



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado ponente

SC4264-2020

Radicación n.º 88001-31-03-001-2010-00133-01

(Aprobado en sesión virtual de veinte de agosto de dos mil veinte)

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).-

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los demandantes **HANS FRITHJOF SCHENK** y **SCHEMO LIMITADA**, frente a la sentencia proferida el 17 de abril de 2015 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Calina, Sala Única, en el proceso que los impugnantes adelantaron contra **INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CARIBE S.A. EN LIQUIDACIÓN**, y la **CORPORACIÓN MACCA GROUND LIMITADA**.

ANTECEDENTES

1. Apreciados en conjunto los escritos de demanda (fls. 1 a 8, cd. 1) y subsanación de la misma (fl. 134, *ib.*), se

establece que las pretensiones elevadas, consistieron en lo siguiente:

1.1. Declarar que los actores *“construyeron de su peculio”*, las edificaciones plantadas en el terreno que originalmente tomaron en arrendamiento a Inversiones y Construcciones del Caribe S.A., actualmente en liquidación.

1.2. Declarar que las convocadas *“se enriquecieron ilícitamente por el valor de [tales] edificaciones”*.

1.3. Condenar solidariamente a las accionadas *“a pagar el valor de las [obras] levantadas sobre el inmueble a expensas de los demandantes”*, que éstos estimaron bajo juramento en la cantidad de \$1.943.962.000.00, junto con los *“intereses moratorios”* causados desde el 30 de marzo de 2007, esto es, *“un día después de la entrega judicial del bien raíz”*, así como *“los frutos civiles producidos por el inmueble”* desde esa misma fecha, que justipreciaron en la suma de \$18.000.000.00 mensuales y que, a su decir, para la fecha de presentación del libelo introductorio, ascendían a \$746.000.000.00.

1.4. Imponer a las demandadas las costas procesales.

2. En respaldo de dichas reclamaciones, se adujeron los hechos que a continuación se compendian:

2.1. El 1º de mayo de 2000, los promotores del litigio tomaron en arrendamiento a Inversiones y Construcciones del Caribe S.A., actualmente en liquidación, un lote de

terreno en *“mal estado”*, *“sin construcciones”*, salvo unas columnas que fueron demolidas, con una extensión superficial de 1.590 M2, ubicado en la calle 4ª (Avenida de Las Américas) No. 1-33 de la ciudad de San Andrés, por el término de tres años.

2.2. En dicho contrato se previó ***“una opción de compra a favor de los arrendatarios”*** (cláusula vigésima segunda), en consideración a la cuantiosa inversión que tenían que hacer para construir un *“edificio de 1.400 M2 para la instalación de un [c]entro [s]ocial-deportivo comercial para la práctica del deporte de bolos con todos los servicios de bar[,] [r]estaurante[,] [s]alón de eventos[,] [v]estidores[,] [l]obby principal de [e]spectadores y [a]lmacén de [p]roductos deportivos entre otros”*.

2.3. En desarrollo del permiso que con ese propósito les concedió la arrendadora, los actores, amparados en la referida opción de compra, previa obtención de las licencias y créditos necesarios, construyeron y pusieron en funcionamiento *“el ‘Barracuda Bowling Center”*, con una inversión directa de \$1.943.962.000.00, sin incluir las canchas de bolos instaladas en el mismo y otros *“inventarios”*.

2.4. Luego de terminada la obra, Inversiones y Construcciones del Caribe S.A. ***“vendió el inmueble sin respetar la opción de compra, a la CORPORACIÓN MACCA GROUND LTDA.”*** según consta en la escritura pública No. 3101 del 29 de agosto de 2002, otorgada en la Notaría Única de San Andrés, adquirente que, por lo tanto, *“se enriqueció*

*ilícitamente del valor del edificio y de las mejoras efectuadas” por los accionantes, quienes como consecuencia de lo anterior y ante la imposibilidad de llegar a un arreglo, retiraron a “mediados de 2004, la maquinaria, equipos y enseres de la edificación” y contrataron “una familia en calidad de celadores permanentes”, manteniendo así “la legítima tenencia del lote y la posesión del edificio” hasta “el **21 de [e]nero de 2007**, fecha en la cual se ejecutorió la sentencia de restitución del inmueble arrendado, por demanda instaurada el 17 de [m]ayo de 2006, inicialmente por INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CARIBE S.A.”*

2.5. En cumplimiento de lo ordenado en la citada sentencia, el 29 de marzo de 2007 “se efectuó la diligencia de lanzamiento”.

2.6. Con ocasión del proceso de restitución mencionado, se denunció penalmente a la suplente de los representantes legales de las sociedades demandadas, a quien se le dictó medida de aseguramiento; en la actualidad, el edificio se encuentra dividido en cuatro locales, que fueron arrendados a distintas personas y “rentan aproximadamente \$18.000.000.00 mensuales”; y los archivos contables de los gestores de la controversia se quemaron, en un incendio acaecido el 15 de junio de 2007.

3. El escrito introductorio fue admitido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de San Andrés con auto del 28 de octubre de 2010 (fl. 139, cd. 1), que notificó personalmente a las sociedades demandadas, por intermedio

del apoderado judicial que designaron con ese fin, en diligencias del 29 de noviembre siguiente, a la Corporación Macca Ground Ltda. (fls. 151, *ib.*), y del 3 de diciembre del mismo año, a Inversiones y Construcciones del Caribe S.A., En Liquidación (fl. 158 *ib.*).

