas de Jericó*”, que se produjo la advertida parálisis contractual, al punto que si dicha partícipe gestora hubiese actuado con la diligencia debida, las obras no se habrían retardado y el proyecto de vivienda no se habría visto afectado por la crisis de la construcción y la dificultad para conseguir los recursos económicos para su financiamiento, que fueron las razones en las que la accionada sustentó su decisión de suspenderlo indefinidamente.

Y fue, se reitera, esa detención indefinida del negocio común, la que, en el plano económico, tornó negativo el aporte que de la identificada finca efectuó la aquí accionante, elemento que salió de su patrimonio sin que ella recibiera nada a cambio.

2.8. La acción, en definitiva, se avizora exitosa.

3. Las excepciones.

3.1. Al responder el libelo introductorio, los accionados adujeron como tales, las siguientes:

1. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

Pretende la señora demandante cobrar valores que desde ningún punto de vista Servivienda está obligada a pagar, de donde cualquier concepto que se cobre por fuera de la relación contractual constituye un enriquecimiento sin causa.

2. FALTA DE CAUSA PARA PEDIR.

Como se explicó en la contestación de los hechos, [a]l socio activo, Servivienda[,] no le fue posible cumplir el contrato por circunstancias ajenas, imprevisibles y no atribuibles a su gestión, por lo tanto no puede pretenderse que deba responder por los perjuicios que hoy reclama la demandante.

3. MALA FE.

Por lo ya explicado en la contestación de los hechos.

3.2. En relación con esos planteamientos, forzoso es recordar que “la simple denominación de excepción que el demandado dé a la defensa que enarbola, es insuficiente para que aquélla necesariamente adquiriera la condición de tal, pues como lo ha sostenido esta Corporación, ‘en su sentido propio el vocablo ‘excepción’ no es sinónimo de cualquier defensa opuesta a la pretensión del actor, habida cuenta que como lo enseñaron desde comienzos de siglo ilustres expositores encabezados por Chiovenda, se defiende el demandado que se circunscribe a negar el fundamento de la pretensión, al paso que el demandado excepciona cuando aduce hechos nuevos que impiden la protección jurídica del interés del demandante o que tienden a justificar la extinción de las consecuencias jurídicas en las que aquella pretensión vino cimentada. En otras palabras, la proposición de una excepción desplaza de suyo los términos fácticos de la controversia, amplía la materia litigiosa en tanto introduce en la discusión hechos diversos de aquéllos afirmados por el actor, alterando por ende el ámbito de la decisión y sus posibles límites...’ (Casación del 30 de enero de 1992)” (CSJ, SC del 31 de mayo de 2006, Rad. n.º 1997-00004-01; se subraya).

Y que *“la excepción de mérito no es la mera negación de las súplicas de la demanda o de los hechos que las sustentan, aunque*

vislumbren alguna resistencia u oposición del demandado, pues, por el contrario, ella siempre envuelve un asunto novedoso que éste incorpora a la controversia, tendiente a enervar los pedimentos del accionante” (CSJ, SC del 15 de enero de 2010, Rad. n.º 1998-00181-01).

En suma, es del caso destacar que toda excepción de mérito presupone “*(...) la alegación de hechos nuevos, diversos a los postulados en la demanda, excluyentes de los efectos jurídicos de éstos, ya porque hayan impedido el nacimiento de tales efectos (hechos impeditivos), ya porque no obstante haber ellos nacido los nuevos hechos invocados los han extinguido (hechos extintivos)*. Cuando esto ocurre se está en el sector especial del derecho de defensa propio del concepto de excepción...” (G. J. T. CXXX, pág. 18, reiterada en Casación Civil del 11 de mayo de 1981 no publicada)” (CSJ, SC del 31 de mayo de 2006, *ib.*).

3.3. Con apoyo en las premisas generales que anteceden, propio es colegir que los argumentos defensivos propuestos por los demandados al contestar la demanda, bajo la denominación de “EXCEPCIONES”, no son tales, en tanto que ellos se circunscribieron a controvertir los fundamentos fácticos de la acción, sin comportar la proposición de hechos distintos que sirvieran al propósito de desvirtuar el derecho reclamado por la actora, a ser indemnizada por los perjuicios que la partícipe gestora le ocasionó con la deficiente administración que hizo del contrato por ellas celebrado.

