TRIBUNAL SUPERIOR
Medellín

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, veinticuatro de mayo de dos mil veintidós

De conformidad con el artículo 373 del CGP en concordancia con el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 por escrito, se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada – demandante en reconvención, frente a la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2021 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín en el proceso declarativo instaurado por CARLOS ARTURO MESA VERGARA contra FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA.

1. ANTECEDENTES

1.1 FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA era poseedora del inmueble ubicado en el Barrio Castilla de Medellín en la carrera 65 #95-47, con matrícula inmobiliaria Nro. 01N-322063 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Medellín- Zona Norte.

1.2 FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA tenía la posesión del inmueble porque su tía se lo dejó al fallecer. Al considerar que tenía derechos hereditarios los vendió a CARLOS ARTURO MESA VERGARA por $5’000.000 el 16 de septiembre de 2010.

1.3 El 18 de enero de 2013 CARLOS ARTURO MESA VERGARA compró a FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA la posesión que ostentaba sobre el segundo piso del inmueble.

1.4 Las partes pactaron que el negocio se hiciera en dos partes; la primera, pagando $30'000.000 que se sumarían a los $5'000.000 recibidos; y la segunda, **"…saneando el inmueble en todos sus pisos, es decir sufragando los gastos necesarios para legalizar la propiedad pues la señora FABIOLA era poseedora del inmueble mas no dueña, así las partes acuerdan que el aquí demandante sufrague los gastos para sanear el inmueble y que posteriormente se pueda elevar la venta a escritura pública, para así perfeccionar la venta del inmueble.**"

1.3 El demandante indicó que pagó los $30'000.000, *a)* $10'000.000 que pagó al Municipio de Medellín por concepto de impuesto predial del inmueble; *b)* $10'452.888 en 24 cuotas de $435.537 y; *c)* $9'547.112, dinero que venía pagándole a la vendedora desde el año 2010 "de manera repetitiva para gastos personales", impuestos prediales que se generaban, remodelación de un baño, "escalas para un solar" y "dinero en efectivo que le pedía como parte de pago."

1.4 A partir del "documento de venta de posesión", las partes decidieron iniciar un proceso de declaración de pertenencia, teniendo en cuenta **"que la intención de las partes era hacerse dueña de cada piso del inmueble."**

1.5 FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA es declarada dueña del inmueble mediante sentencia del 9 de febrero de 2017 del Juzgado 19 Civil del Circuito de Medellín. Acto seguido a la declaración de pertenencia, las partes celebraron un contrato de obligación de hacer el 22 de febrero de

2017, **"en el que cada uno se comprometía a cumplir con los acuerdos que no estaban descritos en la venta de la posesión y que se fueron dando en el tiempo como acuerdo de voluntades de manera verbal."**

1.7 En el contrato de obligación de hacer CARLOS ARTURO MESA VERGARA se comprometió a invertir $48'171.961 para sanear el inmueble y FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA, en calidad de propietaria, a suscribir la escritura pública de compraventa que nunca cumplió.

1.8 El demandante, luego del contrato de obligación de hacer, realizó mejoras en el segundo piso del inmueble y en las zonas comunes por $190'091.958.

1.9 La parte demandante solicitó la 1) rescisión del contrato de obligación de hacer; 2) ordenar las restituciones mutuas, $276'869.519 de los dineros entregados a la vendedora como pago del precio, las mejoras y otros gastos.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA reconoció que el contrato de obligación de hacer es nulo por cuanto no tiene claridad en el tiempo en que debió hacerse exigible la obligación; era lógico se solicitara por el demandante la recisión al estar viciado de nulidad.

Señaló que, **"el contrato de venta de posesión tenía la clara intención de hacer en un futuro al señor Carlos el legítimo dueño de la propiedad por la cual se realizó el negocio, y que a pesar de que en el contrato no se estipuló de esa manera, esa era intensión (sic) de los contratantes."**

FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA firmó el contrato de obligación de hacer porque la relación con CARLOS ARTURO MESA VERGARA aún se mantenía y porque había sentencia que la declaraba titular del derecho real de dominio; sin embargo, el comprador **"le dijo que le cancelaría lo debido cuando ella le trasladara el dominio del inmueble. Ella aceptó, pero un día sin más ni menos iban a firmar la escritura de compraventa, pero sin él haber cancelado la deuda."**

Se opuso al reconocimiento de las mejoras por cuanto son "exageradas y amañadas"; el perito "elevó los precios". El demandante para la realización de las mejoras no contrató empresas ni personas especializadas, sino personas que comúnmente se conocen como "oficiales" que manifestaron que los valores no son predicables con la realidad.

