REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
SALA ÚNICA

PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACION
LEY 1128 de 2007

RADICACIÓN:	15238310300320080002 01
PROCESO:	ORDINARIO
ORIGEN:	JUZGADO TERCERO CIVIL CIRCUITO DE DUITAMA
INSTANCIA:	SEGUNDA
PROVIDENCIA:	FALLO
DECISION:	MODIFICAR
DEMANDANTE:	JOSÉ CAYETANO ROJAS NIÑO
DEMANDADO:	GLADYS CECILIA SUAREZ
APROBACIÓN:	ACTA No. 124
M. PONENTE:	JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL
	Sala Segunda de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, viernes, dieciséis (16) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 28 de julio de 2015 proferida por el Juzgado Tercero del Circuito de Duitama, dentro del proceso ordinario instaurado por José Cayetano Rojas Niño contra de Gladys Cecilia Suárez.

1. ANTECEDENTES:

El 19 de noviembre de 2007 José Cayetano Rojas Niño, por apoderado Judicial, impetró demanda ordinaria de mayor cuantía contra Gladys Cecilia Suárez, para que se hicieran las declaraciones y condenas que se indicarán mas adelante.

1.1. Funda su demanda en los siguientes hechos:

Que el 15 de septiembre de 2006 celebró contrato de compraventa con la demandada Gladys Cecilia Suárez, cuyo objeto consistió en vender los derechos herenciales que se le adjudicaron dentro del juicio de sucesión de la

causante Graciela Niño Espejo, "*consistente de un lote de terreno que se segrega de uno de mayor extensión descrito en la partida quinta del inventario de bienes denominado* ***EL MIRTO****, ubicado en la Otrora(sic) Vereda de Aguatendida siendo hoy predio urbano de la ciudad de Duitama, habiendo sido adjudicado el 50% del predio que en plano figura como* ***MIRTO TRES (3)*** *y que se denomina en la actualidad como* ***EL MORTIÑAL****, cuyos linderos, ubicación y extensión. (…)"* predio distinguido con el Matrícula Inmobiliaria No. 074-80580 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Duitama, el precio se estipuló en la suma de $125'000.000,oo los cuales debía cancelar la demandada Gladys Cecilia Suárez mediante un cheque por valor de $20'000.000,oo girado contra el Banco de Colombia, el cual fue pagado al demandante José Cayetano Rojas Niño; un vehículo Mazda de propiedad de la demandada avaluado en la suma de $13'000.000,oo y que fue entregado al demandante el 15 de septiembre de 2006; un cheque del Banco de Colombia por $8'000.000,oo que fue girado para el 13 de octubre del mismo año y pagado al demandante José Cayetano Rojas Niño y el saldo restante en dos cheques girados contra el Banco de Colombia, por valor de $42'000.000,oo para ser pagaderos el 15 de noviembre de 2006 y el 15 de enero de 2007 a favor del demandante los cuales fueron impugnados por el Banco, el primero por fondos insuficientes y el segundo por orden de no pago.

Afirmó que el inmueble prometido en venta fue entregado por el demandante José Cayetano Rojas Niño a la comparadora Gladys Cecilia Suárez, *"quien lo recibió a entera satisfacción"* el 15 de septiembre de 2006; así como en la promesa se convino el pago de una cláusula penal del 20% del valor del contrato.

En la misma promesa se acordó el día 15 de noviembre de 2006 a las cuatro de la tarde en la Notaría Primera del Círculo de Duitama, se otorgaría el contrato prometido, fecha a la que solo asistió el demandante según constancia expedida por la misma notaría.

Para cumplir el requisito de procedibilidad se citó a la demandada Gladys Cecilia Suárez a audiencia de conciliación extraprocesal ante el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Duitama que resultó fracasada por inasistencia injustificada de aquella.

1.2. Pretensiones:

Declarar que Gladys Cecilia Suárez está obligada a cumplir la promesa de venta celebrada con el demandante José Cayetano Rojas Niño y en especial que cancele la suma restante del precio de $84’000.000,oo; y se le condene a pagar la suma de $25’000.000,oo como cláusula penal equivalente al 25% del contrato de promesa, así como los daños y perjuicios, y las costas del proceso.

1.3. Trámite:

La demanda fue admitida el 22 de enero de 2008 y notificada la demandada la contestó en término, propuso excepciones de fondo y demanda de reconvención.

La audiencia de conciliación a que se refiere el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil la que se celebró el 21 de febrero de 2012 a la que sólo asistió la parte demandante, por lo que se declaró fracasada la conciliación, se agotó la etapa de decisión de excepciones previas, saneamiento del proceso, fijación de hechos, pretensiones y excepciones.

El proceso se abrió a pruebas el 16 de enero de 2013 (folios 86, 87 y 88) ordenándose agregar las pruebas documentales que habían sido aportadas con la demanda, la contestación y la reconvención, se citó a interrogatorio a las partes y decretó los testimonios pedidos y ordenó inspección judicial con intervención de perito.

Agotado el trámite procesal, por auto de 18 de marzo de 2015 dispuso dar traslado común a las partes por ocho días para presentar los alegatos de conclusión, los cuales fueron presentados por el demandante el 27 de marzo

de 2015 oportunidad que no fue aprovechada por la demandada y demandante en reconvención.

El 28 de julio de 2015 se dictó sentencia y seguidamente por auto de 25 de agosto de 2015 se concedió el recurso de apelación presentado por el demandante en el efecto suspensivo.

1.3.1. Contestación de la demanda:

La demandada Gladys Cecilia Suárez contestó la demanda aceptando que celebró un contrato de compraventa con José Cayetano Rojas contrato que para los efectos se llamaría promitente compradora y promitente vendedor, respectivamente; negó que el demandante le prometió vender los derechos de propiedad sobre el inmueble descrito en el contrato, de los que no era dueño, sino que suscribió vender unos derechos herenciales dentro del inmueble; se acordó el precio de $125’000.0000,oo por la compra de los derechos de propiedad del predio y no por la compra de los derechos herenciales y los dos últimos cheques que se giraron para el 15 de noviembre de 2006 y 15 de enero de 2007 se dio orden de no pago; las arras fueron pagadas efectivamente y se está a la espera de su devolución; que no se presentó a otorgar la escritura de compraventa porque no había objeto en la venta, porque el demandante José Cayetano Rojas Niño no podía transferir propiedad ni derechos herenciales; no se le dio la oportunidad de conciliar porque fue citada en Duitama el día de la audiencia, cuando su domicilio es Santa Marta; es cierto que se pactó cláusula penal pero no se puede dar aplicación a favor del demandante ante lo viciado del contrato; es falso que el inmueble prometido le fuera entregado por el demandante y que la compradora la hubiera recibido a satisfacción el día 15 de septiembre de 2006 porque cuando la compradora quiso entrar al inmueble fue repelida su presencia por el verdadero poseedor Segundo Emilio Tiria.

Se opone a las pretensiones del demandante y propone las siguientes excepciones de fondo:

-Nulidad del contrato de promesa de compraventa por vicio al consentimiento.