Las convocadas, asistidas por distintos mandatarios, en escritos separados pero del mismo tenor, contestaron la demanda y, en desarrollo de ello, se opusieron al acogimiento de sus pretensiones, se pronunciaron de distinta manera sobre los hechos alegados y plantearon, con carácter meritorio, las excepciones de **"CARENCIA DE DERECHO SUSTANCIAL PARA DEMANDAR"** y **"EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR PARTE DE HANS FRITHJOF CHENK y SOCIEDAD SCHEMO LTDA., CONLLEVÓ A QUE MEDIANTE SENTENCIA JUDICIAL SE DECRETARA LA TERMINACIÓN DEL MISMO Y CONSECUENTE DE ELLO SU DESALOJO"** (fls. 161 a 189, cd. 1 y 532 a 553, cd. 2).

4. Agotado el trámite de la primera instancia, el juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia del 27 de agosto de 2014, en la que negaron todas las pretensiones elevadas por los actores y fueron condenados al pago de las costas (fls. 2055 a 2065, cd. 4).

5. Apelado que fue dicho fallo por los accionantes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Sala Única, en el que profirió el 17 de abril de 2015, resolvió confirmarlo e imponer a aquéllos las costas de segunda instancia (fls. 57 a 78, cd. 9).

LA SENTENCIA DEL AD QUEM

Después de historiar lo acontecido en el litigio, de compendiar el pronunciamiento del *a quo*, de condensar los cuestionamientos que le hicieron los apelantes, de tener por cumplidos los presupuestos procesales y de definir que el problema jurídico a resolver consistía en *“determinar si al juez de primera instancia le estaba vedado reconocer en la sentencia una falta de legitimación de la parte activa”*, el Tribunal para arribar a las decisiones que adoptó, esgrimió los razonamientos que enseguida se sintetizan:

1. Con apoyo en lo expuesto por distintos tratadistas nacionales, se refirió a los conceptos de *“partes”* y *“legitimación”*, tras lo cual se preguntó *“¿si en este proceso se demostró que ‘los demandantes construyeron de su peculio, las edificaciones sobre el predio que originalmente se arrendó?’, tal como se solicitó] que se declare en la pretensión primera de la demanda”*.

2. Para contestar ese cuestionamiento, el sentenciador de segunda instancia destacó el contenido, de un lado, del *“Acta de entrega del 15 de marzo de 2001”*, documento que los propios accionantes solicitaron que se tuviera como prueba al descorrer el traslado de las excepciones meritorias; y, de otro, de la declaración rendida por el señor Guillermo León Mora Pérez, contador al servicio de la persona natural demandante, quien por lo tanto *“es testigo de primera mano en lo que se relaciona con el manejo*

contable de los fondos que se emplearon en la construcción del Barracuda Bowling Center y el origen de los mismos”.

3. Fincado en esas pruebas, el *ad quem* aseveró que en el proceso “no [se] demostró (...) que la parte [a]ctora hubiese construido con su peculio las edificaciones sobre el predio que originalmente se arrendó” sino que, todo lo contrario, se acreditó “que por cuenta de quien se realizaron dichas mejoras fue la SCHENK HOLDING APS. DINAMARCA”.

4. Así las cosas, añadió:

*Ha de colegirse que lo único que hizo el [j]uez de la primera instancia al proferir su sentencia, fue analizar si de la prueba arrojada al proceso se podía de[ducir] que dentro del mismo había lugar a declarar la pretensión primera de la demanda, por medio de la cual se solicit[ó] la declaración de que la parte [a]ctora era la que había construido ‘de su peculio, las edificaciones sobre el predio que originalmente se arrendó’ y como no lo encontró demostrado obviamente tenía que declararlo, pues el hecho de que no se haya alegado como excepción por parte de los [d]emandados, entre otras cosas porque esa circunstancia solamente la conocieron cuando se contestaron por los [a]ccionantes las excepciones de mérito, no significa[ba] que arrojada la prueba al proceso de esto[,] debía darse por demostrada la primera de las pretensiones de la demanda[,] cuando existe prueba que demuestra todo lo contrario, que incluso fue aportada por la parte [a]ctora y que señala en forma directa que de su peculio no salieron los recursos económicos para construir el **Centro Social Deportivo BARRACUDA BOWILDIN CENTER**.*

Ha de decirse que los peritazgos (sic) arrojados al proceso no son los medios probatorios apropiados para demostrar por cuenta de qui[é]n se hicieron dichas mejoras, pues el objeto de dicha prueba e[s] darle luces al juez para que se pronuncie sobre determinadas cuestiones que requieran especiales

conocimiento[s] técnicos, científicos y artísticos, por lo cual, [l]a[s] experticias practicad[a]s dentro del proceso no [eran] los medios adecuados para establecer qui[é]n construyó las edificaciones cuyo pago se reclama mediante este proceso.

5. En tal orden de ideas, el Tribunal estimó que debía confirmar la sentencia apelada y condenó a los recurrentes en las costas de la segunda instancia.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene dos cargos, que la Corte resolverá conjuntamente, como quiera que unas mismas razones guiarán su definición, sin perjuicio, claro está, de que se plasmen otras particulares, relativas a cada acusación.

CARGO PRIMERO

Fundado en el motivo inicial previsto en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el impugnante denunció la sentencia recurrida por ser directamente violatoria de los cánones 831 del Código de Comercio, 739 y 1602 del Código Civil, 23 de la Ley 51 de 1918 y 16 de la Ley 446 de 1998, unos por interpretación errónea y otros por falta de aplicación.

Para sustentar el ataque, su proponente, en síntesis, expuso:

1. En opinión suya, el *ad quem* resolvió las pretensiones de la demanda a la luz del artículo 739 del

Código Civil y, al hacerlo, lo malinterpretó, toda vez que no admitió que *“es posible que un sujeto haga sustanciales mejoras en predio ajeno con materiales que también son ajenos”*, es decir, que *“quien construye en suelo ajeno con materiales que también son ajenos, sí tiene legitimación para reclamar el valor de las obras. La relación que con un tercero pueda tener quien levanta las obras por el suministro de materiales o de la financiación, es asunto que debe resolverse en el interior de esa relación de suministro o financiación”*.