Propuso las excepciones las de "Lo accesorio sigue la suerte de lo principal y no al contario", "incumplimiento de contrato principal por falta de pago parcial" y "faltar a la buena fe."

3. DEMANDA DE RECONVENCIÓN

FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA presentó demanda de reconvención pretendiendo la 1) resolución del contrato de venta de posesión celebrado el 18 de enero de 2013 por incumplimiento de CARLOS MESA VERGARA; 2) restitución del inmueble; 3) pago de los frutos que pudo percibir mientras el inmueble no estuvo en su posesión por $21'531.915; 4) pago de los perjuicios de daño emergente por $8'000.000 (honorarios del abogado) y $3'000.000 por daño moral.

4. SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juez de primera instancia negó las pretensiones principales y reconvencionales; decretó la nulidad absoluta de los contratos celebrados por falta de requisitos legales, el de la "venta de la posesión" celebrado en 2013 y el de "obligación de hacer" del año 2017 al incorporarse el primero en el segundo.

En consecuencia, ordenó restituciones mutuas; la devolución de los inmuebles por parte del demandante con los frutos civiles desde la contestación de la demanda por $51'330.544,62 por tratarse de una posesión de buena fe; el pago por parte de la demandada de las mejoras realizadas por el demandante por $190'091.958.

La demandada deberá pagar las sumas entregadas por el demandante, $10'000.000 desde el 21 de octubre de 2011; $10'452.888 debidos desde el 18 de enero de 2013 por concepto del precio pactado por la compraventa de la posesión.

Desestimó la restitución de $9'547.112 por no acreditarse, de $5'000.000 por compra de derechos hereditarios por tratarse de un negocio distinto y lo invertido en el sistema de seguridad por no ser una mejora necesaria.

El A *quo* planteó como problema jurídico determinar si los negocios son válidos, como presupuesto tanto de la resolución como de la rescisión.

Expuso que estamos en presencia de dos contratos diferentes, celebrados en distintas épocas, pero sobre el mismo bien inmueble; señaló que la obligación de hacer en la cual se prometía traditar por escritura pública la propiedad del inmueble en cabeza de la demandada

al demandante no es un OTROSÍ del contrato celebrado de venta de posesión:

> **"Debemos examinar preliminarmente es la validez o no del contrato, <u>haciendo conjunción de ambos contratos existentes</u> para interpretar la voluntad de las partes; donde ciertamente, a pesar de ser un contrato posterior al primero, el segundo contrato recogió y fue incorporado el primer contrato las sumas pagadas, al referirse al contrato primigenio que dio origen a toda esta relación jurídica o negocio jurídico."**

Arguyó que el segundo contrato de obligación de hacer celebrado el 22 de febrero de 2017, "carece de uno de los requisitos de un contrato con obligación de hacer, como lo han reconocido ambas partes tanto en la demanda como en la contestación, de la determinación de una fecha cierta, para precisamente se lleve a cabo esa obligación de hacer, la cual resulta especial y medular en ese contrato específico", generando nulidad absoluta.

Frente al primer contrato debe decirse que quedó agotado de suyo en sus efectos con la realización del segundo contrato que reemplazó la voluntad de las partes en el negocio que lo originó; al declararse nulo el segundo afecta directamente la existencia del primero, el cual se encuentra agotado en sus efectos y como se advirtió en el segundo contrato.

5. APELACIÓN

5.1 El contrato de compraventa celebrado el 18 de enero de 2013 no carece de nulidad. Su objeto fue entregar la posesión de un inmueble, que

posteriormente se sometería a un proceso de pertenencia, con un valor y una fecha determinada.

Si bien el contrato de obligación de hacer es nulo, está en desacuerdo respecto a que se predique esta misma consecuencia del contrato de venta de la posesión; eran dos contratos distintos, uno respecto a la posesión y el otro frente a la "legalización". El contrato de obligación de hacer surge, luego de concederse la pertenencia a FABIOLA ARBELÁEZ; **"el objeto se diversificó fue por el tema de la pertenencia, en su momento fue la posesión y después sería la pertenencia la que haría que surgiera el contrato de hacer."**

5.2 Respecto a las mejoras expuso que, si bien cada parte presentó sus peritos, es de tener en cuenta que Édison Londoño para valorar los frutos, tuvo que hacer un estudio de mejoras. Ese dictamen de frutos mostraba que las mejoras podían ser ostensiblemente diferentes a las mejoras del peritaje presentado por la parte demandante.

6. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

¿Está "ligado" el contrato de compraventa de posesión al de "obligación de hacer" celebrado por las partes?

¿Puede predicarse la nulidad absoluta de ambos contratos?

¿Hay variables en el tema de las mejoras?

7. CONSIDERACIONES

7.1 ¿Contrato de compraventa de posesión y su relación jurídica respecto al contrato de "obligación de hacer" (promesa de compraventa) viciado de nulidad?

Para resolver el primer problema jurídico, la Sala Civil debe partir de unos hechos que quedaron acreditados y sirven para delimitar el objeto de la presente instancia.

Fue pacífico entre las partes y quedó probado que:

- FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA (poseedora) y CARLOS MESA VERGARA celebraron el **18 de enero de 2013** un "contrato de venta de posesión" del bien inmueble del segundo nivel ubicado en la carrera 65 # 95-37 de Medellín (folio 2, consecutivo 4).

- El **4 de abril de 2013** FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA y CARLOS MESA VERGARA presentaron demanda para la declaración de pertenencia, aquella del primer piso y éste del segundo piso (folio 11, consecutivo 22).

- El **9 de febrero de 2017** el Juzgado 19 Civil del Circuito de Medellín dictó sentencia **declarando dueña** a FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA por prescripción adquisitiva de dominio y **negó** la pretensión de pertenencia solicitada por CARLOS MESA VERGARA (folio 16, consecutivo 22).

- El **22 de febrero de 2017** FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA "se comprometió a perfeccionar la compraventa del inmueble hecha el 18 de enero de 2013, dispuesta con esto a trasladar el dominio" del

> segundo y tercer piso del inmueble a CARLOS ARTURO MESA VERGARA" a través de un "CONTRATO DE OBLIGACIÓN DE HACER" (promesa de compraventa) (folio 8, consecutivo 4).

Tanto la parte demandante, la parte demanda y el Juez de Primera Instancia reconocieron que el "CONTRATO DE OBLIGACIÓN DE HACER" celebrado el 22 de febrero de 2017 está viciado de nulidad, por cuanto **"carece del requisito legal de la determinación de una fecha cierta, para que precisamente se lleve a cabo esa obligación de hacer, la cual resulta especial y medular en ese contrato específico."**

El A *quo* declaró la nulidad absoluta del contrato, sin generar reparo por las partes; la apelante reconoció la existencia de la causal y no reprochó la decisión de primera instancia.

La inconformidad que dio lugar al recurso de alzada estriba en que el Juez negó la pretensión reconvencional de la recurrente que perseguía la resolución del contrato de compraventa de posesión del 18 de enero de 2013, arguyendo que el primer contrato estaba incorporado al segundo; quedó "agotado de suyo" con la celebración de un nuevo contrato en el año 2017 y al declararse nula la obligación de hacer, afectaba directamente la existencia del primer contrato:

> **"Debemos examinar preliminarmente es la validez o no del contrato, <u>haciendo conjunción de ambos contratos existentes</u> para interpretar la voluntad de las partes; donde ciertamente, a pesar de ser un contrato posterior al primero, el segundo contrato recogió y fue incorporado el primer contrato las sumas pagadas, al referirse al contrato primigenio que dio origen a toda esta relación jurídica o negocio jurídico"** (resaltos propios).

> **"Frente al primer contrato debe decirse que este quedó agotado de suyo en sus efectos con la realización del segundo contrato, pues reemplazó la voluntad de las partes en el negocio que lo originó; en donde al declararse nulo este segundo afecta directamente la existencia del primero, el cual se encuentra agotado en sus efectos como se dijo y como se advirtió en el segundo contrato celebrado entre las partes."**

La apelante no conforme con esta decisión arguye en que se trata de dos contratos completamente distintos; si bien el segundo contrato es nulo, "no encuentra el sustento por el cual la nulidad del Contrato de Obligación de Hacer afecta directamente el Contrato de Compraventa de Posesión" que, *contrario sensu,* cumplió con todos los requisitos legales; así lo expresó en su sustentación ante esta Sala de Decisión.

Al respecto, la Corporación advierte que en efecto la decisión de primera instancia se quedó corta frente al fundamento jurídico; si bien hizo alusión a una "conjunción de ambos contratos" y señaló que el primer contrato quedaba "agotado" con el segundo, no explica con precisión cuál fue el fenómeno jurídico que permita concluir que la nulidad del segundo contrato "afecta directamente la existencia del primero" o el por qué el primer contrato es nulo.