Funda esta excepción alegando que el demandante actuó con dolo al hacer incurrir en error a la compradora, como se desprende del hecho siete de la demanda en la que se anuncia *"el inmueble prometido"*; de la cláusula tercera del contrato se habla del valor total *"de la venta del terreno de JOSÉ CAYETANO ROJAS NIÑO"* y en la cláusula segunda del contrato cuando dice que el prometiente vendedor manifiesta que *"el lote que por medio del presente contrato vende"* lo adquirió así y finalmente en la cláusula sexta del contrato se habla sobre la entrega del inmueble descrito y no de los derechos herenciales, creándole confusión e induciéndola a error.

De esta manera afirma que el demandante José Cayetano Rojas Niño prometió en venta los derechos de propiedad y elaboró un documento de promesa de 15 de septiembre de 2006 en el que consignó que el objeto de la compraventa "*serían derechos herenciales sobre un lote de terreno, conforme a una partida de una sucesión de la cual no aportó documentación necesaria ni especificó la sucesión que dio lugar al nacimiento de los derechos herenciales de la compraventa*" hecho que no percató la demandada al suscribir la promesa de compraventa.

-Subsidiariamente lesión enorme:

En caso de no prosperar la excepción de vicio en el consentimiento propone lesión enorme dado que unos derechos herenciales en las condiciones mencionadas y anotadas en el contrato de venta no pueden tener un precio de $125'000.000,oo

-Nulidad del contrato de promesa de compraventa por objeto ilícito:

Hace consistir esta excepción en el hecho que el objeto de la venta no es lícito, porque el demandante nunca tuvo derechos objetivos sobre el lote de terreno que pretendía comprar la demandada ya que para el momento contractual no era dueño de los derechos herenciales dentro de la sucesión de Grabriela Niño Espejo y no como lo afirma en el contrato de compraventa en la cláusula segunda, argumentos con los que buscó confundir para disfrazar una compraventa de un lote de terreno, "*primero como derechos de dominio y luego en supuestos derechos herenciales sobre el terreno".* Agrega que como quiera que el demandante carecía de la calidad de heredero,

indispensable en cesiones de derechos herenciales el contrato como tal tiene un objeto ilícito y por tanto anulable porque se asimila a una venta que no existe.

-Nulidad del contrato de promesa de compraventa por falta de causa:

Argumenta que no habiendo objeto lícito por inexistencia de objeto, deviene la causa ilícita.

-Falta de legitimidad por activa:

Se presenta esta excepción como quiera que para demandar el cumplimiento o incumplimiento del contrato el demandante José Cayetano Rojas Niño debe tener la calidad de heredero o legatario a título oneroso o gratuito dentro de una sucesión de donde podría emerger el bien o los derechos herenciales sobre el mismo lo cual no aparece en el contrato.

-Cobro de lo debido:

Se configura esta excepción porque el demandante envió a la compradora a tomar posesión del inmueble y fue repelida por el poseedor y era su deber garantizar la entrada en posesión material, circunstancia que hace imposible suscribir la escritura y que si se suscribe deben las partes entregarle al notario la documentación que demuestre la titularidad de la propiedad o los derechos herenciales, los cuales no existían ni tenía el vendedor y aún en el evento que el notario otorgue la escritura pública el registrador va a encontrar imposible el registro de la escritura entonces la escritura pública que pretende el demandante se otorgue, le falta objeto.

-Nulidad del contrato de promesa por venta de cosa ajena:

El demandante prometió en venta sin ser dueño ni tener los derechos herenciales sobre el inmueble objeto de la venta ya que no tenía la calidad de heredero ni legatario dentro de la sucesión de la causante Gabriela Niño Espejo, circunstancia que configura la venta de cosa ajena.

-Nulidad del contrato de promesa de compraventa por venta de cosa inexistente:

Incurre en venta de cosa inexistente ya que la propiedad sobre el lote de terreno o los derechos herenciales sobre el mismo no ha existido nunca para el demandante y si no es posible ser titular de derechos de propiedad menos aún será de transferirlos.

Descorrido el traslado de las excepciones propuestas por la demandada Gladys Cecilia Suárez, el demandante manifestó en relación con la nulidad del contrato de promesa de compraventa por vicio al consentimiento bajo dolo y objeto ilícito, la misma demandada participó en la elaboración del contrato en forma directa y percibió lo que iba a adquirir; así mismo en el documento consta la especificación del objeto que se vende y que los derechos herenciales nacen de la herencia de Graciela Niño Espejo; que no existe lesión enorme frente al precio porque hay un acuerdo consentido sin que operara ningún vicio, así como tampoco nulidad de la promesa por falta de causa pues se realizó sobre una causa lícita y real. Y en cuanto a la falta de legitimidad por activa el demandante es titular pleno de los derechos que vendió y no como lo pretenden deslegitimar.

En cuanto a la excepción de cobro de lo no debido, manifiesta que las personas que celebraron el contrato de venta tienen capacidad donde el vendedor *"se compromete a entregar el bien objeto acordado y que se materializó, es simplemente observar dicho documento de venta donde el comprador lo da como recibido; y, otro son las obligaciones del comprador que es de pagar el precio acordado"* y como quiera que la demandada incumplió el contrato le asiste el derecho de demandar su pago.

1.3.2. Demanda de reconvención:

La demandada Gladys Cecilia Suárez en oportunidad presentó demanda de reconvención la cual fundamentó en los siguientes hechos:
-Manifiesta que el negocio realizado a que se contrae la demanda versó sobre los derechos de dominio y propiedad sobre un lote de terreno ubicado en la carrera 40 con calle 20 o 21 antigua vereda de Aguatendida de Duitama, hecho que posteriormente al suscribir el documento elaborado por el demandante se señala que el inmueble *"objeto de la compra era segregado de una de mayor extensión descrito en la partida quinta del inventario de bienes denominado EL MIRTO ubicado en la vereda de Aguatendida, pero que hoy es lote urbano de la ciudad de Duitama"* y que corresponde a unos derechos herenciales -cláusula 1ª- por el precio de $125'000.000,oo de

los cuales pagó $41’000.000,oo por concepto de arras mediante los siguientes pagos: $8’0000.000,oo mediante cheque de Bancolombia, $13’000.000,oo mediante la entrega de un vehículo Mazda, $20’000.000,oo mediante cheque de Bancolombia y por el saldo de $84’000.000,oo giró dos cheques a los que dio orden de no pago. Agrega que el vendedor no realizó entrega formal del predio de la compraventa, toda vez que “*la mandó a que entrara allí … y en el momento de intentar entrar en posesión del inmueble cuya propiedad creyó haber comprado, fue repelida bruscamente por el señor Segundo Emilio Tiria quien adujo la calidad de poseedor con expectativas de propietario, en tanto se definieran dos procesos: uno de sucesión en Santa Rosa de Viterbo y otro de declaración de pertenencia en Duitama.”,* lo que obligó a Gladys Cecilia Suárez tramitar inmediatamente un certificado de tradición del inmueble objeto de la compra y allí se percató que José Cayetano Rojas Niño le había vendido unos derechos herenciales -cláusula 1ª- sobre el lote de terreno induciéndola a error -cláusula 4ª y 6ª- quien creyó estar comprando la propiedad sobre el lote de terreno.

Lo anterior unido al hecho de la imposibilidad de entrar en posesión material del bien y a las anotaciones 22 y 23 del Folio de Matrícula Inmobiliaria de las inscripciones de demandas civiles declarativas, en “*las que se publican derechos a favor de terceros sobre el inmueble de la compraventa y que cambiarían radicalmente con sus sentencias el curso del negocio jurídico que se haga conforme a lo suscrito por las partes”* dio orden de no pago a los dos últimos cheques y solicitó al vendedor la devolución del dinero y deshacer el negocio, razón por la que no se presentó a Notaría Segunda del Círculo de Duitama 15 de noviembre de 2006 para suscribir la escritura de compraventa.

La reconvención tiene como pretensiones:
-Se declare la nulidad del contrato suscrito entre las partes el 15 de septiembre de 2006 por vicios del consentimiento como consecuencia del error en que el vendedor José Cayetano Rojas Niño hizo incurrir a la compradora Gladys Cecilia Suárez, al prometer vender derechos de propiedad y suscribir venta de derechos herenciales.

-Se ordene restituir a la compradora la suma de $41’000,000oo correspondientes a las arras pagadas, adicional a los cheques que respaldaron el saldo del negocio jurídico.
-Se condene a José Cayetano Rojas Niño al pago de la suma de $25’000.000,oo por cláusula penal.
-Se condene en costas.

Subsidiariamente solicita se declare la resolución del contrato suscrito entre las partes el 15 de septiembre de 2006 y como consecuencia se ordene a José Cayetano Rojas Niño restituir a Gladys Cecilia Suárez la suma de $41’000.000,oo y títulos valores que respaldaron el saldo, sin obligaciones a cargo de la compradora por no haber recibido contraprestación y se le ordene al demandante pagar la suma de $25’000000,oo a título de cláusula penal.

1.4. Sentencia apelada:

Mediante fallo proferido el julio 28 de 2015 el *a quo* dispuso ”***PRIMERO DENEGAR*** *todas y cada una de las pretensiones irrogadas en la demanda principal de Resolución de contrato, formulada por JOSE CAYETANO ROJAS NIÑO en contra de GLADYS CECILIA SUAREZ por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.* ***SEGUNDO: DECLÁRESE*** *la* ***NULIDAD ABSOLUTA*** *del contrato de promesa de compra venta suscrito entre JOSE CAYETANO ROJAS NIÑO como promitente vendedor y GLADYS CECILIA SUAREZ como promitente compradora de una parte del predio Denominado EL MIRTO con folio de matricula inmobiliaria No-074-0014646, suscrito el 15 de Septiembre de 2006, cuya copia autentica fue aportada con la demanda base del presente litigio, y en consecuencia dispóngase el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, de la siguiente manera: a-. JOSE CAYETANO ROJAS NIÑO deberá restituir a favor de la promitente compradora la suma de Cuarenta y un millones de pesos ($41.000.000.00) recibidos como arras. Esta suma la deberá restituir indexada, desde el 15 de*

Septiembre de 2006 hasta la fecha en que haga la restitución. b-. JOSE CAYETANO ROJAS NIÑO deberá restituir a GLADYS CECILIA SUAREZ los cheques que esta le entregó en garantía del fallido contrato girados el 15 de Septiembre de 2006 de la cuenta corriente No-26222041665 de Bancolombia distinguidos con los números EY559104 y EY559105 emitidos cada uno por valor de cuarenta y dos millones de pesos. ***TERCERO:*** *CONDENAR Y Declarar que el contratante incumplido JOSE CAYETANO ROJAS NIÑO, deberá pagar a favor de GLADYS CECILIA SUAREZ, la suma de veinticinco millones de pesos* ($25.000.000.oo) *a título de cláusula penal, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este fallo.* ***CUARTO: CONDENESE*** *en costas de esta instancia a la parte demandante y demandado en Reconvención JOSE CAYETANO ROJAS NINO, fijándosele como agencias en derecho la suma de doce millones de pesos ($12.000.000.oo M/CTE), en virtud de lo señalado en el acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura. Liquídense las costas resultantes por Secretaría.* ***QUINTO*** *: Como se indicó en la parte motiva, compúlsense copias de este fallo y de todo lo actuado en el expediente para ante la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue si con esta forma de actuar el Abogado JOSE CAYETANO ROJAS NINO ha incurrido en Fraude procesal o cualquier otra conducta en contra de la Administración de justicia y a su vez para ante El Consejo Superior de la Judicatura para que establezca si el mismo ROJAS NINO ha incurrido en algún tipo de falta contra la ética en el ejercicio profesional de Abogado.".*

1.5.1. Considera el *a quo* improcedente la acción resolutoria pretendida por el demandante para negar la demanda de resolución, ya que para la prosperidad de esta acción se exige que esté acreditado que el demandante haya cumplido los deberes que impone el contrato, y éste sabía de antemano que no ha cumplido ni podrá cumplir con la entrega del bien prometido en venta, porque dicho bien ya se ha adjudicado a los herederos de Segundo Tiria en sentencia de pertenencia que está ejecutoriada, en estas circunstancias no puede pretender que se obligue a la demandada a pagar la totalidad del contrato por

el valor de un bien que ya ni siquiera le pertenece y que no puede entregar a la promitente compradora.

En cuanto a las excepciones de mérito propuestas, manifiesta no hacer examen de las mismas, ya que su estudio procede cuando el derecho que se reclama es reconocido o declarado y en el presente caso se negaron las pretensiones.

Frente a la demanda de reconvención expone que el segundo requisito establecido en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 no se cumple, toda vez que como aparece a folio 50 del expediente -folio de matricula No. 07480580- el promitente vendedor contratante no era adjudicatario ni dueño de un inmueble específicamente y aunque en el clausulado de la promesa de venta se haya anotado que se vendían unos derechos herenciales y se señalaran unas medidas y linderos, dicho inmueble no existía y esto lo sabía de antemano el promitente vendedor incumplido pues no presentó el plano del predio que mencionó en la promesa, pues el inmueble que se le adjudicó en la sucesión es uno completamente diferente pues se trata de El Mortiñal con Matrícula Inmobiliaria 074-80580 y no se le adjudicó parte alguna de El Mirto de Matrícula Inmobiliaria 074-0014646 predio éste que prometió en venta según reza en la promesa.

En cuanto al tercer requisito de la promesa de compraventa *"que la promesa o contrato contenga un plazo o condición que fije la fecha que ha de celebrarse el contrato", "era un imposible absoluto para el promitente vendedor en virtud de que aún en la fecha pactada no había sido adjudicatario de ningún derecho herencial, por lo tanto no podía cumplir con esta cláusula"* y en cuanto al requisito que se determine de tal suerte el contrato que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o de las formalidades legales, resulta ser completamente carente de importancia que la compradora no haya acudido a la notaría en la fecha y hora pactada en la promesa, primero porque ya sabía que el vendedor no era adjudicatario de ningún derecho sobre el inmueble, había incumplido la entrega del mismo, no se podía elaborar la escritura por la indeterminación de los derechos sobre le

inmueble y además existían otras pretensiones de terceros poseedores sobre le inmueble prometido en venta.

Concluye que se declara la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa por ausencia de los requisitos de ley establecidos en el artículo 1611 del Código Civil en concordancias con los artículos 1749 y 1745 del mismo estatuto y, como consecuencia de la declaración de nulidad se ordena restituir a la compradora la suma de $41’000.000,oo pagados como arras indexados desde el 15 de septiembre de 2006 hasta que se haga el pago y devolver los cheques que entregó en garantía del fallido contrato y pagar a la compradora $25’000.000,oo pactados como cláusula penal y condenar en costas al demandante fijando como agencias en derecho la suma de $12’000,000,oo

1.5. Recurso de apelación:

Dentro del término el demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2015 por carecer de razón y falta de valoración en conjunto de las pruebas que fueron recaudadas para que se acceda a lo pretendido en la demanda principal.

Con el recurso aportó como anexo copia simple del trabajo de partición y adjudicación, practicada dentro del proceso de sucesión de Graciela Niño Espejo, radicado bajo el número 37 tramitado ente el Juzgado Promiscuo de familia de Santa Rosa de Viterbo.

Indicó que la primera instancia desconoció los hechos de la demanda principal, que frente a ésta determinó que no había incumplido el contrato de venta, dando lugar a lo previsto en el artículo 1609 del Código Civil, en primer lugar indicó que el bien que se comprometió a vender, fueron los derechos herenciales sobre el predio “*El Mortiñal”,* el cual hace parte de uno de mayor extensión denominado “*el Mirto”,* que le fue adjudicado dentro de la sucesión de Graciela Niño Espejo radicado con el número 037 que cursó en el Juzgado

Promiscuo de Familia de Santa Rosa de Viterbo, según consta en el trabajo de partición y adjudicación del sucesorio.

Manifiesta que yerra el fallador al decir que en la cláusula sexta del contrato se acordó que se haría la entrega del inmueble a la firma del contrato, siendo que en la cláusula quinta se indica que la escritura formalizadora del mismo se realizaría el 15 de noviembre de 2006 por lo que el compromiso de entrega se materializaba en el momento de suscribir la escritura pública y, nada tiene que ver el poseedor Tiria porque la posesión que este ejercitaba era sobre la parte del bien de mayor extensión llamado “El Mirto”.

Agrega que en cuanto a la demanda de reconvención por la que se declaró la nulidad absoluta de la promesa de venta, en ningún momento se indujo a error a la vendedora pues se fijó fecha para su celebración escritural y entrega de lo acordado y la demandada no compareció a suscribir la escritura pública. Que la simple promesa de contrato no es un acto de enajenación cuyo objeto es la perfección del contrato prometido y que nuestra legislación civil permite que el vendedor libere el bien, poniendo en condiciones la licitud en el objeto del contrato prometido.

Afirma que en presente caso el negocio jurídico cumple con los elementos intrínsecos, al existir capacidad de los contratantes, consentimiento, el objeto y la causa licita y se realizaron las solemnidades previstas por la ley cuya realidad muta su eficacia y trascendencia por el operador judicial con prejuzgamiento que no viene al caso.

1.6. Alegatos:

La parte convocante en sus alegatos manifestó que los contratos deben ser ejecutados de buena fe, artículos 1602 y 1603 de Código Civil, fundado en el espíritu de los contratantes quienes se liberan de sus obligaciones por la solución o pago de las obligaciones surgidas del contrato artículo 1626 del Código Civil.

De igual forma argumentó que la acción perseguida cumple con los presupuestos del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y que por ende la obligación que nace de la promesa de compraventa da lugar a la acción resolutoria de incumplimiento. Que la principal obligación del comprador es pagar el precio convenido en su totalidad, y que la demandada incumplió, contrario con lo argumentado por el *a quo,* los que indican que la demandada no incumplió con argumentos falaces que riñen con la realidad, además que la demandada desde la fecha de celebración del contrato, desapareció sin que se conozca su paradero.

1.7. Trámite en segunda instancia:

Una vez recibido el proceso en este despacho, se procedió a dar trámite al recurso, el cual se sometió a las normas del Código de Procedimiento Civil.

Por auto de 17 de septiembre de 2015 se admitió el recurso por este Tribunal Superior, y mediante proveído de 6 de octubre del 2015 se dio traslado a que se refiere el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil por el término de cinco (5) días a cada una; el recurrente radicó sus alegatos el 15 de octubre de 2015 mientras que la contraparte no hizo uso del mismo.

El despacho por auto de 2 de junio de 2017 con fundamento en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, decretó las siguientes pruebas: Aportar copia autenticada de la sentencia de pertenencia, que tramitó el poseedor Segundo Emilio Tiria (para lo cual requirió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Duitama para que allegue la copia), copia autenticada de los folios de matrícula inmobiliaria *"El Mortiñal"* con folio de matrícula No. 074–80580 y el predio *"El Mirto"* con folio de matrícula inmobiliaria No. 074–0014646 ambos de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Duitama, para lo cual requirió a esa oficina.

En cumplimiento de la anterior orden el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Duitama remitió copia de la sentencia de pertenencia proferida el 20 de agosto de 2014 que declaró la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio de

una cuota parte o fracción del inmueble ubicado en la zona urbana del municipio de Duitama barrio Simón Bolívar, antes vereda Aguatendida denominada “el Mirto” identificado con el folio de matrícula No. 074–14646 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Duitama, en favor de los sucesores procesales de Segundo Emilio Tiria.

El 16 de junio de 2017 la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Duitama, dio respuesta al requerimiento realizado por este despacho, haciendo entrega de los certificados de tradición y libertad No. 074–80580 y 074–14546.

Mediante proveído de junio 5 de 2018 se ordenó oficiar a los juzgados primero y segundo de familia de Duitama, allegó copia de la sentencia de 15 de diciembre de 2016, según anotación que aparece en el Matrícula Inmobiliaria 074-80580 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Duitama correspondiente al predio denominado El Mortiñal, despachos que respondieron que revisados los archivos no se encontró providencia alguna del 15 de diciembre de 2006 en presente asunto.

Mediante auto de 29 de noviembre de 2018 se solicitó al Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Rosa de Viterbo, informar si en el proceso de sucesión de Graciela Niño Espejo se ha registrado actuación posterior de José Cayetano Rojas Niño, despacho que contestó que los procesos tramitados fueron enviados a ese juzgado el 29 de octubre de 1990 sin que a la fecha de 15 de diciembre de 2006 se hubiera expedido providencia alguna.

Por auto de 10 de mayo de 2019 se ordenó a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Duitama remitir copia de la documentación que sirvió de soporte para la apertura del Matrícula Inmobiliaria 074-80580, Oficina que en cumplimiento de la orden, remitió fotocopia autenticada del trabajo de Particion y de la sentencia aprobatoria del mismo, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Rosa de Viterbo.

2. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER:

2.1. El Asunto:

Conforme a lo expresado en la sustentación de la alzada, se debe resolver: *(i) Si el contrato de promesa de compraventa suscrito entre José Cayetano Rojas Niño y Gladys Cecilia Suárez, cumple los requisitos del artículo 1611 del Código Civil en concordancia con los artículos 1740, 1741 y 1510 del Código Civil, caso afirmativo, establecer si existió incumplimiento contractual por parte de la demandada Gladys Cecilia Suárez y si hay lugar a condenar por el cumplimiento del contrato objeto de esta litis, así como al pago de la cláusula penal y los daños y perjuicios avaluados y aprobados y las costas procesales, o (ii) si por el contrario, como se solicitó en la reconvención el contratante José Cayetano Rojas Niño incumplió la promesa.*

Como quiera que las pretensiones formuladas en la demanda y en la de reconvención giran en torno a la promesa de un contrato de compraventa celebrado entre José Cayetano Rojas Niño como promitente vendedor y Gladys Cecilia Suárez como promitente compradora y el reparo del demandante en esta alzada tiene como solicitud la revocatoria de la sentencia de primera instancia por haberse declarado la nulidad del referido contrato, deviene en primer lugar establecer si el contrato base del presente proceso está afectado de nulidad o no.

La demandada Gladys Cecilia Suarez propone nulidad del contrato de promesa de compraventa, por vicio en el consentimiento, por dolo del vendedor, subsidiariamente lesión enorme, por objeto ilícito, por falta de causa, por venta de cosa ajena y por venta de cosa inexistente; en la reconvención propone nulidad por vicio en el consentimiento como consecuencia del error en que la hizo incurrir el vendedor al prometer venta de derechos de propiedad y suscribir venta de derechos herenciales.

El artículo 1611 Código Civil subrogado por la Ley 153 de 1887, artículo 89 establece que la *“promesa de celebrar un contrato no produce obligación*

alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1o) Debe constar por escrito; 2º) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del Código Civil[1]*; 3o) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; 4º) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales",* requisitos de cumplimiento obligatorio y concurrentes por expresa disposición legal *sine qua non* existe la promesa.

En cuanto al primer requisito encuentra la Sala que se ha cumplido toda vez que el contrato consta por escrito.

El segundo requisito remite al artículo 1502 del Código Civil que prescribe que para que una persona pueda obligarse para con otra, es necesario que sea capaz, que consienta en dicho acto o declaración y no adolezca de error, fuerza y dolo (artículo 1508 Código Civil), que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita.

Gladys Cecilia Suárez -la promitente compradora- fundamenta su defensa en nulidad por vicios del consentimiento en dolo, error, objeto ilícito, causa ilícita y lesión enorme, atendiendo que al convenir el negocio con el promitente vendedor entendió la venta de la propiedad del inmueble identificado en la promesa y se suscribió sobre derechos herenciales, circunstancia que de haber sabido hubiera convenido por otro precio, hechos que constituyen lesión enorme, error y dolo en el vendedor así mismo alega objeto ilícito porque al momento de la venta el vendedor no tenía derechos objetivos sino una expectativa jurídica *"de acrecer en partida dentro de sucesión sin aducir la calidad de heredero o legatario a título oneroso o gratuito, ya que para el momento contractual no era dueño de derechos herenciales dentro de sucesión de GABRIELA NIÑO ESPEJO"*.

[1] En el ordinal segundo debió citarse el artículo 1502 *ibidem*.

El artículo 1602 del Código Civil establece que *"todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento muto y por causas legales",* y a su vez el artículo 1618 *ibidem*, precisa que "*conocida claramente la intención de las partes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*" y el inciso final del artículo 1622 de la misma codificación que señala que *"los contratos se interpretarán por la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes de las cláusulas o una de las partes con la aprobación de la otra parte".*

Examinado el contrato de promesa de compraventa suscrita el 15 de septiembre de 2006 por José Cayetano Rojas Niño como promitente vendedor y Gladys Cecilia Suárez como promitente compradora, encuentra la Sala que en cláusula primera se convino la venta de unos *"derechos herenciales del promitente vendedor que le adjudicaron dentro del juicio de sucesión*" de la causante Graciela Niño Espejo, "*consistente de un lote de terreno que se segrega de uno de mayor extensión descrito en la partida quinta del inventario de bienes denominado* ***EL MIRTO****, ubicado en la Otrora(sic) Vereda de Aguatendida siendo hoy predio urbano de la ciudad de Duitama, habiendo sido adjudicado el 50% del predio que en plano figura como* ***MIRTO TRES (3)*** *y que se denomina en la actualidad como* ***EL MORTIÑAL****, cuyos linderos, ubicación y extensión. (…)"*aparecen descritos en el contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes, así como las medidas generales del predio EL MIRTO del cual se segrega identificado con el folio de Matricula Inmobiliaria No.074-14646 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Duitama; que en desarrollo del mismo, se encuentra acreditado porque las partes así lo han aceptado en sus diferentes actos procesales, que se pagó la suma de $41'000.000,oo (cheque por valor de $20'000.000,oo- recibo de vehículo por valor de $13'000.000,oo y cheque por valor de $8'000.000,oo) como parte del precio y arras del respectivo negocio; que en la cláusula sexta de la promesa de compraventa el promitente vendedor *"manifiesta que hará entrega del inmueble descrito anteriormente en el momento de la firma del* ***presente***

contrato *sin ninguna reserva de dominio"* y en la cláusula séptima se convino que *"… para el estricto cumplimiento de todas y cada una de las cláusulas del* ***presente contrato*** *se fija una multa o cláusula penal …" -Negrita de la Sala-* y que en virtud de lo convenido en la promesa sobre la entrega del inmueble y que el demandante dice que fue entregado por el vendedor a la compradora quien lo recibió a entera satisfacción el 15 de septiembre de 2006 día en que se celebró el contrato de promesa de venta -y no le cabe ahora al promitente vendedor, aducir en su recurso de alzada que la entrega del inmueble se haría el 15 de noviembre cuando se suscribiera en la notaría la escritura de venta-, y la promitente compradora manifestó ser este hecho falso porque cuando *"quiso entrar al inmueble fue repelida su presencia por el verdadero poseedor señor Segundo Emilio Tiria*" y que el señor *"José Cayetano Rojas Niño no realizó entrega formal del predio de la compraventa, sino que la mandó a que entrara allí … concurrió por voluntad propia y en momento de intentar entrar en posesión del inmueble* ***cuya propiedad creyó haber comprado****, fue repelida bruscamente por el señor Segundo Emilio Tiria quien adujo la calidad de poseedor con expectativa de propietario, en tanto se definieran dos procesos: Uno de sucesión en Santa Rosa de Viterbo y uno de declaración de pertenencia en Duitama."*.

Las anteriores probanzas analizadas a la luz de las normas de la interpretación de los contratos, permiten a este juzgador concluir que las partes entendieron que se trataba de un contrato de promesa de compraventa sobre un lote determinado y singular, no constituyendo en consecuencia nulidad por vicio en el consentimiento, dolo del vendedor, lesión enorme, objeto ilícito, causa ilícita, venta de cosa ajena y venta de cosa inexistente; ni error en que la hizo incurrir el vendedor al prometer venta de derechos de propiedad y suscribir venta de derechos herenciales, cumpliéndose en consecuencia el segundo requisito contenido en el artículo 1611 del Código Civil antes citado.

El tercer requisito que señala que debe contener un plazo, encuentra la Sala que la promesa de compraventa acompañada por las partes dentro del proceso, aparece en la cláusula quinta *"que la escritura formalizadora de*

este contrato se llevará a cabo el 15 de noviembre de 2006 en la Notaría Primera del Círculo de Duitama a las 4 p.m." lo que determina que el requisito que fije la época en que ha de celebrarse el contrato se encuentra cumplido.

El cuarto requisito que debe contener la promesa de venta es que se determine de tal suerte el contrato, que solo falte *(i)* la tradición de la cosa, o *(ii)* las formalidades legales.

Al respecto, el tratadista Artruro Valencia Zea ha expuesto "*b) todos los elementos del contrato futuro ha de quedar convenidos en la promesa de modo que para que se celebre la venta solo falte la respectiva solemnidad, es decir la escritura pública (en forma especial la cosa vendida debe quedar suficientemente determinada; si se trata de inmuebles, deben indicarse los linderos y el título mediante el cual adquirió el vendedor la propiedad que promete vender)"*, y agrega *"si se trata de promesa de venta de bienes inmuebles, la obligación de celebrar el contrato se traducirá invariablemente en el otorgamiento de la respectiva escritura pública, para lo cual se requerirá la colaboración del prometiente vendedor y del prometiente comprador, en concurrir a la notaría a firmar la escritura"*[2].

Analizada la promesa de compraventa se observa que el bien prometido en venta aparece individualizado por sus linderos particulares y generales, de donde proviene la adquisición del derecho del promitente vendedor, el precio, la fecha de entrega y de otorgamiento de la respectiva escritura, cumpliéndose de esta manera las exigencias del numeral 4º del artículo 1611 del Código Civil.

Expuesto lo anterior atendiendo a que se encuentran cumplidos todos los requisitos señalados en el artículo 1611 del Código Civil para la validez de la promesa de compraventa y en desarrollo de lo anterior, resueltas las

[2] Derecho Civil, De los Contratos, Tomo iv. Arturo Valencia Zea, Tercera edición, Bogotá 1970, pag 24.

excepciones propuestas por la demandada adquiriendo de tal manera la firmeza de la promesa, deviene examinar el cumplimiento de la misma alegado por el demandante José Cayetano Rojas Niño y en consecuencia analizar las pretensión subsidiaria de la demandante en reconvención, toda vez que la primera pretensión se encuentra agotada al resolver las nulidades propuestas y la consecuente eficacia de la promesa.

José Cayetano Rojas Niño pretende en su demanda que la demandada cumpla con el contrato prometido y pague el precio de la venta, porque por su parte estuvo dispuesto a suscribir la escritura de compraventa sobre el predio "El Mortiñal" al concurrir a la Notaría Primera de Duitama el 15 de noviembre de 2006 en la hora y fecha señalada en la promesa de venta, fecha en la que según su alegato ante la primera instancia tenía que hacer la entrega del inmueble "El Mortiñal".

Quien pretenda el cumplimiento de un contrato, debe haber cumplido todas las obligaciones pactadas.

Como ya está visto, José Cayetano Rojas Niño suscribió la promesa de venta con Gladys Cecilia Suárez en la que pactó en su cláusula primera que le prometía vender el predio "El Mortiñal" el que se identificó plenamente en el negocio preparatorio; en el mismo acto pactó la entrega del inmueble el 15 de septiembre de 2006 o sea en la fecha de la suscripción de la promesa, hecho que no ocurrió, pues como lo alegó y probó la demandada no se produjo, como se pasa a explicar a partir de las pruebas documentales allegadas al proceso, que igualmente se especificarán.

Folio de Matrícula Inmobiliaria 074-0014646 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Duitama de fecha 15 de junio de 2017 correspondiente al predio El Mirto con linderos "*por el frente el camino público y carretera del nordeste; por otro costado con. callejuela de Juan Grande y de herederos de Juan Camargo; por el pie con de(sic) los mismo de Juan Camargo; por el último costado, con terrenos de Juan Chaparro"*, presenta las siguientes anotaciones que permiten establecer que

el predio “El Mortiñal” para el tiempo en que se suscribió la promesa de venta, carecía de Matrícula Inmobiliaria propia, tenía inscritas dos demandas de pertenencia así: **anotación 22** radicada el 18 de agosto de 2006 aparece inscrito oficio 434 de 14 de agosto de 2006 librado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Duitama que inscribe la demanda en proceso de pertenencia de Tiria Segundo Emilio a herederos de Aura Graciela Niño Espejo; **anotación 23** radicada el 23 de agosto de 2006 correspondiente al oficio 360 del 01 de agosto del mismo año librado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Duitama que inscribe demanda en proceso ordinario urgano(sic) de José Jeremías Solano Martínez a -entre otros- Teresa Niño viuda de Rojas y José Cayetano Rojas Niño; **anotación 31** radicada el 5 de enero de 2007 que inscribe el oficio 670 del 15 de diciembre de 2006 del Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Rosa de Viterbo de autorización registro parcial cinco (5) hijuelas sucesión de Graciela Niño Espejo (otro) a -entre otros- José Cayetano Rojas Niño; **anotación 32** radicada el 5 de enero de 2007 que inscribe la sentencia del 15 de diciembre de 2006(sic) emitida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Duitama(sic) correspondiente a adjudicación en sucesión de seis lotes de Graciela Niño Espejo entre otros a José Cayetano Rojas Niño inscripción que dio origen a la apertura del Matrícula Inmobiliaria 074-80580 correspondiente al predio “El Mortiñal”; **anotación 36** radicada el 5 se septiembre de cia 2014 que inscribe el oficio 920 del 4 de septiembre de 2014 del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Duitama y cancela la notación 22 que contiene la inscripción de demanda presentada por Segundo Emilio Tiria a herederos de Aura Graciela Niño Espejo y otros; **anotación 37** radicada el 5 de septiembre de 2014 inscribe la sentencia de 20 de agosto de 2014 proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Duitama que declara la pertenencia de 1288,46 metros cuadrados a Víctor Julio, Hugo, Martha Cecilia Luz Marina Tiria Pinto; **anotación 42** radicada 25 de enero de 2017 que inscribe el oficio número 16 de la misma fecha, del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Duitama cancela anotación 23, que inscribió la demanda en proceso ordinario urgano(sic) de José Jeremías Solano contra Julio Cesar Niño Cristancho, entre otros Rojas Niño José Cayetano. Consta en este mismo folio de matrícula -074-14646- que con fundamento en el mismo se abrieron 9 matriculas faltantes, entre otras, las matrículas 074-80580 predio “El

Mortiñal” y 074-100149 “El Lote”, y cerrado el folio en base al artículo 35 del Decreto 1250 de 1970.

Certificado de tradición del Folio de Matrícula Inmobiliaria 074-80580 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Duitama expedido el 15 de junio de 2017 correspondiente al predio “El Mortiñal” descrito por cabida y linderos en sentencia Nro S de agosto 27 de 2001 del Juzgado Promiscuo de Familia de Duitama(sic) que, según complementación de la tradición. Graciela Niño Espejo adquirió el predio de mayor extensión mediante Escritura Pública 353 de 3 de julio de 1934 de la Notaría Segunda del Círculo de Sogamoso, registrada al folio de matrícula 074-14646, en el que aparece que el predio “El Mortiñal”, con Matrícula Inmobiliaria 074-80580 fue abierto con base en la antes mencionada matrícula inmobiliaria matríz; y en el mismo aparecen las siguientes constancias: **anotación 01,** inscripción de 18 de agosto de 2006 correspondiente a demanda de pertenencia instaurada por Segundo Emilio Tiria contra herederos de Graciela Niño Espejo, entre otros José Cayetano Rojas Niño ordenada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Duitama; **anotación 02,** inscripción de 23 de agosto de 2006 correspondiente a demanda en proceso ordinario urgano(sic) instaurada por José Jeremías Solano Martínez contra herederos de Graciela Niño Espejo, entre otros José Cayetano Rojas Niño, ordenada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito; **anotación 03** inscripción de 5 de enero de 2007 de adjudicación en sucesión de Graciela Niño Espejo a José Cayetano Rojas Niño ordenada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Duitama(sic); **anotación 04** inscripción del 25 de mayo de 2016 de cancelación demanda en proceso de pertenencia ordenada mediante oficio 920 de 4 de septiembre de 2014 del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Duitama(sic) de Segundo Emilio Tiria a herederos de Aura Graciela Niño y Otros, cancela la anotación 1.

Sentencia proferida el 20 de agosto de 2014 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Duitama dentro del proceso de pertenencia, mediante la cual se declaró a Martha Cecilia Tiria Pinto, Víctor Julio Tiria Pinto, Segundo Emilio Tiria Pinto y Hugo Tiria Pinto en calidad de sucesores procesales de Segundo Emilio Tiria adquirentes por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio

de una cuota parte o fracción del inmueble ubicado en la zona urbana del municipio de Duitama barrio Simón Bolívar, antes vereda Aguatendida denominado “El Mirto”, identificado con folio de matrícula inmobiliaria 074-14646 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Duitama, parte o fracción que se adjudica en este proceso denominado “El Lote” y esta comprendido dentro de los siguientes medidas y linderos. Por el Norte : en longitud de 45.30 mts. Colida con predio adjudicado a heredero de Ana Graciela Niño Espeto, cerca de alambre de pua, poste de madera y tablas al medio ; por el Oriente: en longitud de 28 mts., colinda con la calle 21 , cerca de madera al medio; por el Sur en longitud de 42,80 colinda con carrera 41 de la actual nomenclatura urbana de Duitama cerca en tablas y postes en madera al medio; por el Oriente, en longitud de 30.30 mts., colinda con casa del demandante en esta pertenencia, señor Segundo Emilio Tiria y encierra. Su forme es casi rectangular. Predio con una extensión superficiaria de 1.288.46 mts^2. Y se dispuso, entre otras, la cancelación de la inscripción de la demanda que se efectuó al folio de Matricula No. 074-14646 por ocasión de la admisión de la misma. En este proceso actuó como integrante y apoderado José Cayetano Rojas Niño oponiéndose a las pretensiones de la demanda aduciendo ausencia a la posesión del demandante Tiria-

A folios 165 a 237 del cuaderno de segunda instancia, aparece la respuesta de 20 de mayo de 2019 del Registrador de Instrumentos Públicos de Duitama conforme a lo ordenado por esta Sala el 19 de mayo de 2019, a la que acompaña la sentencia de 27 de agosto de 2001 aprobatoria de la partición y adjudicación de los bienes de la masa global de la herencia de la causante Graciela Niño Espejo, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Rosa de Viterbo, y el respectivo trabajo de partición en el que aparece la segunda hijuela para José Cayetano Rojas Niño la cual se pago en la partida quinta, con la adjudicación del 50% del predio que en planos figura como el Mirto Tres y que se empezara a denominar El Mortiñal, comprendido dentro de los siguientes linderos: Por cabecera linda con el predio adjudicado a los herederos Niño Obregón, denominado El Mortiño en extensión aproximada de 48 mts,; por el frente linda con la Calle 20 en extensión aproximada de 77.15 mts.; por el pie linda con herederos de Juan Camargo en extensión

aproximada de 45 mts., y por el cuarto y ultimo costado, linda con los señores Segundo Emilio Tiria, Custodia Velandia, Susana y Alfonso Ballesteros (Calle 20 A al medio) en extensión aproximada de 77.15 mts. al punto de partida y encierra. En la parte baja de este predio hay una huerta que es invasión del predio y le pertenece a este predio adjudicado, documentos que sirvieron de base para la apertura del Folio de Matrícula Inmobiliaria 074-80580 correspondiente a “El Mortiñal, con lo que se determina que este folio se derivó de la matrícula inmobiliaria matriz 074-14646 predio “El Mirto” adquirido por la causante Graciela Niño Espejo, y que las anotaciones 03 de la Matrícula Inmobiliaria 074-80580 y 32 de la Matrícula 074-14646 son originarias del Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Rosa de Viterbo y no del Juzgado Promiscuo de Familia de Duitama.

La Sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Rosa de Viterbo el 27 de agosto de 2001, dentro del juicio de Sucesión de Graciela Niño Espejo, que adjudicó al demandante el predio denominado El Mortiñal, unido a los folios de matrículas Nos., 074-80580 y 074-14646 en los que aparece que la apertura del primero se hizo en base del segundo, por haber sido el predio el Mortiñal segregado del predio El Mirto, lo que dio lugar que las anotaciones de inscripción de demandas de pertenencia de fechas 18 y 23 de agosto de 2006, fueran trasladadas a ese folio el día 5 de enero de 2007, cuando se inscribió la sentencia de sucesión, determinan que el demandante José Cayetano al momento de suscribir la promesa de Compraventa con la demandada Gladys Cecilia Suarez el día 15 de septiembre de 2006, sabía de la controversia de la posesión que tenía el predio prometido en venta, circunstancia que corrobora lo afirmado por la demandada que “el vendedor no realizó entrega formal del predio de la compraventa, toda vez que “*la mandó a que entrara allí … y en el momento de intentar entrar en posesión del inmueble cuya propiedad creó haber comprado, fue repelida bruscamente por el señor Segundo Emilio Tiria quien adujo la calidad de poseedor con expectativas de propietario, en tanto se definieran dos procesos: uno de sucesión en Santa Rosa de Viterbo y otro de declaración de pertenencia en Duitama, negación indefinida que no requiere prueba, y que traslada al demandante su carga de probar su*

dicho, de acuerdo al régimen probatorio. Mas aún, no se compadece con la realidad las afirmaciones del demandante, al cuestionar el momento de la entrega del inmueble pactada en la clausula sexta de la promesa de compraventa, al afirmar en el hecho 7 de la demanda, que igualmente constituye confesión por estar señalado así nuestro estatuto procesal, que " el inmueble prometido en venta fue entregado por José Cayetano Rojas Niño a la compradora Gladys Cecilia Suarez, quien lo recibió a entera satisfacción el mismo día que se celebro el contrato de promesa de venta, esto es, el día 15 de septiembre de 2006" y posteriormente en su escrito de interposición del recurso de apelación afirma que el compromiso de entrega de dicho bien se materializaba en el momento de firmar la Escritura Publica (folio 161 C. 1). En esta sentencia se ordenó la entrega de los predios a cada uno de los herederos reconocidos, entre ellos a José Cayetano Rojas Niño a quien se le adjudicó entre otros bienes "El Mortiñal".

Diligencia de entrega a José Cayetano Rojas Niño del predio "El Mortiñal", actuación cumplida el 24 de julio 2007 en la que Segundo Emilio Tiria hizo oposición, incidente que fue tramitado por el Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Rosa de Viterbo, dentro de la sucesión de Graciela Niño Espejo y que culminó por auto de 6 de febrero de 2008 en el que a pesar que se negó la misma, se expresó que el opositor conservaba su derecho a obtener la declaratoria de pertenencia que intentaba a través del proceso de radicación 200500044 00 que culminó con sentencia de 20 de agosto de 2014 en la que se declaró la propiedad de sus sucesores procesales de Segundo Tiria sobre el predio que se denominó en la sentencia "El Lote", que es el mismo Mortiñal que José Cayetano Rojas Niño prometió en venta a Gladys Cecilia Suárez.

Las anteriores probanzas acreditan plenamente que el demandante no entregó a la demandada el inmueble prometido el 15 de septiembre de 2006, tal como se pacto en la clausula sexta de la promesa, fecha en la que se suscribió la misma, y en cambio la demandada por su parte había entregado para ese momento la suma de $33'000.000.oo, y para el 15 de noviembre de 2006, que

se había pactado firmar la Escritura de Venta había encimado $8’000.000.oo, sin que para esa fecha todavía hubiera recibido el inmueble.

En las anteriores condiciones, no es de recibo que el demandante José Cayetano Rojas Niño pretenda reclamar el cumplimiento del contrato de promesa de venta a la demandada, ya que como se demostró no cumplió la entrega del inmueble objeto de la promesa el 15 de septiembre de 2006 como se convino en la misma, lo que de acuerdo al artículo 1546 no le permite ejercer la acción de cumplimiento ya que esta acción está reservada para el contratante cumplido y, menos aún, siendo que la promitente compradora por su parte para esa fecha había cumplido con los pagos pactados, lo que determina que deberá denegarse su pretensión de ordenar a la demandada pagar el saldo del precio y la Clausula penal.

Al respecto la jurisprudencia ha sostenido:” *La acción de cumplimiento de un contrato (C.C. artículo 1546, inc.2º) corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte las obligaciones contractuales, porque de este incumplimiento surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas;”* (Cas.13 junio 1946,LX, 636; 28 febrero 1959 XC.79)

En este orden de ideas deviene examinar la pretensión subsidiaria de Resolución del contrato propuesta por la demandada al presentar demanda de reconvención, toda vez que la primera pretensión de nulidad del contrato ha sido descartada.

Encontrándose plenamente acreditado el incumplimiento del demandante Rojas Niño de sus obligaciones contractuales como promitente vendedor, habilita a la demandada Gladys Suarez, ejercer la acción de resolución del contrato de promesa de compraventa.

El artículo 1546 del Código Civil establece *“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de las partes lo contratado”* y a su vez el artículo 1609 preceptúa que *“en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando*

de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplir lo en la forma y tiempo debido" y agrega el inciso 2º *"Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución del o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios"*

A su vez el articulo el artículo 1609 del Código Civil preceptúa que "*en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte …"*

De la anterior normatividad se despende que dos son los requisitos que la ley ha establecido para que la acción de resolución de contrato prospere: *i)* que el contratante contra el cual se dirige la demanda haya incumplido lo pactado a su cargo y, *ii)* que el contratante que la proponga haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo de su cargo.

Los contratos bilaterales tienen en nuestra legislación un estatuto especial a "*Conservar la simetría exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral"*[3].

Es entendido que si el acreedor demandante no ha cumplido por su parte la obligación que le incumbe, su demandado no está en mora de cumplir lo pactado.

Se encuentra plenamente establecido que la demandante en reconvención cumplió con su obligación de los pagos hasta el 15 de septiembre de 2006, momento de la suscripción de la promesa de compraventa y un contado más para el mes de octubre del mismo año; por su parte se encuentra igualmente establecido que el demandado en reconvención incumplió la promesa desde el mismo día 15 de septiembre de 2006, fecha en que se suscribió la promesa al no hacer la entrega del inmueble prometido, puesto que como lo afirmó la demandada y se prueba con la oposición hecha en esa fecha por Segundo Emilio Tiria, así las cosas habiéndose acreditado que lo pactado respecto de la

[3] Cas. 24 octubre 1940, L., 384

entrega del inmueble “El Mortiñal” no se cumplió, debe prosperar la pretensión de la demandante en reconvención accediendo a la resolución del contrato con la consecuente orden al demandado en reconvención de devolver la suma de $41’000.000,oo indexada desde el 15 de octubre de 2006 y el pago de la suma de $25’000.000,oo a título de la cláusula penal.

2.2. Costas:

Para condenar en costas en este proceso se debe tener en cuenta que la sentencia fue dictada con anterioridad a la vigencia del Código General del Proceso, se debe examinar por el juez si ellas se han causado puesto que la regla 9ª del artículo 392[4] del Código General del Proceso solo permite su imposición *“9. (…) cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*

Pues bien, el trámite de esta segunda instancia, se desarrolló sin controversia, no se hará condena en costas, a cargo de la parte que le resultó favorable parcialmente el recurso de apelación.

3. Por lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión, de la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo,

[4] ARTÍCULO 392. CONDENA EN COSTAS. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:
1. <Numeral modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.
Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza, sin perjuicio artículo 73.
2. <Numeral modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> La condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación.
3. En la sentencia de segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior, se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.
4. Cuando la sentencia de segundo grado revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.
5. <Numeral derogado por el artículo 44 de la Ley 1395 de 2010>
6. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.
7. Cuando fueren dos o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.
8. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.
9. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
10. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E :

3.1. Confirmar el ordinal primero de la sentencia pero por las razones aquí expuestas[5].

3.2. Revocar parcialmente el ordinal segundo de la sentencia recurrida en el sentido de negar la nulidad absoluta del contrato de promesa de venta celebrado entre José Cayetano Rojas Niño y Gladys Cecilia Suárez, el cual quedará así: *"**SEGUNDO:** Decretar la resolución del contrato de Promesa de Venta celebrado el 15 de septiembre entre José Cayetano Rojas Niño como promitente vendedor y Gladys Cecilia Suárez como promitente compradora, respecto del predio El Mortiñal que hizo parte del predio de mayor extensión denominado El Mirto con folio de matricula inmobiliaria No-074-0014646 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Duitama y en consecuencia dispóngase el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, de la siguiente manera: a-. JOSE CAYETANO ROJAS NIÑO deberá restituir a favor de la promitente compradora la suma de Cuarenta y un millones de pesos ($41.000.000.00) recibidos como arras. Esta suma la deberá restituir indexada, desde el 15 de Septiembre de 2006 hasta la fecha en que haga la restitución. b-. JOSE CAYETANO ROJAS NIÑO deberá restituir a GLADYS CECILIA SUAREZ los cheques que esta le entregó en garantía del fallido contrato girados el 15 de Septiembre de 2006 de la cuenta corriente No-26222041665 de Bancolombia distinguidos con los números EY559104 y EY559105 emitidos cada uno por valor de cuarenta y dos millones de pesos.".*

3.3. En lo demás confirmar la decisión apelada.

---

[5] **PRIMERO DENEGAR** todas y cada una de las pretensiones irrogadas en la demanda principal de Resolución de contrato, formulada por JOSE CAYETANO ROJAS NIÑO en contra de GLADYS CECILIA SUAREZ por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3.4. Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado Ponente

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado

3256-150171