2. Luego de recordar que en el caso *sub lite* medió la celebración de un contrato, en el que *“los demandados fueron dueños del predio y los demandantes opcionados con la posibilidad de adquirir el dominio y solo transitoriamente inquilinos”*, opción de compra que *“fue la causa determinante de las obras ejecutadas”*, afirmó que en tal supuesto *“la legitimación para reclamar se deriva del negocio jurídico proyectado y frustrado y no de una causa ajena o extraña”*, por lo que se radica en *“el contratante que las puso fundado en una expectativa legítima de volverse dueño”*.

3. Con tal perspectiva señaló, adicionalmente, que *“erró el Tribunal al aplicar la regla de que carece de derecho y de legitimación el mejorista cuando ha ejecutado la obra con materiales ajenos, pues se impone por encima del origen de los fondos o la propiedad de los materiales el ligamen contractual que vinculó a los demandantes con quienes les otorgaron la opción de compra único justificante del adelanto de obras tan importantes como las ejecutadas”*, tesis que defendió con la invocación del concepto de un tratadista extranjero y de lo expresado por esta Corte, en el fallo que transcribió.

4. Adelante insistió en que “[n]o hay la menor duda entonces, de que la legitimación reside en quien plantó las mejoras, siendo intrascendente que lo haya hecho con **‘cosas suyas o de tercera persona’**, con mayor razón si el plantador tiene una relación sustancial con el propietario, en este caso nacida de la opción de compra”, puesto que reconocerlo así “logra el fin ético de evitar el enriquecimiento” y coloca las cosas en el orden que les corresponde, ya que “[l]a relación de crédito entre el plantador de las mejoras y el dueño de los materiales, está apenas en los bordes de la relación determinante a cuyo abrigo se hicieron las obras, esto es, del contrato de opción”.

5. Advirtió que al tenor del artículo 739 del Código Civil, la persona facultada para reclamar el pago de las mejoras es quien las realizó, independientemente de si lo hizo con materiales propios o ajenos, y que en tal virtud luce injusta la decisión del Tribunal, “al desplazar el derecho a reclamar las mejoras a la firma Schenk Holding Aps. Dinamarca”, toda vez que “ella tampoco estaría legitimada” debido a que, de un lado, no fue quien “levantó” las construcciones y, de otro, “ningún contrato tuvo con el dueño, ni de arrendamiento ni de opción de compra”, de lo que se seguiría que “nada justificaría entonces las obras, por lo que “los demandados se apropiarían impunemente” de ellas, habida cuenta que “toda acción estaría hoy prescrita”.

6. A continuación, el censor reiteró la deficiente interpretación del artículo 739 del Código Civil por parte del sentenciador de segunda instancia; puso de presente que tal

yerro trajo consigo la falta de aplicación del artículo 831 del Código de Comercio, que proscribe el enriquecimiento sin causa; y volvió a la defensa de la tesis consistente en que *“las reglas que deben gobernar el caso son las del contrato, en este caso las del contrato de opción invocado en la demanda como origen de las obras”*, planteamientos que lo llevaron a hacer hincapié en que, por lo mismo, la legitimación sobre su reclamo, pertenece a quienes fueron parte en esa convención, para lo cual reprodujo con amplitud otro fallo de la Corte.

7. En esa misma línea de pensamiento, precisó que la aplicación armónica de los preceptos atrás invocados, permite colegir que cuando el enriquecimiento sin causa se da como consecuencia de la ejecución de un acuerdo de voluntades, se *“privilegian”* sus normas y que en el caso de que ellas no disciplinen suficientemente la cuestión, *“es cómodamente aplicable la legislación mercantil que reprime el enriquecimiento para llenar los vacíos que present[e] el contrato”*, por ejemplo, en este asunto, el *“de opción cuando el opcionado pone mejoras en el inmueble sobre el que recae la expectativa de adquisición del dominio, y ve frustrada su aspiración por incumplimiento de la parte demandada que antes del vencimiento del plazo para ejercer el derecho enajenó el inmueble a un tercero”*.

8. Aclaró que *“[c]omo se trata de un asunto mercantil, el artículo 831 del código de comercio concurre subsidiariamente a llenar los vacíos para lo cual puede integrarse con el artículo 739 del código civil, y de ese modo no premiar el proceder proditorio del contratante que impunemente violó la opción, frustrando una eventual adquisición por un millón de dólares, para tan solo recibir doscientos millones de pesos, en desdoro de los derechos del*

mejorista que confiado en el contrato de opción puso los trabajos”, análisis que le permitió persistir en que, por lo tanto, la legitimación en ese debate, la tienen quienes fueron parte en el respectivo contrato.

CARGO SEGUNDO

Soportado también en la causal de casación ya identificada, el impugnante le reprochó al Tribunal haber infringido indirectamente las mismas normas especificadas en el cargo anterior, esta vez como consecuencia del error de hecho en que incurrió al apreciar *“la prueba documental demostrativa del contrato suscrito entre las partes”*, yerro que consistió en *“distorsionar o deformar [su] contenido”*, fruto de lo cual le *“negó su verdadero alcance (...) [con] graves repercusiones en los derechos de los demandantes”*.

El recurrente soportó la censura, en los argumentos que pasan a registrarse:

1. De entrada, puntualizó que las pruebas mal apreciadas fueron el documento que obra en los folios 19 a 26 del cuaderno principal; la demanda, en cuanto que a lo largo de ella los actores invocaron *“como fuente de sus pretensiones el contrato de opción”* y su incumplimiento por parte de los accionados; y la contestación que cada una de las convocadas presentó, en las que, con fuerza de confesión, aceptaron la existencia del contrato de opción e, incluso, en la de Inversiones del Caribe S.A., En Liquidación, se admitió haber desconocido el mismo, aunque con indicación de

múltiples justificaciones para ello (fls. 59 a 77 y 146 a 164, cd. 1).