3.4. Siendo ese el genuino alcance de tales simples defensas, propio es notar que ellas quedaron completamente

desvirtuadas con el estudio que se hizo de los elementos estructurales de la acción, sin que, por lo mismo, sean de recibo los planteamientos de la FUNDACIÓN SERVICIO DE VIVIENDA POPULAR -SERVIVIENDA-, relativos a que con el ejercicio de la acción de responsabilidad civil atrás analizada, su proponente pretenda enriquecerse ilícitamente; o a que el incumplimiento contractual en que aquélla incurrió, obedeció a *“circunstancias ajenas, imprevisibles y no atribuibles a su gestión”*; o a la supuesta mala fe de la accionante.

3.5. Por no tratarse de excepciones meritorias propiamente dichas, la Corte no hará ningún pronunciamiento expreso sobre ellas en la parte resolutive de este fallo.

4. Los perjuicios y su indemnización.

4.1. Díjose atrás, y ahora se refrenda, que la deficiente administración del proyecto de construcción por parte de la partícipe gestora, la aquí demandada SERVICIO DE VIVIENDA POPULAR -SERVIVIENDA-, irrogó perjuicio a la demandante, como quiera que lesionó su legítimo derecho a determinar los resultados económicos que hubiese arrojado el contrato entre ellas celebrado, daño que no puede confundirse con el derivado del incumplimiento de dicha convención y, menos, con la utilidad esperada en virtud de la misma, pues la responsabilidad deducida no tiene por fuente la inejecución del referido acuerdo de voluntades y porque la dicha utilidad, al momento en que se produjo la parálisis del negocio, era meramente hipotética o eventual.

4.2. Es consecuencia directa de la diferencia reiterada en precedencia, que no hay lugar aquí a disponer la devolución jurídica y material de la finca aportada por la accionante a la empresa común que contrató con las demandadas, pues una determinación semejante, sólo podría tener lugar dentro del contexto de la responsabilidad contractual.

No habiendo lugar al retorno del inmueble, como tal, tampoco se vislumbra pertinente el de sus frutos, ya sean los naturales o civiles, toda vez que ellos, por regla de principio, pertenecen a su dueño, según voces de los artículos 716 y 718 del Código Civil, en este caso, la demandada FUNDACIÓN DE SERVICIO DE VIVIENDA POPULAR -SERVIVIENDA-.

4.3. Lo anterior no obsta para que, a título de daño emergente, se ordene el pago del valor que el inmueble tenía a la fecha en que la actora lo transfirió a la precitada convocada; y para que, en aras de establecer el lucro cesante, se aplique la regla del artículo 1617 *ibídem*, para disponer el reconocimiento de los intereses legales.

4.4. Ahora bien, como para la cuantificación de lo primero, es necesario apreciar el dictamen pericial que como prueba se rindió en el curso del proceso (fls. 59 a 69, cd. 2), considerada su aclaración y complementación (fls. 182 a 186, cd. 2) es necesario, antes de valorarlo, decidir la objeción por error grave que en relación con dicha probanza planteó la precitada demandada, cuestionamiento recogido en los

escritos que militan del folio 72 al 76 y 188 a 189 del mismo cuaderno No. 2, lo que se hace en los siguientes términos:

Tres, en concreto, fueron los reproches que se elevaron, a saber: el desacierto del punto primero de la experticia, porque el valor de las construcciones efectuadas en el predio transferido por la demandante, no podía ser el allí fijado para el año 1995, según el avalúo catastral y el hecho de que al aportarse tal inmueble, se fijó su valor en la suma de \$40.000.000; la equivocada determinación de la renta de la casa que existía en el predio y del producido de sus cafetales (punto segundo), en tanto que la gestora del proceso, por intermedio de su esposo, siguió usufructuando la finca por mucho tiempo después del año 1995; y, finalmente, el indebido cálculo contenido en el punto tercero, respecto del número de árboles de café plantados en el inmueble y su producción medida en arrobas-año, datos que no se ajustan a los que posee la “Federación de Cafeteros”.