No señaló que el primer contrato tuviera algún vicio de nulidad, como lo quiso discutir la recurrente argumentando en su escrito que el contrato tenía todos sus elementos, sino consideró que el primer contrato (2013) estaba "incorporado" en el segundo contrato (2017) que fue declarado nulo absolutamente por carecer de los requisitos legales para tenerse por válido.

En este orden, hay ligazón o vínculo jurídico entre el "CONTRATO DE VENTA DE LA POSESIÓN" celebrado el 18 de enero de 2013 y el "CONTRATO DE OBLIGACIÓN DE HACER" del 22 de febrero de 2017;

porque se tratan de las mismas partes, FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA (vendedora y promitente vendedora) y CARLOS MESA VERGARA (comprador y promitente comprador); se negoció sobre el mismo objeto –inmueble del segundo nivel ubicado en la carrera 65 # 95-37 de Medellín- al que se le agregó el tercer nivel que estaba construido para esa época.

La vinculación jurídica entre los dos contratos se presenta al comparar los elementos estructurantes de la obligación –sujetos y objeto; ambas partes manifestaron en el proceso que tenían un propósito unívoco de transferir el derecho real de dominio del inmueble desde el contrato de compraventa de la posesión celebrado el 18 de enero de 2013 que era insuficiente para ese propósito, por lo que prepararon un *iter negocial* que incluía reunir esfuerzos para lograr la declaración de pertenencia y poder transferir el derecho real de dominio.

Al respecto la parte demandante:

> **"Teniendo en cuenta que la intención de las partes era hacerse dueña de cada piso del inmueble y partiendo del documento de venta de la posesión, las partes acuerdan dar inicio a una declaración de pertenencia, por lo que la señora Arbeláez se hace dueña del inmueble el 9 de febrero de 2017… el juez no declara dueño al señor Mesa por considerar que el inmueble no contaba con reglamento de propiedad horizontal, por lo que de manera seguida firman CONTRATO DE OBLIGACIÓN DE HACER en el que cada uno se comprometería a cumplir todos los acuerdos que no estaban descritos en la venta de posesión"** (hecho séptimo de la demanda).

Por su parte la demandada y apelante, ratificó:

> **"Es de anotar en este ítem que el contrato de venta de la posesión, celebrado entre la señora FABIOLA y el señor CARLOS ARTURO, tenía la clara intención de hacer en un futuro al señor CARLOS el legítimo dueño de la propiedad por la cual se celebró el negocio, y que a pesar de que en el contrato no se estipuló de esa manera, esa era la intención de los contratantes"** (folio 2, consecutivo 12).

> **"…desde el origen del negocio jurídico entre los contratantes su voluntad fue transferir el dominio del inmueble. Desde este punto de vista interpretativo el contrato de venta de posesión era una fórmula para llegar al resultado final e intencional de las partes."**

> **"Tan conocida es la intencionalidad de las partes que desde el año 2013 comenzó a tramitarse el proceso de pertenencia, y es después de terminado el proceso que nace el contrato de 2017"** (contestación de la demanda folio 6, consecutivo 12).

Las posiciones planteadas no dan lugar a dudas, armónicamente manifestaron que desde el **18 de enero de 2013** iniciaron una relación sustancial cuya finalidad se concretaría con la transferencia del derecho real de dominio sobre el inmueble; iniciaron el procedimiento requerido para que la vendedora se hiciera dueña y así poder modificar o sustituir el objeto de su negociación a través de un nuevo contrato, por uno acorde con su voluntad que no era entregar la simple posesión sino transferir la propiedad y así se concretó el 22 de febrero de 2017 con el "contrato de obligación de hacer."

Se evidencia que al obtener FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA la propiedad sobre el inmueble, el negocio debía mutar, cambiar y sustituirse en su objeto y en su causa; finalmente estaban dadas las condiciones para plasmar contractualmente la voluntad de las partes que, como lo reconoció la misma

apelante y vendedora, era la de hacer a CARLOS ARTURO MEJÍA VERGARA "el legítimo dueño de la propiedad."

De ahí que acontece el fenómeno extintivo de esa obligación (del contrato de venta de posesión que para ese momento no era del interés de las partes) y se crea una obligación acorde con el interés perseguido desde el 2013 (el de la transferencia del derecho real de dominio), como lo es la novación objetiva contemplada en el título XV del libro cuarto "de las obligaciones en general y los contratos" del Código Civil, como una forma de extinción de las obligaciones conforme lo estatuye el numeral 2 del artículo 1625.

El artículo 1687 *ejusdem,* preceptúa que, ***"La Novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida."***

Según el profesor italiano Francesco Messineo[1], **"La novación es un modo de extinción de la obligación y de liberación del deudor, a la que acompaña inseparablemente la *sustitución de una obligación nueva,* la cual, sin embargo, desde el punto de vista económico, es el equivalente de la extinguida… La sustitución de una obligación nueva y la extinción de una obligación originaria, son efectos interdependientes e inseparables o, mejor, un efecto único, complejo; por consiguiente, no tiene sentido, preguntarse si se verifica antes la extinción o la sustitución de la nueva obligación."**

Según Valencia Zea[2], desde el punto de vista de los elementos que deben variar en la obligación, la novación es objetiva y subjetiva; la primera, cuando varían los elementos de la obligación sin cambio de los sujetos; y la segunda,

[1] Messineo, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial- Tomo IV: Derecho de las Obligaciones, Parte General", *"La novación".* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979. P. 401.
[2] Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. "Derecho Civil, Tomo III: de las obligaciones". Temis, Bogotá, 1998.

cuando permaneciendo intacto el objeto de la obligación, cambian los sujetos de ella.

Así lo contempla el artículo 1690 del Código Civil:

> ***"La novación puede efectuarse de tres modos:***
>
> ***<u>1o.) Sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor.</u>***
>
> ***2o.) Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor.***
>
> ***3o.) Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre."***

Cuando se trata de novación objetiva, **"la prestación en sí misma puede experimentar dos cambios sustanciales que dan nacimiento a una obligación nueva: <u>cambio de la causa o fundamento y cambio del objeto de la obligación."</u>**[3]

Al analizar los artículos 1687, 1689 y 1693 del Código Civil, se puede concluir que son tres los requisitos esenciales de esta institución[4], *i)* las obligaciones deben ser válidas, al menos naturalmente; *ii)* debe existir un cambio esencial o sustancial en la antigua obligación; *iii)* debe existir -*ánimus novandi*- o intención de novar expresa o tácita.

[3] *Ibídem, p. 456.*
[4] *Ibídem, p. 459.*

En el caso de los negocios jurídicos realizados por FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA y CARLOS ARTURO MESA VERGARA no existe intervención de un nuevo acreedor o deudor en el plan contractual iniciado desde 2013 con el propósito de transferir el derecho real de dominio y concluido en 2017 con el negocio jurídico perseguido; se mantuvieron incólumes los sujetos vendedora y comprador, promitente vendedora y promitente comprador, respectivamente; presentándose una *novación objetiva o real:*

i) Las obligaciones deben ser válidas, al menos naturalmente.

El artículo 1689 del Código Civil indica, **"Para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación, sean válidos, a lo menos naturalmente."**

Ante la declaratoria de nulidad absoluta del CONTRATO DE OBLIGACIÓN DE HACER, lo cual no ha sido cuestionado ante esta instancia, se puede tener por válida la novación porque el legislador al referirse a "validez natural", abarca la obligación viciada de nulidad, pero válida "al menos naturalmente."

Recuérdese que en primera instancia se declaró la nulidad absoluta del referido contrato del 22 de febrero de 2017 por la causal contemplada en el artículo 1741 del Código Civil:

> ***"…la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas…"***

El requisito legal faltante que dio paso a la nulidad absoluta contemplada en el artículo citado es el dispuesto en el artículo 1611 numeral 3, ***"Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato"***; y según el numeral 3° del artículo 1527 son obligaciones naturales, ***"Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzca efectos civiles."***

La causal de nulidad derivada del artículo 1741 hace referencia a la originada por causas extrínsecas (derivadas de la inobservancia de las formas propias para la validez); y a su vez esta causal supone la existencia de una obligación natural al tenor del artículo 1527; siendo la causal de nulidad que genera una "validez al menos natural" de aquellas capaz de producir válidamente la novación

Sobre la posibilidad de la novación cimentada en un contrato nulo que genera obligación natural, Ospina Fernández[5]:

> **Excepcionalmente, la inobservancia de las solemnidades prescritas por la ley en consideración a la naturaleza del acto o contrato –que cuando es una inobservancia total, como la omisión de la escritura pública en la venta de inmuebles, genera inexistencia, y cuando es parcial puede ser motivo de nulidad absoluta (art. 1741)- no obsta la novación, comoquiera que la ley, sin entrar en las precitadas distinciones reconoce a las obligaciones procedente de tales actos, aunque no una existencia civil, sí una existencia natural (art. 1527, num 3) que les permite servir de objeto para la novación (art. 1689).**
>
> **…Lo expuesto antes se predica con igual alcance respecto a la nueva obligación. Esta debe existir por lo menos naturalmente…la**

[5] Ospina Fernández, Guillermo. "Régimen General de las Obligaciones". Temis, Bogotá, 2019. p, 408 y 409.

inobservancia de la forma solemne tampoco la obstaculiza, porque la nueva obligación que no nace civilmente, constituye en tal caso una obligación natural apta para sustituir la novada"

Con fundamento en los artículos 1741, 1611-3 y 1527 del Código Civil en el presente caso se predica la "validez natural" capaz de novar en el "CONTRATO DE OBLIGACIÓN DE HACER" del 22 de febrero de 2017; si bien se declaró su nulidad absoluta, ello no está en discusión y la causal fue la inobservancia de las formas propias para la validez, lo cual genera, obligación natural, no obstando para que el vínculo contractual pueda tenerse como contentivo de la obligación sustituyente de la contemplada en el CONTRATO DE VENTA DE POSESIÓN del 18 de enero de 2013; ambos contratos son válidos, al menos naturalmente.

ii) Debe existir un cambio sustancial o esencial en la antigua obligación:

Este requisito que se verifica al comparar los objetos de los contratos celebrados por las partes; en el primero, como intención inicial para perseguir la tradición como finalidad reconocida por los contrayentes, se pactó la compraventa de la posesión que tenía FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA; posteriormente, cuando logró obtener la propiedad mediante sentencia judicial que reconoció la prescripción adquisitiva de dominio, de inmediato las partes celebraron un nuevo contrato contentivo de una obligación esencialmente distinta, consistente en suscribir escritura pública de compraventa para transferir el derecho real de dominio que recién ostentaba la promitente vendedora.

iii) Debe existir ánimus novandi o intención de novar expresa o tácita:

El artículo 1693 del Código Civil indica que, **"Para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua."**

El a*nimus novandi* puede ser tácito; de la cláusula segunda del "Contrato de Obligación de Hacer" del 22 de febrero de 2017 se desprende, al hacer mención expresa del "Contrato de Venta de la Posesión" del 2013, cómo ahora la obligación muta al perfeccionamiento de la tradición; verificándose que la intención de las partes fue novar o sustituir la obligación primigenia, que nunca fue su interés principal, por la obligación perseguida desde el principio que era transferir la propiedad a CARLOS MAYA VERGARA; sólo que para ello se requería que FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA fuera declarada dueña, precisamente para poder modificar y adecuar con éxito el objeto del contrato al interés perseguido.

La cláusula segunda del "Contrato de Obligación de Hacer" del 22 de febrero de 2017, dispuso:

> **El objeto del presente contrato es la obligación de hacer que adquiere la señora FABIOLA ARBELAEZ MEJÍA, ahora propietaria del inmueble según la Sentencia No. 049 del Juzgado Diez y Nueve (sic) Civil del Circuito de Medellín.**
>
> **Como poseedora del inmueble el día diez y ocho (sic) (18) de enero 2013 en la Notaría veinte y cuatro (sic) (24) de la ciudad de Medellín la señora FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA celebró contrato de compraventa con el señor CARLOS ARTURO MESA VERGARA, vendiéndole el segundo piso del inmueble con dirección, carrera 65 No 95-37 barrio Castilla.**

Y luego de traer a colación la obligación extinguida, en dicha cláusula plasman la mutación describiendo el surgimiento de la nueva obligación que gobernaría la relación sustancial:

> **"Ahora como propietaria se compromete a perfeccionar la compraventa del inmueble hecha el 18 de enero de 2013, dispuesta con esto a trasladar el dominio de la propiedad número 95-37 de la carrera 65 del Barrio Castilla. Acordando además que la losa del tercer piso y mejoras también sería de propiedad del señor CARLOS ARTURO MESA VERGARA"** (folio 8, consecutivo 4).

Nótese como las partes, luego de cuatro años de proceso de prescripción adquisitiva de dominio y la pretensión de FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA saliera avante, de inmediato concertaron la necesidad de modificar sus reglas contractuales, trayendo a colación el vínculo existente para adecuarlo a la nueva realidad de propiedad de la promitente vendedora e incluyendo como "monto del contrato", en la cláusula tercera, el valor de todos los gastos correspondientes al proceso de pertenencia agotado para sustituir la obligación por la perseguida, expresando:

> ***Por acuerdo entre las partes el señor CARLOS ARTURO MESA VERGARA, asume la totalidad de los gastos judiciales en que se incurrió por el proceso de pertenencia a favor de la señora ARBELÁEZ MEJÍA, incluyendo honorarios de la abogada y de la curadora, sufraga además los gastos correspondientes al desenglobe de cada uno de los tres pisos del inmueble objeto del litigio, constitución del Reglamento de Propiedad Horizontal, asume todos los gastos notariales y de Registro y todos los gastos y trámites que se requieran hasta la adjudicación del título de propiedad de cada uno de los inmuebles."***

Y para corroborar la intención de novar que trata el artículo 1693 del Código Civil, se tiene la cláusula quinta del contrato en cita del 22 de febrero de 2017, al expresar que FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA se obliga a cumplir estos compromisos:

> **"En virtud del contrato de compraventa celebrado el día 18 de enero de 2013, adquiere la obligación de firmar la escritura de venta que se le otorgue al señor Mesa Vergara de los pisos dos y tres del inmueble"** (folio 9, consecutivo 4).

Expresión indubitable que las partes tomaron la decisión de sustituir la obligación de vender la posesión consignada en el contrato del 18 de enero de 2013, para mutar la obligación que abarcaría la de **"firmar la escritura de venta que se le otorgue al señor Mesa"**; las partes utilizaron la aseveración concreta **"en virtud del contrato de compraventa celebrado el 18 de enero de 2013"**; lo que en principio era una obligación que comprendía la entrega de la posesión, por disposición expresa, tendría el alcance, reformado y modificado, de la prestación de hacer referente a la suscripción de la escritura pública de compraventa.

El á*nimus novandi* salta a la vista con la lectura de las cláusulas segunda, tercera y quinta del "Contrato de Obligación de Hacer" del 22 de febrero de 2017.

Son las mismas afirmaciones del apoderado de la apelante, las que esclarecen la indubitable intención de sustituir, modificar o novar objetivamente la obligación primigenia:

> **"…desde el origen del negocio jurídico entre los contratantes su voluntad fue transferir el dominio del inmueble. Desde este punto**

> **de vista interpretativo el contrato de venta de posesión era una fórmula para llegar al resultado final e intencional de las partes."**
>
> **"Tan conocida es la intencionalidad de las partes que desde el año 2013 comenzó a tramitarse el proceso de pertenencia, y es después de terminado el proceso que nace el contrato de 2017"** (contestación de la demanda, folio 6, consecutivo 12).

Al obtener del derecho de dominio FABIOLA ARBELÁEZ MEJÍA, el negocio debía "dinamizarse" *objetivamente*, como lo dijo el apelante en los reparos concretos ante el A *quo*, para lograr lo que desde el principio se pretendía que era hacer dueño a CARLOS ARTURO MESA VERGARA, lo cual no se podía en tanto la demandada solo tenía la calidad de poseedora.

Al reconocer el apelante que la relación sustancial se mantenía y por eso se firmó el contrato de obligación de hacer, ratificó lo aquí analizado y puso de presente la voluntad inequívoca de las partes, de sustituir la simple venta de la posesión para plasmar su verdadera voluntad inicial que era preparar el camino contractual para constituir el derecho real de dominio en favor de CARLOS MESA.

Tanto esperaban las partes la oportunidad de novar el objeto del contrato, que FABIOLA ARBELÁEZ no tuvo objeción en que CARLOS MAYA construyera en la losa del segundo piso, por cuanto esperaba que, una vez se "saneara" el inmueble, éste "le pagaría más precio", como lo reconoció el mismo Abogado recurrente.

Demostrando que las partes estaban preparando el negocio para la nueva obligación que sustituiría la primera –la de prometer la tradición por la de simplemente entregar la posesión-; las partes querían comprar y vender, respectivamente, la propiedad; tanto así, que aun teniendo el contrato de venta

de la posesión decidieron, luego de adquirida la propiedad por FABIOLA ARBELÁEZ, incluir el objeto completo deseado que era la propiedad con todos sus atributos: *ius utendi, ius fruendi y ius abutendi.*

Las partes extinguieron, a través de la novación objetiva, la obligación consagrada en el contrato del 18 de enero de 2013 con la sustitución por la nueva obligación de hacer con vocación de transferir el derecho de propiedad del 22 de febrero de 2017; por ello no resulta procedente analizar la posibilidad de resolver el contrato de compraventa de la posesión, debido al doble efecto -extintivo y creativo- de la novación.

Respecto a este efecto Ospina Fernández:

> **"Dada su naturaleza híbrida o compleja de convención extintiva y de contrato, el efecto principal de la novación es el de extinguir la obligación preexistente y, a la vez, generar otra obligación nueva en reemplazo de aquella. En virtud de esta operación sustitutiva el vínculo obligatorio primitivo se soluciona totalmente, y así el deudor se libera de la respectiva deuda y le crédito correlativo también desaparece. Y esto ocurre, aunque la novación sea objetiva, vale decir, por cambio de objeto o de causa…**
>
> **Si bien es cierto que el acreedor y el deudor permanecen los mismos, entre ellos se traba un vínculo jurídico distinto del extinguido y cuyos efectos comienzan a producirse, a la vez que los de este último, el extinguido, desaparecen."**

No siendo procedente retomar el contrato de compraventa de posesión del 18 de enero de 2013 para analizar si existió incumplimiento resolutorio como lo pretendía la recurrente; en la medida en que la obligación se extinguió por la novación objetiva que liberó a las partes y creó una nueva relación

obligacional perseguida por las partes, quienes tomaron la antigua prestación y la moldearon y "dinamizaron" al tenor de sus voluntades.

No resulta de recibo que luego de mostrar un claro desinterés por la ejecución forzosa de la obligación primigenia que las partes decidieron novar conforme con su intención negocial, se pretenda ahora su resurgimiento ante la nulidad absoluta de la obligación sustituyente.

7.2 ¿Las mejoras reconocidas en primera instancia?

Sobre este punto hay que hacer que precisar que en la exposición de los reparos concreto ante el Juez de primera instancia, el Abogado de la parte demandada señaló como inconformidad que "**el dictamen de frutos también mostraba que las mejoras podían ser ostensiblemente diferentes a las mejoras del peritaje presentado por la parte demandante"**; sin embargo, ni en la formulación del reparo ni en la sustentación del recurso, nada expuso al respecto, dejando un indeterminación ostensible en el tema que debería abordar esta Sala de Decisión Civil en segunda instancia, al prescribir el artículo 328 del CGP que ***"El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante…"***

La aseveración citada puede ser catalogada como un reparo, pero la generalidad e indeterminación con la que se expuso ameritaba que en la oportunidad otorgada para sustentar, manifestara a esta Sala aspectos insoslayables de su reparo, en el sentido de indicar en qué radicaba la "ostensible" diferencia, cuáles fueron los aspectos específicos que dieron lugar a la diferencia, por qué a su juicio el A *quo* debió darle mayor valor a un dictamen cuyo objeto no eran las mejoras que a uno en que sí lo era, y, en específico la sustentación que exigen en segunda instancia los artículos 327 del Código General del Proceso y 14 del Decreto 806 de 2020:

> ***"Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. <u>Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto</u>*** (subraya propia).

En el escrito de sustentación (folio 5, consecutivo. 4, cuaderno de segunda instancia) el apelante, respecto a las mejoras, indicó que si se hubiera analizado el incumplimiento del contrato de venta de la posesión, se evidenciaría que CARLOS ARTURO MAYA VERGARA era un poseedor de mala fe y por tanto no tendría derecho a las mejoras; argumento que no fue incluido como un reparo concreto ante la primera instancia.

Así, ante la falta de sustentación del reparo formulado por la parte apelante, no será examinado por esta Corporación, por lo que la sentencia de primera instancia se CONFIRMARÁ.

8. COSTAS

Se condenará en costas en esta instancia a la parte demandada principal (demandante en reconvención) y en favor de la demandante principal (demandada en reconvención), de conformidad con lo dispuesto en los numerales primero y tercero del artículo 365 del CGP.

9. AGENCIAS EN DERECHO

De acuerdo con lo establecido por el artículo 365 del C.G.P. en concordancia con el artículo 5 numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, en esta instancia, se fijan como

agencias en derecho el equivalente a UN (1) SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE, a cargo la parte demandada principal (demandante en reconvención) y en favor de la demandante principal (demandada en reconvención).

DECISIÓN

La **SALA SEGUNDA CIVIL DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Por las razones expuestas, se **CONFIRMA** la sentencia de la referencia; **ACLARANDO** que se confirma la nulidad absoluta del contrato de "obligación de hacer" (promesa de compraventa) y no del contrato de venta de posesión que se extinguió por novación.

SEGUNDO: En esta instancia se **CONDENA EN COSTAS** a la parte demandada principal y en favor de la demandante principal.

TERCERO: Se fijan como **AGENCIAS EN DERECHO** el equivalente a UN (1) SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE, a cargo la parte demandada principal (demandante en reconvención) y en favor de la demandante principal (demandada en reconvención).

NOTIFÍQUESE POR ESTADOS Y ELECTRÓNICAMENTE.

LOS MAGISTRADOS

RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ

LUIS ENRIQUE GIL MARÍN

MARTHA CECILIA LEMA VILLADA