2. En suma, el impugnante estimó que el *ad quem* redujo los alcances de esa convención a un mero contrato de arrendamiento, sin reconocer la opción de compra que contiene (cláusula veintidós), con todas las repercusiones que de esa omisión se derivaron, como quiera que dicho pacto *“colocaba a los demandantes ante la inminencia de acceder al dominio del inmueble, lo que justificaba a plenitud la autorización que recibieron (...) para gestionar las obras que ahora reclaman para evitar el enriquecimiento de los demandados”* y las construcciones mismas, que se realizaron.

3. Explicó que si el juzgador de segunda instancia hubiese visto la opción como la causa justificante de las mejoras, habría encontrado *“la legitimación de los optantes para reclamar las obras”*, es decir, que esa Corporación *“no vio la legitimación porque no quiso ver la cláusula 22 que contiene la opción, disposición contractual que invisibilizó (sic) en tanto ningún efecto extrajo de ella”*, planteamiento que en distintos términos repitió varias veces, en desarrollo del ataque.

4. Adelante, achacó al *ad quem* la preterición del documento que obra en el folio 43 del cuaderno principal, el cual reprodujo, y tras reiterar que dicho sentenciador desdeñó la opción de compra, precisó que ella *“es la figura sustancial que viene a regular la[s] relaciones nacidas de la autorización para levantar construcciones”*, pues *“una es la situación y las relaciones jurídicas cuando entre el mejorador y el*

dueño existe un contrato de arrendamiento y una muy distinta, radicalmente distinta, cuando entre quien hace las mejoras y el dueño del inmueble hay una opción de compra a favor del optante”, toda vez que esta convención “por sí sola legitima a los demandantes para reclamar las secuelas de dicho contrato de opción, de modo particular, evitar el enriquecimiento ilícito que se consume a partir de la apropiación de las mejoras puestas con ocasión del contrato de opción que habilitó a los optantes para ejecutar obras como anticipación del dominio a que estaban destinados por la promesa”.

5. Memoró que la opción de compra fue incumplida por Inversiones del Caribe S.A., actualmente en liquidación, sociedad que vendió a la otra demandada el inmueble, e insistió en que si el Tribunal *“no hubiera suprimido en la práctica la existencia de la cláusula 22 del contrato de arrendamiento (...), hubie[se] tenido que concluir que los demandantes tenían con los demandados, arrendadores o concedentes una relación sustancial que conduciría al dominio, relación personal que justificaba suficientemente la plantación de las mejoras que reclaman los demandantes, sin que fuera relevante el origen del dinero con que fueron financiadas las obras puestas por (...)”* aquéllos.

6. Posteriormente, el censor se ocupó de relacionar, *grosso modo*, las pruebas demostrativas tanto de las autorizaciones obtenidas por los accionantes para realizar las obras que plantaron en el predio, como de las mejoras efectivamente verificadas, lo que lo llevó a denunciar la preterición de los testimonios de los señores Carlos Alberto Franco Uribe, Humberto Mejía Camacho, Jorge Muñoz

Pedraza, Eugenio Pastrello, Diego Chow Bryan y Antonio José Ocampo Jaramillo, que versaron sobre lo último, declaraciones que reprodujo en lo pertinente, así como de los dictámenes periciales rendidos por Jefferson Peterson Hooker, Felipe Karol Pernet Pineda y Luis Parra Granados, elementos de juicio en torno de los cuales describió su finalidad.

7. Al cierre, enfatizó que de no haber sido desconocidas esas probanzas, el Tribunal hubiese tenido que aceptar que los accionantes, como autores de las construcciones sobre las que versó la acción y *“beneficiarios de la opción”* pactada, estaban *“legitimados para proponer las pretensiones que dedujeron contra los demandados”*.

CONSIDERACIONES

1. El fundamento cardinal de los dos cargos consistió en que el contrato celebrado por las partes, particularmente, la opción de compra prevista en su cláusula veintidós, en tanto que fue la causa de la realización de las mejoras cuyo valor solicitaron los actores, concedió legitimación a éstos para elevar tal reclamación, puesto que determinó que las personas válidamente facultadas para intervenir en este asunto, eran quienes fueron parte en dicha convención, sin que, por lo tanto, pudieran tenerse en cuenta para la definición de ese aspecto del litigio -la legitimación de los extremos procesales y, en especial, de los accionantes- otros factores, mucho menos extra-contractuales, como el origen

de los materiales utilizados o de los dineros con los que se financió la obra.

2. Para andar sin rodeos, debe decirse que ese planteamiento es inadmisibile en casación, por las razones que a continuación se elucidan:

2.1. En las contestaciones de la demanda que cada una de las convocadas presentó, como se relacionó en los **“ANTECEDENTES”** de esta providencia, ellas propusieron por igual la excepción meritoria que denominaron **“CARENCIA DE DERECHO SUSTANCIAL PARA DEMANDAR”**, la cual fincaron, en síntesis, en que la acción intentada con el presente proceso era *“contractual”*, pues estaba soportada en el arrendamiento convenido por las partes, el cual terminó por sentencia judicial dictada en el proceso de restitución de inmueble arrendado soportado en el no pago de los cánones de arrendamiento, cuya tramitación fue anterior a la de este asunto litigioso.

2.2. El apoderado judicial de los gestores de la controversia, al descorrer el traslado de las excepciones meritorias (fls. 1933 a 1935, cd. 4), en frente del comentado mecanismo defensivo, expresó:

O sea[,] lo que en derecho se denomina en realidad ‘falta de legitimación por activa’. Sea lo primero manifestar que una cosa es que la parte actora carezca de legitimidad para incoar la acción -lo que desde luego no ocurre en este caso- y otra bien distinta, que no le prosperen las pretensiones, que es a lo que parece referirse esta parte. No se trata la presente causa de responsabilidad civil contractual, pues las

pretensiones no se fundan propiamente en los términos del contrato de arrendamiento, sino en circunstancias que no le son propias, pero que se derivaron del mismo. Yerra entonces esta parte, por desconocimiento conceptual, en la apreciación correspondiente (se subraya).