Sobre la base de que “(...) ‘por ‘error’ se entiende el ‘concepto equivocado o juicio falso’ y por ‘grave’ lo que es ‘grande, de mucha entidad o importancia’, según se define en el Diccionario de la Real Academia Española (...)”, esta Corporación tiene decantado que “no cualquier tacha contra el dictamen conduce a descalificarlo. Los reparos procedentes al respecto son los que, amén de protuberantes, en términos generales, se oponen a la verdad o a la naturaleza de las cosas, a tal punto que si no se hubieren cometido los resultados habrían sido diametralmente distintos...La Corte, reiterando doctrina anterior, en el punto tiene explicado que las características de los errores de ese linaje y que permiten diferenciarlos de otros defectos imputables al dictamen

pericial, ‘es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven’ (Cas. Civ., sentencia del 12 de diciembre de 2005, expediente No. C-2530731840012001-00005-01; se subraya)” (CSJ, SC del 9 de septiembre de 2011, Rad. n.º 2001-00108-01).

Contrastado dicho criterio jurisprudencial con las específicas quejas sustentantes de la objeción examinada, se colige que ellas no tienen la connotación de “*graves*”, en el sentido que se deja precisado, y que, por lo mismo, mal podrían permitir la prosperidad del cuestionamiento de que se trata.

Disentir, por una parte, del valor que el perito le asignó a las mejoras plantadas en el predio sobre el que versó ese trabajo, o a los frutos del mismo; y, por otra, del cálculo sobre la capacidad productiva de la finca, sobre la base de que su aprovechamiento se efectuó con un plantío de café, no devela que el auxiliar de la justicia hubiese alterado la realidad sobre la que conceptuó y, mucho menos, de manera significativa o enorme.

De soslayarse que los reparos elevados están desprovistos de la advertida condición, se colige, de todas maneras, que ellos no fueron comprobados.

Propio es comprender la diferente naturaleza y significación que tiene el precio comercial de la finca cuya propiedad traspasó la actora a SERVIVIENDA y/o de las mejoras que existían en ella al momento de su entrega, que fue el que se solicitó al perito, frente, de un lado, al que se asignó al aporte realizado por la señora Montoya Villa al negocio común intentado por las litigantes y, de otro, al avalúo catastral del inmueble, valores estos últimos que, por lo tanto, no sirven para desvirtuar la estimación que de aquél, hizo el auxiliar de la justicia en su trabajo.

Se suma a lo anterior, que el informe rendido por el Comité Departamental de Cafeteros de Antioquia (fls. 304 a 313 precedentes), no infirma la productividad del predio calculada por el perito.

Basta lo dicho para concluir el fracaso de la objeción analizada.

4.5. Definido lo anterior, síguese a determinar el valor comercial de la finca al momento en que fue transferida a la prenombrada demandada.

4.5.1. En el dictamen primigeniamente presentado, su autor aseveró que *“[e]l valor comercial del inmueble en [j]ulio 10 de 1995, fecha en que se recogió en un documento privado el contrato celebrado entre las partes en litis, es la suma de \$185.000.000.00 M.L. (...). El valor comercial del inmueble para hoy [a]gosto 12 de 2004, es la suma de \$245.000.000.00 M.L.”*, tras lo cual el

auxiliar explicó que por la inclusión del último valor, no era necesaria la indexación del primero.

Como las anteriores estimaciones carecen por completo de sustento, la Corte, en este punto, no otorgará mérito demostrativo a dicha experticia.

4.5.2. En la complementación al dictamen pericial rendido como prueba de la objeción (fls. 475 y 476 de este cuaderno), el encargado de dicho trabajo expresó:

1. Dentro de todo el estudio de campo, homogenización, investigación, entrevistas, reconstrucción de todo lo que fue de propiedad de la [s]eñora Beatriz Eugenia Montoya [V]illa antes de ser enajenad[a] a Servivienda y la reconstrucción, análisis, p[é]rdida y deterioro después de haber sido parte de Servivienda se determinaron los valores cuantificados y enumerados tal como lo solicitó el despacho y como a bien se envió en la experticia de (...) marzo 26 de 2014.

2. La experticia (...) contiene todo lo que fue el trabajo de campo, levantamientos, y análisis cualitativos y cuantitativos del bien inmueble dando cumplimiento a las normas del artículo 237 del código de procedimiento civil, la resolución 0762 del 23 de [o]ctubre de 1998, del [I]nstituto Geográfico Agustín Codazzi y decreto 1420 de 1998 sobre procedimiento y criterios para evaluar emanado del Ministerio de Desarrollo Económico.

3. Por olvido u omisión en la digitación de la experticia principal no se incluyó el valor del inmueble para el 10 de [j]ulio de 1995 en su valor comercial y con incremento del I.P.C. para la época, a sabiendas que sí se hizo durante todo el desarrollo del trabajo de investigación. En consecuencia me permito comunicar a su Despacho que para la fecha 10 de [j]ulio de 1995, el inmueble que la accionante transfirió a la

FUNDACI[Ó]N DE SERVICIO POPULAR (sic) -SERVIVIENDA- tenía un valor comercial de \$183.800.000”.

A continuación, el perito elaboró una tabla explicativa de la corrección monetaria que aplicó a dicho valor y concluyó que “[s]u valor final para [j]ulio de 2016 será de **S868.594.801 OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS UN PESOS M/CTE**”.

4.5.3. Como quiera que la estimación indicada en el punto que antecede está soportada en el concepto primeramente emitido por el auxiliar de la justicia (fls. 428 a 459 de este cuaderno), trabajo en el que, entre otros aspectos, se describió con detalle el inmueble sobre el que versó el mismo, se estableció su estrato, carácter urbano, cabida, sector al que pertenece, utilización, accesibilidad, área construida y cultivada, la Corte la tendrá en cuenta y, por ende, aceptará como valor comercial del bien para el 10 de julio de 1995, fecha de la escritura pública 246 de la Notaría única de Jericó, mediante la cual se verificó su traspaso por parte a la actora de la FUNDACIÓN SERVICIO DE VIVIENDA POPULAR –SERVIVIENDA-, la suma de \$183.800.000.00.

4.5.4. Ahora bien, dicho monto habrá de corregirse monetariamente, como se solicitó en la demanda, y lo impone tanto la lógica de las cosas, como el deber de que la reparación sea íntegra, que se desprende del artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Para ello se aplicará la fórmula $Va = Vp \times \text{Índice final} / \text{Índice inicial}$, en la que la suma actualizada (Va), es igual a su valor histórico (Vh) multiplicado por el índice de precios al consumidor del mes hasta el que se va a realizar la actualización (índice final), dividido por el índice de precios al consumidor del mes del que se parta (índice inicial).

Al respecto, debe recordarse que los referidos índices de precios al consumidor son hechos notorios que no requieren de prueba en el proceso (art. 177, inciso 2º, C. de P.C.).

El índice de precios al consumidor para junio del año que avanza, último dato de que se dispone, fue de 132.58412; y para el 10 de julio de 1995, punto de arranque, era de 29.99151.

Así las cosas, se tiene:

$Va = \$183.800.000.00 \times 132.58412 / 29.99151$, lo que arroja la suma de \$812.528.654,14.

4.5.5. No correspondiendo ese valor al calculado en la comentada experticia, la Sala optará por el que aquí se determinó, suma que, entonces, será la que ordenará pagar a la demandada FUNDACIÓN DE SERVICIO DE VIVIENDA -SERVIVIENDA- como indemnización, por concepto de daño emergente.

4.6. En lo que refiere al cálculo lucro cesante, se tomará como capital la suma de \$183.800.000.00 y se

aplicará el interés del 12% anual (0.5% mensual) desde el 10 de julio de 1995 hasta la fecha de cierre de la liquidación anterior (30 de junio de 2016), que totaliza 10 años, 11 meses y 20 días, es decir, 131.66 meses.

Hechas las cuentas ($\$183.800.000.00 \times 0.5\% \times 131.66$ meses), se obtiene como resultado la cantidad de $\$120.995.540.00$, monto del lucro cesante que se impondrá a la referida accionada.