2.3. Al alegar de conclusión en la primera instancia (fls. 1997 a 1999, cd. 4), los actores, representados por el mismo profesional, tras relacionar buena parte de las pruebas recaudadas, se limitaron a señalar:

Como quiera que el proceso se contrae a establecer el valor de lo que debe indemnizar la parte demandada a la parte actora, se tiene que las probanzas incorporadas son suficientes para ello; además, existe confesión por apoderados desde la contestación de la demanda, de haber sido la parte plural demandante quien efectuó las obras y construcciones cuyo pago se reclama. Las normas de depreciación de las construcciones por el paso de tiempo no pueden aplicarse en el caso concreto, pues las obras (construcción nueva) se terminaron en 2002 y el edificio fue entregado a su propietaria en 2007, como consecuencia de un fraudulento proceso de restitución de inmueble arrendado.

En consecuencia, se solicita acceder íntegramente a las pretensiones de la demanda.

2.4. Habiendo sido la sentencia de primera instancia desestimatoria de las súplicas elevadas en el escrito iniciador de la controversia, precisamente porque el *a quo* no halló comprobada la legitimación de los demandantes, éstos interpusieron recurso de apelación, que sustentaron en los términos del escrito visible en los folios 2067 a 2071 del cuaderno No. 4, en el que, en resumen, hicieron los siguientes planteamientos:

2.4.1. Hubo confesión por apoderado en las contestaciones de la demanda, de que fueron los accionantes quienes realizaron las obras plantadas en el predio materia del debate litigioso.

2.4.2. En la audiencia practicada con base en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, se dejó establecido que el objeto del proceso era determinar el valor de las obras o mejoras realizadas, finalidad *“en la que ni por asomo se incluyó la falta de legitimación por activa”*.

2.4.3. La propia sentencia, al reproducir un proveído de la Corte sobre inconsonancia, dejó al descubierto que era incongruente, pues las demandadas, *“[n]i como excepción previa”, ni “perentoriamente”,* propusieron que *“la parte actora no estaba legitimada por activa”*. Por lo mismo, ese fallo es violatorio del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

2.4.4. El *“(…) ‘Acta de entrega’ del 15 de [m]arzo de 2001 (fls. 1913 y 1914 del C.O.)”,* en la que el sentenciador de primera instancia soportó la decisión desestimatoria que adoptó, no fue tomada como prueba en el proceso, corresponde a una copia informal y no acredita suficientemente el contrato de leasing al que esa autoridad se refirió, amén que no contiene cifras, de lo que se sigue que *“el Juez supuso que dineros recibidos del extranjero fueron todos los que se invirtieron en la construcción de las mejoras”*.

2.4.5. Enseguida, señalaron:

Al resolver de fondo el litigio, el Tribunal deberá analizar in integrum el expediente desde su inicio, deteniéndose en que se trata de una acción indemnizatoria de naturaleza extracontractual con fundamento en el enriquecimiento sin causa y teniendo en cuenta el análisis que en los alegatos conclusivos la parte actora hizo de las pruebas obrantes y arrojadas (...) (se subraya).

2.4.6. Luego enumeró los medios de convicción y repitió que el fin del litigio era determinar el valor de la indemnización debida por las demandadas a los actores, que los apoderados de aquéllas admitieron que éstos fueron quienes realizaron las obras y que las normas de depreciación de las mismas, no tenía cabida.

2.5. En los alegatos de segunda instancia, el apoderado de los demandantes repitió los argumentos tocantes con el objeto del litigio, tal y como quedó definido en la audiencia practicada con base en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil; la incongruencia del fallo del *a quo*, al resolver oficiosamente sobre la falta legitimación de los accionantes; el restringido mérito demostrativo del “Acta de Entrega” fechada el 15 de marzo de 2001, fundamento de fallo apelado; la comprobación de la realización de las obras por parte de los actores, con los testimonios de Antonio José Ocampo Jaramillo, Ramiro Berton Howard Archbold, Diego Chow Bryan, Eugenio Pastrello y Roberto Antonio Beltrán Torres; y la demostración del valor de las mejoras con los dictámenes periciales de Jefferson Peterson Hooker, Felipe Karl Pernet y Luis Parra Grados.

Adicionalmente, cuestionó el análisis que el sentenciador de primera instancia hizo, por una parte, del “*leasing operativo*” a que se refirió, particularmente, porque a decir del recurrente, olvidó que “*los residentes colombianos que hacen transacciones de LEASING con empresas extranjeras están por fuera de la ley*”; y, por otra, del testimonio del señor Guillermo León Mora, porque en realidad el deponente únicamente indicó “*que no está seguro pero cree que se transfirió una suma de \$1.943.000.000.00 que fueron nacionalizados a través del Banco de la República y que supone que el origen de estos dineros fueron a través de un hermano y hermana de HANS FRITHJOF SCHENK*”.

2.6. De las actuaciones que se dejan relacionadas, se extractan dos grandes conclusiones:

2.6.1. En primer lugar, que al apelar la sentencia de primera instancia, no obstante que ella estuvo soportada en la falta de legitimación de los actores habida cuenta que, “*según el documento visible a folios 1913 y 1914 del sub examine, aportado(...) por la parte actora, las mejoras en cuestión fueron efectuadas por la sociedad **SCHENK HOLDING APS** y no por los arrendatarios que fungen por activa en la presente causa civil*”, los accionantes se limitaron a cuestionar, fundamentalmente, el reconocimiento oficioso de esa circunstancia y su deficiente demostración.

No fue tema de controversia en ese momento, que la legitimación de los actores se derivara del contrato celebrado

entre las partes, más exactamente de la opción de compra allí establecida.

2.6.2. En segundo término, que la parte actora dejó bien en claro desde cuando describió el traslado que se le hizo de las excepciones meritorias, que la acción intentada era extracontractual y tenía por único fundamento el enriquecimiento sin causa de los demandados.

2.7. Se sigue de la primera de esas inferencias, que los demandantes renunciaron al interés que tenían para controvertir el fallo del *ad quem* soportados en que su legitimación estaba dada por el contrato que celebraron con Inversiones y Construcciones del Caribe S.A., actualmente en liquidación, particularmente por la opción de compra allí pactada, toda vez que, como ya se vio, frente a la sentencia de primera instancia, en la que se declaró también la ausencia de ese requisito, interpusieron el recurso de apelación sin aducir tal inconformidad sino, solamente, la impertinencia de haberse hecho tal declaración de oficio y la falta de demostración de esa deficiencia.

En palabras de la Corte:

Está fuera de discusión la afirmación según la cual es requisito indispensable para que se pueda recurrir una determinada providencia, que el impugnante se encuentre legitimado para hacerlo, lo cual necesariamente presupone que la providencia objeto del recurso le haya ocasionado algún agravio, vale decir, una ofensa, un perjuicio que deba ser reparado, regla esta que, obviamente, se mantiene inalterable en tratándose de la impugnación en casación de

las sentencias judiciales; por supuesto que sólo quien ha sido derrotado, en el sentido de que en el fallo se acogen total o parcialmente las súplicas de la parte contraria o, simplemente, naufragan las propias, tiene abierta la posibilidad de solicitar su aniquilación mediante el mencionado recurso extraordinario.

Que el recurso de casación, como todos los demás, exige que la decisión atacada cause un perjuicio al recurrente, es cuestión que aflora explícita, de entrada, en el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil, el cual, al señalar las finalidades de ese medio de impugnación, destaca, justamente, la de reparar el agravio inferido a las partes por la sentencia cuestionada. Y seguidamente el artículo 366 ejusdem, determina el monto económico que debe alcanzar la decisión desfavorable al impugnante, cuando ello sea del caso, a la par que consagra, de manera francamente excepcional, la posibilidad de interponer el recurso, aun cuando el interés que se tenga para hacerlo (que necesariamente debe existir), no alcance la exigencia legal, siempre y cuando la parte contraria, cuyo perjuicio le permita acceder al mismo, lo hubiese interpuesto.

Del mismo modo, el inciso segundo del artículo 369 ibídem, frustra tal posibilidad si el vencido se abstiene de apelar la sentencia de primer grado o de adherir a la apelación de la otra parte, cuando la sentencia del tribunal sea exclusivamente confirmatoria de aquella, pues entiende el legislador que en esa hipótesis la parte ha renunciado al interés que inicialmente podría asistirle. Y, para no hacer fatigoso el examen, sea suficiente reparar en el artículo 370 ídem, que gobierna lo concerniente con la cuantificación del perjuicio sufrido por el recurrente (CSJ, SC del 21 de octubre de 2003, Rad. n.º 6931; se subraya).

Si ese planteamiento, que la legitimación de los promotores del litigio estaba dada por el contrato que ellos celebraron con Inversiones y Construcciones del Caribe S.A., ahora en liquidación, no fue esgrimido en la apelación, ello

traducía que no era posible para el Tribunal considerarlo para resolver la alzada y que, por ende, mal podía enjuiciarse su fallo en casación con base, precisamente, en tal reproche.

De allí que tal omisión de los actores al apelar, implicó para ellos la pérdida de su interés en ese específico argumento y la imposibilidad para aducirlo en el recurso extraordinario que se desata, que traduce su inadmisibilidad como fundamento del mismo.

2.8. Y de la segunda, que el analizado planteamiento del recurrente corresponde a un medio nuevo que solo vino a proponer en casación, pues a lo largo del proceso, como se estableció con el compendio que se hizo de las actuaciones de los actores, éstos afirmaron que la acción era extracontractual, de modo que fue únicamente en desarrollo de las acusaciones ahora examinadas que el censor cambió la plana y afirmó lo contrario, esto es, que lo pretendido estaba regido por el contrato ajustado entre las partes y que, por ende, era con miras en ese pacto que debía definirse la legitimación de aquellos, condición de la que, por ende, sí estaban asistidos, por conformar uno de los extremos de ese vínculo negocial.

Tratándose de una alegación que, como viene de aseverarse, sólo afloró en el recurso extraordinario, surge nítida su inadmisibilidad para servir de báculo a dicha impugnación, pues si se la permitiera, es ostensible la vulneración de derecho a la defensa de la parte opositora y la injusticia en que se incurriría con el *ad quem*, quien

resultaría reprendido por no considerar un planteamiento que no le fue propuesto y que, por las restricciones que la ley procesal impone al recurso ordinario de apelación, no le era factible evaluar, en tanto que estaba por fuera de los linderos que el impulsador de la alzada, le fijó a su inconformidad.

La anterior inferencia no sufre mengua por el hecho de que el cargo primero haya sido propuesto por la vía directa, pues lo cierto es que el señalado planteamiento del recurrente no es puramente jurídico sino mixto, toda vez que tiene su cimiento en el contrato celebrado entre las partes, por lo que también frente a dicha acusación es predicable su carácter de medio nuevo.

En cuanto hace a este aspecto, conveniente es memorar, como lo determinó la Sala en reciente fallo, que:

La circunstancia de que el cargo quinto hubiese sido propuesto por violación directa de la ley sustancial, no es óbice para hacer actuar la teoría del medio nuevo, por el carácter mixto de la acusación, eventualidad en relación con el cual la Corte ha explicado:

(...) Ahora bien, el hecho de que el cargo auscultado esté sustentado en la violación directa de las normas precisadas en la acusación, no es obstáculo para predicar la inadmisibilidad del medio nuevo, pues como se extracta de todo lo hasta aquí analizado, la acusación no es puramente jurídica, sino híbrida, en tanto que en relación con el hecho de la autorización, que como queda dicho, fue parte importante del debate procesal en los términos ya delineados, el recurrente sobrepuso el argumento de no ser un requisito necesario de cuya insatisfacción pudiera inferirse el incumplimiento contractual reprochado en el libelo introductorio.

En reciente fallo, la Sala, sobre el particular, acotó:

'Así las cosas, es forzoso colegir que el advertido hecho corresponde a un medio nuevo, inadmisibile en casación, sin que para su reconocimiento como tal, sea óbice que el cargo auscultado hubiese sido propuesto por la senda de la violación directa de la ley sustancial, pues como se vio, mirado su contenido, la acusación es mixta.

'En torno de la alegación de circunstancias fácticas que no fueron debatidas en el respectivo proceso, la Corte ha expresado lo siguiente:

'(...) Descartados los argumentos de puro derecho y los medios de orden público, que nunca serán materia nueva en casación, lo demás, esto es, los planteamientos legales o extremos no formulados o alegados en instancia, son campo vedado al recurso extraordinario... '...Esto no implica que no se pueda aducir en casación argumentos que no se hicieron en instancia, a condición que ellos tengan un carácter puramente jurídico, que no se mezcle ningún elemento de hecho, lo que vale decir que los medios mixtos en que se mezclan elementos de hecho y de derecho no son aceptados en casación' (XLI bis. Subraya la Sala)... Por consiguiente, en toda esta materia de las alegaciones jurídicas y de los planteamientos legales relacionados con los hechos y distintos de las razones de puro derecho y de orden público, se da el medio nuevo, pero únicamente cuando tales alegaciones no fueron formuladas en instancia (CSJ SC, 22 Jun. 1956, G.J. T. LXXXIII -se destaca) (CSJ, SC 5798 del 9 de marzo de 2014, Rad. n.º 2009-00978-01)' (CSJ, SC 15222 del 26 de septiembre de 2017, Rad. n.º 2009-00299-01).

(...) Siendo inatendibles los hechos fundantes de los cargos referidos, mal podría reconocerse su prosperidad (CSJ, SC 3404 del 23 de agosto de 2019, Rad. n.º 2011-00568-01).

3. Pese a que las razones antedichas son suficientes para desestimar los cargos auscultados, cabe añadir el notorio desenfoque de la primera censura.

3.1. El Tribunal, con apoyo en el “Acta de entrega del 15 de marzo de 2001”, invocada como prueba por los actores, y en el testimonio del señor Guillermo León Mora Pérez, infirió que la edificación representativa de las mejoras reclamadas en el proceso, fue levantada “por cuenta de la sociedad “SCHENK HOLDING APS. DINAMARCA” (se subraya) y que, por lo tanto, dichas mejoras no fueron plantadas “con [el] *peculio*” de los demandantes, como ellos lo solicitaron en la primera de las pretensiones que formularon en el libelo introductorio, constatación que lo condujo a confirmar la sentencia del *a quo*, en la que, como se sabe, por falta de legitimación de aquéllos, se negaron la totalidad de sus súplicas.

3.2. El recurrente, por su parte, estimó que la incorrecta interpretación del artículo 739 del Código Civil por parte del *ad quem*, derivó de que él no admitió que fuera posible que las mejoras plantadas por los actores se hubieren hecho con materiales o con la financiación de un tercero, en este caso, la precitada sociedad extranjera.

3.3. Cotejados uno y otro planteamiento, se evidencia la desarmonía del reproche, pues es claro que para el Tribunal las mejoras levantadas en el predio del litigio fueron plantadas por los actores, se reitera, “*por cuenta de la sociedad “SCHENK HOLDING APS. DINAMARCA”* y no, que esta última hubiese sido la dueña de los materiales con los que se

realizaron las mismas, o que se limitó a financiar la construcción, que es como lo entendió y propuso el recurrente.

3.4. Una fue, entonces, la postura del sentenciador de segunda instancia y otra distinta la del censor, al estructurar el cargo primero, el cual, por consistir en el quebranto directo de las normas en él indicadas, entre ellas, la atrás invocada, lo obligaba a no apartarse en lo más mínimo del cuadro fáctico definido por dicha autoridad, restricción técnica que el segundo, como se ve, no respetó.

3.5. El desenfoque detectado trae consigo que el fallo impugnado no esté llamado a derrumbarse, pues el genuino basamento que lo sostiene, esto es, que las mejoras cuyo valor reclaman los actores fueron plantadas por cuenta de la referida sociedad foránea, sigue en pie.

4. De soslayarse las deficiencias advertidas en precedencia, se encuentra que las acusaciones examinadas son intrascendentes.

4.1. El Tribunal, luego de reproducir buena parte del contenido del *“Acta de entrega del 15 de marzo de 2001”* que los actores aportaron con el *“memorial del 2 de febrero de 2011”*, de advertir que ese documento *“fue tenido como prueba dentro de este proceso mediante auto del 8 de junio de 2011, que obra a folio 1964 del cdno. Nro. 4 del expediente”*, que *“no fue tachado de falso”* y que su mérito demostrativo no quedó desvirtuado por constar en copia, habida cuenta *“las modificaciones*

introducidas al [o]rdenamiento [p]rocesal, en especial la reforma(...) introducida por la Ley 1395 de 2010, que en su artículo 11 modificó el artículo 252 del C.P.C., sin alterar las disposiciones contenidas en los [a]rtículo[s] 254 y 268 *ibídem*”, coligió:

Al tenor del contenido del documento el señor HANS F. SCHENK, no actuó en nombre propio sino como representante legal de 'PROTAN GLOBUS Ltda.', a quien le correspondió ser el contratista de las obras que se realizaron en aras 'de proyectar, ejecutar, administrar y realizar el montaje e instalación del Centro Social Deportivo BARRACUDA BOWLING CENTER' las cuales fueron encargadas por la SCHENK HOLDING APS. DINAMARCA, dejándose constancia de que las mismas fueron recibidas 'a plena satisfacción de conformidad a la constancia de GERNOT SCHENK quien obró en representación legal de la empresa extranjera, declarándose las empresas una a la otra a paz y salvo por todo concepto en forma directa e indirecta'.

4.2. En refuerzo de lo anterior, esa misma Corporación transcribió en lo pertinente la declaración rendida por el señor Guillermo León Mora Pérez, de la que destacó, en primer lugar, que el deponente, por haber trabajado en la contabilidad del señor Hans Frithjof Schenk, “es testigo de primera mano en lo que se relaciona con el manejo contable de los fondos que se emplearon en la construcción de Bar[r]acuda Bowling Center y el origen de los mismos”; y, en segundo término, que él se refirió a la nacionalización de los dineros provenientes del extranjero, con los que se construyó el mencionado proyecto, en cuantía cercana a \$1.943.000.000.oo.

4.3. Así las cosas, en definitiva, señaló:

caso que nos ocupa no demostró el recurrente que la parte [a]ctora hubiese construido con su peculio las edificaciones sobre el predio que originalmente se arrendó, todo lo contrario, con la prueba arrimada por ella misma al proceso en el momento en que se pronunció sobre las excepciones de mérito alegadas por los [d]emandados se probó que por cuenta de quien se realizaron dichas mejoras fue la SCHENK HOLDING APS. DINAMARCA.

4.4. Esa, que es la verdadera razón por la que el Tribunal coligió que los gestores de este asunto litigioso carecían de legitimación para promoverlo, resultó indemne en el recurso de casación, ya que no fue combatida en ninguno de los dos cargos que se propusieron al sustentarlo, conservando por ende toda su firmeza.

4.5. Siendo ello así, caen en el vacío los reproches auscultados, pues carecen de virtud para resquebrajar la destacada conclusión del *ad quem* y, por lo mismo, para ocasionar la rotura del fallo impugnado.

5. Es rotundo, por ende, el fracaso de las censuras en precedencia estudiadas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia del 17 de abril de 2015, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Calina, Sala Única, en el proceso cuya plena

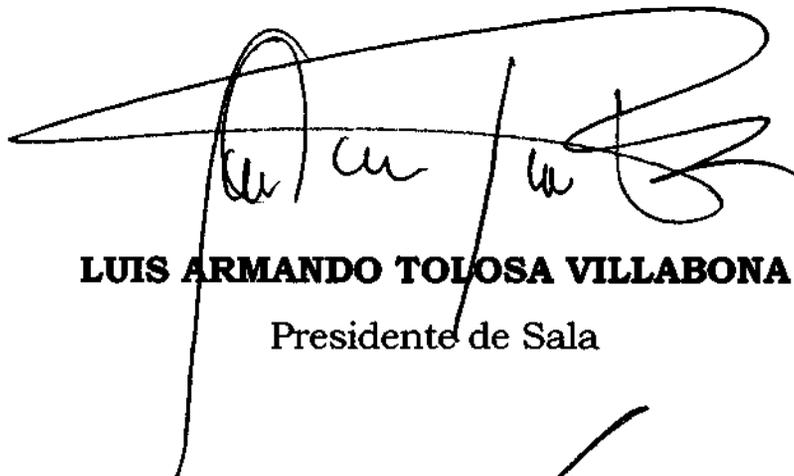
identificación y radicación se dejó plasmada en los comienzos de este proveído.

Costas en casación, a cargo de la parte recurrente.

Como las accionadas replicaron en tiempo la demanda con la que se sustentó dicha impugnación extraordinaria, se fija como agencias en derecho la suma de \$6.000.000.00.

La Secretaría de la Sala, efectúe la correspondiente liquidación.

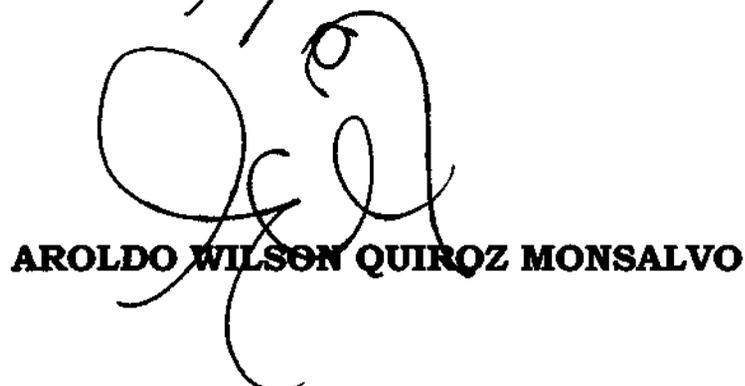
Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.



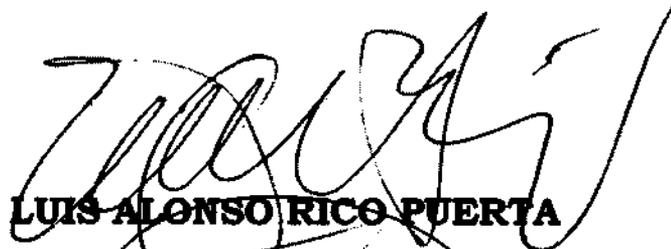
LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Presidente de Sala



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



FRANCISCO TERNERA BARRÍOS