5. Conclusiones.

Debido a los alcances parciales de este fallo sustitutivo, la Corte mantendrá sin ninguna modificación los puntos primero y tercero de su parte resolutive, en lo que refiere a los demandados FUNDACIÓN SAN FRANCISCO DE SALES y CARLOS MARIO CÁRDENAS SOTO.

Respecto de la demandada FUNDACIÓN SERVICIO DE VIVIENDA POPULAR -SERVIVIENDA-, revocará el fallo de primera instancia y, en defecto del mismo, negará las pretensiones principales del libelo introductorio; la declarará civilmente responsable de los perjuicios que irrogó a la actora, con el comportamiento culposo que desplegó como administradora que fue, en su condición de partícipe gestora, del proyecto de construcción objeto del contrato que celebró con las intervinientes en el litigio, tal y como se solicitó en la pretensión subsidiaria de la demanda, identificada como "**CUARTA**"; y, consecuentemente, la condenará a pagarle a aquélla la suma de $\$812.528.654,14$, por concepto de daño emergente, y $\$120.995.540.00$, por concepto de lucro cesante.

El cálculo de la corrección monetaria y de los intereses legales que se causen a partir del 1º de julio de 2016 y hasta cuando se verifique el pago de la indemnización, deberá efectuarse de conformidad con el inciso final del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y siguiendo los parámetros utilizados por la Corte en este proveído.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, actuando en nombre de la República y en sede de segunda instancia, **RESUELVE:**

Primero: Frente a los demandados **FUNDACIÓN SAN FRANCISCO DE SALES** y **CARLOS MARIO CÁRDENAS SOTO:**

1º.- *“Confirmar parcialmente la sentencia del 4 de mayo de 2006 de/l/ Juzgado Décimo Sexto Civil del Circuito de Medellín, en el siguiente sentido: Se confirma el numeral 2. Se [r]evocan los numerales 1 y 3”.*

2º.- *“Sin costas en ambas instancias de conformidad con lo expresado en las consideraciones”.*

Segundo: Frente a la demandada **FUNDACIÓN SERVICIO DE VIVIENDA POPULAR -SERVIVIENDA-**, se **REVOCA** la sentencia de primera instancia y, en defecto de la misma, se **DISPONE:**

1º.- Negar las pretensiones principales del libelo introductorio, identificadas como primera a tercera.

2º.- Declarar a la citada demandada, civilmente responsable de los perjuicios que irrogó a la actora, con el comportamiento culposo que desplegó como administradora que fue, en su condición de partícipe gestora, del proyecto de construcción objeto del contrato que celebró con las intervinientes en el litigio, tal y como se solicitó en la pretensión subsidiaria, identificada como **“CUARTA”**.

3o.- Condenar a la nombrada Fundación a pagarle a la accionante, las siguientes sumas de dinero:

a) OCHOCIENTOS DOCE MILLONES QUINIENTOS VEINTIOCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON CATORCE CENTAVOS (\$812.528.654,14), por concepto de daño emergente, que corresponde a la corregida monetariamente con base en el I.P.C., sobre el capital de CIENTO OCHENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$183.800.000.00), desde el diez (10) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995) y hasta el treinta (30) de junio del año en curso (2016).

b) CIENTO VEINTE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA PESOS (\$120.995.540.00), por concepto de lucro cesante, que corresponde a los intereses legales causados sobre el capital de CIENTO OCHENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$183.800.000.00) desde el diez (10) de julio de

mil novecientos noventa y cinco (1995) y hasta el treinta (30) de junio del año en curso (2016).

4º.- Establecer que el cálculo de la corrección monetaria y de los intereses legales relacionados con la condena impuesta en el punto anterior, que se causen a partir del primero (1º) de julio de dos mil dieciséis (2016) y hasta cuando se verifique su pago efectivo, deberá efectuarse de conformidad con el inciso final del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y siguiendo los parámetros utilizados por la Corte en este proveído.

5º.- Costas en ambas instancias, a cargo de la demandada de que se trata. Las de segunda, liquídense por la Secretaría del *ad quem*. Incluya como agencias en derecho, la suma de DIECIOCHO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$18.670.484.00).

6º.- Sin costas en casación, por la prosperidad del recurso.

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

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA