

República de Colombia



Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta
Sala Tercera de Decisión Civil - Familia

Magistrado Ponente
Alberto Rodríguez Akle

Santa Marta, primero (1º) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

RADICADO: 47.001.31.53.001.2019.00210.01 (Fl. 99 Tomo V)

Acta No. 083

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del cuatro (4) de agosto de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta (Magdalena), dentro del proceso verbal de resolución de promesa de compraventa por incumplimiento, promovido por GÁLVEZ GUZMÁN & CÍA S EN C en contra de HUMBERTO ANTONIO NIÑO MEDINA.

ANTECEDENTES

El petitum:

El 1 de noviembre de 2019 el demandante GÁLVEZ GUZMÁN Y CÍA S. EN C. –en calidad de promitente vendedor– interpuso la presente demanda con la finalidad de que se declare resuelto por mutuo disenso tácito el contrato de promesa de compraventa suscrito el 21 de mayo de 2014 con el señor HUMBERTO ANTONIO NIÑO MEDINA, mismo que recayó sobre el inmueble identificado “sujeto a régimen de propiedad horizontal Chalet número 38”.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó condenar a la parte demandada a restituir el bien citado, “al estado en el cual se le entregó”, y que se deje sin efectos la promesa, junto al pago de las costas procesales.

La causa petendi:

Adujo que mediante la promesa de compraventa pretendida en resolución, el señor NIÑO MEDINA se comprometió al pago de \$320.000.000, los cuales estaban diferidos en plazos, que no ha cancelado dicha suma, y que de igual modo no ha solventado las cuotas mensuales de administración del Conjunto Residencial Lagos del Dulzino a partir de la entrega del bien.

Expuso que el accionado se encuentra usufructuando el inmueble porque hizo un abono de \$50.000.000, pero no fue el total acordado, y de igual manera, “ha manifestado que ha realizado acciones

tendientes a disminuir las obligaciones que pesan sobre el bien inmueble, lo cual no encontramos probado, por cuanto, no ha certificado gestión alguna". Manifestó que no se ha consumado la escrituración que se había pactado para el 30 de octubre de 2014 entre las 10:00 y 11:00 de la mañana ante la Notaría 6 de Bogotá, por lo que alega existe el mutuo incumplimiento de las obligaciones de las partes contractuales.

EL TRÁMITE PROCESAL

Por asignación en reparto el asunto fue asignado al Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta. Se admitió la demanda el 3 de diciembre de 2019, y tras las diligencias de notificación, el demandado la contestó.

Propuso como excepciones de mérito el "Pago total de la obligación"; "Hecho superado"; "Mala fe"; "Falta de causa para demandar"; "Inexistencia de la obligación"; "Cobro de lo no debido"; "Presunto fraude procesal"; "Incumplimiento de la parte demandante"; y "Falta de requisito de procedibilidad".

Aceptó la suscripción de la promesa, pero no su incumplimiento. Alegó que sí gestionó ante la administración del Conjunto de Chalets Lagos del Dulzino el pago de los emolumentos referidos al inmueble, al igual que los impuestos debidos al Distrito de Santa Marta, al punto que se levantaron los embargos que pesaban sobre el bien.

Aseveró que acudió el 30 de octubre de 2014 entre las 10:00 y 11:00 de la mañana a la Notaría Sexta de Bogotá para solemnizar la compraventa, *"pero al ser requisito indispensable el pago de estos haberes, no se pudo finiquitar la negociación, llevándose a cabo la firmas (sic) de las escrituras de venta, aclarando que una vez gestionado y cancelados por el (sic) estos pagos, requirió a la sociedad demandante en varias oportunidades para prorrogar el término (Parágrafo 3 clausula (sic) 5° Promesa de C.V) y también le requirió para suscribir la escritura de venta, rehusándose esta sociedad para hacerlo, lo que motivó ante la omisión de suscribir dichas escrituras, se iniciara proceso ejecutivo por obligación de hacer"*, que fue de conocimiento del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta ciudad.

Argumentó que el demandante decidió incumplir unilateralmente por no suscribir el contrato ni la prórroga, y que sí entregó los \$50.000.000, pero no solo ello, sino también las deudas de administración por las que cursaba proceso en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Santa Marta, por el cual estaba a punto de rematarse el inmueble. En ese entendido, en aplicación de las cláusulas particulares del contrato, estima deben sumarse los valores descontados por estas deudas, los cuales hacen parte del precio.

Alegó que pagó \$50.000.000 como cuota inicial, \$113.736.090 por acuerdo gestionado por cuotas de administración en el conjunto, aprobado por la asamblea de copropietarios; \$6.160.000 por honorarios de abogada del proceso ejecutivo, \$9.238.198 más

\$5.366.402 para un total de \$14.604.600 de impuesto predial; y luego de hacer esa relación, adujo que logró obtener un descuento por parte de los copropietarios de \$155.067.420 y por impuesto predial la suma de \$11.687.457 para un total de \$166.754.877, montos que “se tomarían como abono al valor o precio del bien” según el contrato. Concluyó que pagó en total \$351.255.657, lo que sobrepasa los \$320.000.000 pactados en la promesa.

Requirió en tres oportunidades a la demandante para la suscripción del contrato, cosa que no aconteció, y también expuso que el excedente de \$31.255.567 “debe ser devuelto por la sociedad demandante”. (Fls. 50-60 C. Ppal.)

En el traslado de las excepciones de mérito, el demandante expuso que se incumplieron la cláusula cuarta y quinta del contrato, y que los documentos aportados en la demanda “no demuestran del (sic) efectivo cumplimiento de sus obligaciones, por lo cuales le hubiesen permitido tanto ha (sic) este como a la sociedad vendedora comparecer el día 30 de octubre de 2014 a la Notaria Sexta del Circulo de Bogotá para la escrituración de dicha venta”. Reiteró que no se probó su asistencia a la Notaría, ni tampoco el pago hecho a través de medios idóneos.

Frente a las excepciones, puso de presente que, si bien se colocó la posibilidad de hacer un otrosí al contrato para prorrogarlo, ello nunca aconteció.

Surtidas las etapas del proceso, se celebró la audiencia inicial, donde se recaudó el interrogatorio de ambas partes; y de instrucción y juzgamiento. No hubo práctica de pruebas testimoniales u otras. Luego de los respectivos alegatos, el juzgado dictó sentencia.

SENTENCIA DE PRIMER GRADO

La juez de primera instancia declaró próspera la excepción de mérito denominada “incumplimiento de la parte demandante”, e imprósperas las demás. Negó la pretensión de resolución y condenó en costas al demandante.

Luego de establecer las obligaciones surtidas en el contrato de promesa para ambas partes, precisó que no existía un pago total de la obligación, porque si bien se permitió acumular al precio lo que el promitente comprador lograra disminuir de las cuotas de administración, ello solo eran las relativas hasta la entrega del inmueble, y no las causadas con posterioridad, o a lo sumo, ello no estaba demostrado. Por ello, no se podía imputar todo lo pagado por el demandado, como parte de su cumplimiento a la promesa.

Afirmó que no hubo prueba de la asistencia de ambas partes a la notaría, y, además, que no se suscribió ningún otrosí, pero que, claro está, si el promitente vendedor no quiere ir a firmar, debe asumir el incumplimiento que ello acarrea.

Concluyó que hubo un mutuo incumplimiento por ambas partes, pero negó la resolución por mutuo disenso tácito, tras alegar que la jurisprudencia reciente aduce que el simple incumplimiento no puede ser tomado como una intención de deshacer un negocio jurídico, sino que tiene que venir acompañado de otras acciones.

En audiencia se interpusieron los reparos concretos, salvando la oportunidad para extenderlos por escrito dentro de los tres días siguientes. En tiempo, se pidió revocar el fallo, y en su lugar declarar la configuración del mutuo disenso tácito entre las partes. Además, que en aplicación del 1544 del código civil se resuelva el contrato de promesa. Los reparos fueron dos. Por una parte, la falta de congruencia de la sentencia proferida; y por la otra, error en la valoración probatoria.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Realizado el estudio preliminar de rigor, el veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) se admitió la alzada incoada. En virtud de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica por parte del Gobierno Nacional en el decreto 417 de 2020 del 17 de marzo, y proferido el decreto 806, se adecuó el trámite y a través de esta misma providencia –notificado al día siguiente por estado– se corrió traslado por cinco días para sustentar el recurso de apelación. Otros cinco días se otorgaron al contrario para descorrer la sustentación.

Se prorrogó excepcionalmente la resolución del derrotero por auto del dos (2) de marzo de esta anualidad.

EL RECURSO

El apelante sustentó los reparos concretos. Sobre la falta de congruencia, esgrimió en resumen que si bien el juzgado aceptó que ambas partes habían incumplido el contrato en la parte motiva, con la resolutive “profirió un fallo que produjo un estancamiento e inestabilidad jurídica a los interesados, providencia que desconoce el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia-Sala Civil, toda vez que, en el presente caso podemos hablar de la configuración del mutuo incumplimiento contractual mas (sic) aun cuando lo pretendido por el Demandante (sic) persigue su declaración. (...) Como consecuencia, debió el Ad-quo (sic) fallar en concordancia con la motivación de la sentencia, es decir, declarar resuelto el contrato de promesa de compraventa por mutuo incumplimiento de las partes.”, porque ambas se encontraron en un mismo plano de incumplimiento a lo largo de seis (6) años.

Sobre el error en la valoración probatoria, indicó que, si bien afirmó que no se demostró la asistencia de las partes a la notaría, la única prueba para hacerlo es la presente en el artículo 45 del decreto 2148 de 1983, misma que no se tuvo. Además, aduce que el Juzgado valoró erradamente una serie de comunicaciones enviadas entre las partes con fechas de dos y hasta cinco años después de la celebración de la promesa, porque esos escritos solo demuestran el incumplimiento al

no pagar el precio pactado en término. Citó los precedentes SC3666-2021, SC1662-2019 y SC2307-2018 con la finalidad de su aplicación.

En el traslado a la sustentación, el no apelante se opuso, y solicitó confirmar en todas sus partes la sentencia proferida. Adujo que no hubo sustentación del primer reparo, y defendió la práctica de pruebas respecto del segundo.

Al no avizorar el incumplimiento de alguno de los presupuestos procesales o materiales que permitan a la Sala resolver de fondo el litigio puesto a consideración, se desatará el recurso previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Como primera acotación, la Sala se referirá a cada uno de los reparos concretos esgrimidos por el apelante, en la medida que correspondieron a los expresados ante el juez de primera instancia, en cumplimiento del artículo 322 del Código General del Proceso. Ello, muy a pesar del señalamiento hecho en el traslado al no recurrente sobre el primero, por cuanto la norma en cita sí habilita al apelante a extender por escrito sus reparos dentro de los 3 días siguientes, tal cual como se demostró en el expediente¹, y esos fueron objeto de sustentación ante esta Corporación.

Frente al primer reparo, lo primero a mencionar es que el apelante no reprocha el hecho de que el juzgado hubiera declarado el incumplimiento de ambas partes; sino más bien que no se falló de manera congruente a esa determinación, porque a su juicio, debió resolverse el contrato por mutuo disenso tácito.

Sobre ello, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de antaño ha aceptado que, si existe un simultáneo y recíproco incumplimiento, se atiende a la figura del mutuo disenso tácito, con la finalidad de solucionar el estancamiento en que se han visto las partes por no querer mutuamente cumplir lo suyo. Pero, como se explicará, debe existir una clara prueba del común ánimo de no querer el contrato inicialmente celebrado.

El mutuo disenso implica la voluntad de ambas partes de finiquitar el negocio que previamente habían elaborado. La ley prevé que los contratantes, de la misma forma en que hacen el contrato, lo deshagan. Cuando el mutuo disenso es expreso, no surge mayor inconveniente, porque de su propia y recíproca voluntad terminan el convenio. Pero si es tácito, es necesario percibir ese ánimo *en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además [de] concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de anular su fuerza obligatoria.* (Sentencia 23 del 7 de marzo de 2000. Exp. 5319, reiterada en la SC3666-2021. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo)

¹ Se envió un memorial de sustentación del recurso al juzgado de primera instancia el 9 de agosto, al tercer día después de la audiencia del 4.

La Corte en el citado precedente, en lo relativo al mutuo disenso tácito, reiteró el fallo del 26 de julio de 1985, donde se consagró que

“[S]e da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, sólo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara de anónadar el vínculo contractual. En efecto, si los contratantes al celebrar la convención lo hacen inspirados en el cumplimiento mutuo de las obligaciones nacidas de ella, la posición tozuda y recíproca de las partes de incumplir con las obligaciones exterioriza un mutuo disenso de aniquilamiento de la relación contractual. Esto es así, porque no es propósito de la ley mantener indefinidamente atados a los contratantes cuyo comportamiento, respecto de la ejecución de las obligaciones, sólo es indicativo de disentimiento mutuo del contrato (G.J. CLIX, 314). Por todo lo dicho, el mutuo disenso mantiene toda vigencia como mecanismo para disolver un contrato que se ha incumplido por ambas partes y ante **la inocultable posición** de no permanecer atadas al negocio; la intervención, pues, del Juez se impone para declarar lo que las partes en una u otra forma han reflejado: desatar el vínculo para volver las cosas al estado que existía al momento de su celebración. CSJ SC del 16 de julio de 1985, reiterada en la SC3666-2021. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo)

Pues bien, en el caso de marras, el promitente comprador, a más de tener desidia, desinterés o ánimo de desistir del contrato, ha pretendido que se cumpla, mostrando con su actuar que no quiere su aniquilamiento. Tal conclusión se obtiene al observar que interpuso una demanda ejecutiva por cumplimiento de obligación de suscribir la escritura pública prometida, misma que cursa en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta ciudad. Además, en la contestación a la demanda se opuso a las pretensiones, y relacionó una serie de pagos y acuerdos celebrados con la administradora de la propiedad horizontal, y la Secretaría de Hacienda del Distrito de Santa Marta en virtud del inmueble en disputa, y para obtener su desembargo, pero todos esos fueron extemporáneos, como adelante se analizará. Así mismo, aportó varios requerimientos por escrito hechos a la demandante para prorrogar el término para el pago de las obligaciones.

De la valoración en conjunto de cada una de esos suasorios, entiende la Sala que el ánimo del promitente comprador no es el de desistir del negocio, sino por el contrario, hacerlo cumplir. Sería ilógico presentar una demanda ejecutiva, que en últimas lo que busca es el cumplimiento del acuerdo, y a la vez afirmar que no se pretende aquel. Más cuando se han hecho pagos de las obligaciones *propter rem* del inmueble, mismas que según se acordó serían imputadas al precio de la venta.

Así las cosas, para la Sala no se puede aplicar en esta oportunidad la figura del mutuo disenso tácito. Ello, porque la jurisprudencia de la Corte exige la demostración del ánimo de aniquilamiento del negocio originado en ambas partes, y no solo en una de ellas. Comoquiera que el promitente comprador ha realizado actos que inequívocamente llevan a concluir que no quiere desistir del negocio, no se estructura el supuesto jurídico para la materialización del disenso.

Decantado lo anterior, no podría la Sala sin más desatender el recurso, comoquiera que se debe interpretar la demanda, por ser obligación legal y constitucional. Es que, en la pretensión se invocó el resolver el contrato por mutuo disenso tácito; pero, en una clara valoración del libelo genitor, el pretensor busca a fin de cuentas la resolución del acuerdo, y no podría la Sala ignorar tal solicitud, debiéndose aplicar el principio procesal de *iura novit curia*. Además, precisamente el reparo versa sobre la inacción del juzgado en finiquitar la relación negocial al estarse demostrado el incumplimiento de ambos, debiéndose proveer sobre tal aspecto.

Cuando se demuestra un mutuo y simultáneo incumplimiento contractual, la posición mayoritaria y actual de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia es declarar la resolución, por aplicación analógica del artículo 1546 del Código Civil. En dos providencias, una de 2019, y otra de 2021, aquella Sala sentó su posición. Como un primer fallo, en la SC1662 de 2019, con ponencia de Álvaro Fernando García Restrepo, ante el incumplimiento recíproco de ambas partes en un contrato de promesa como el analizado, concluyó:

En orden de lo expuesto, es necesario puntualizar que cuando el incumplimiento del contrato sinalagmático provenga de una sola de las partes, la norma aplicable es el artículo 1564 del Código Civil, caso en el cual el contratante que satisfizo sus obligaciones o que procuró la realización de las mismas, puede ejercer, en contra del otro, las acciones alternativas de resolución o cumplimiento forzado que la norma prevé, en ambos supuestos con indemnización de perjuicios, acciones en frente de las que cabe plantearse, para contrarrestarlas, la excepción de contrato no cumplido.

En la hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa una situación no regulada expresamente por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir, que está al alcance de cualquiera de los contratantes, **solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y, mucho menos, a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esa limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ibídem.**

La especial naturaleza de las advertidas acciones, en tanto que ellas se fundan en el recíproco incumplimiento de la convención, descarta toda posibilidad de éxito para la excepción de contrato no cumplido, pues, se reitera, en tal supuesto, el actor siempre se habrá sustraído de atender sus deberes negociales.

Ahora bien, cuando a más del incumplimiento recíproco del contrato, sus celebrantes han asumido una conducta claramente indicativa de querer abandonar o desistir del contrato, cualquiera de ellos, sin perjuicio de las acciones alternativas atrás examinadas, podrá, si lo desea, demandar la disolución del pacto por mutuo disenso tácito, temática en relación con la cual basta aquí con refrendar toda la elaboración jurisprudencial desarrollada por la Corte a través de los años.

No bastando el caso anterior, con la SC3666-2021, con idéntica ponencia, la mayoría de la Sala reiteró su posición. Esgrimió

Establecido como quedó con el correspondiente recorrido cronológico jurisprudencial, que en el ordenamiento jurídico patrio es de recibo, al día de hoy, **la figura iuris de la simple resolución contractual en situación de recíproco incumplimiento de las partes**, resta por precisar algo más y que es trascendental a la hora de evaluar cualquier caso con pretensiones de encuadrar en el criterio doctrinal vigente de la Corte; esto es, que no basta un incumplimiento en cada uno de los extremos contractuales para propiciar una resolución, sino que se requiere que ese desconocimiento de las obligaciones sea recíproco y **simultáneo**, porque si contractualmente los interesados establecieron un orden prestacional, no hay manera de predicar un incumplimiento mutuo, ya que la infracción contractual del primero en el tiempo justifica la renuencia del segundo a cumplir, y permite que este último ejercite las acciones alternativas previstas en el artículo 1546 del Código Civil: ejecutar o resolver, con indemnización de perjuicios.

Lo anterior se revalidó expresamente en el muy reciente fallo de casación de 7 de diciembre de 2020 (SC4801), donde a manera de síntesis se dijo sobre la resolución del contrato, lo siguiente:

En resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió; **así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar**; y puede demandarla en el evento de **desacato recíproco y simultáneo** si se funda en el desacato de todas las partes, en este evento sin solicitar perjuicios (CS SC1662 de 2019)

Como corolario, hasta aquí es posible decir que, conforme al criterio actual de la Sala, **la procedencia de la resolución del contrato por mutua desatención de sus obligaciones, presupone la hipótesis de dos contratantes puestos en el mismo plano de incumplimiento (habida cuenta la naturaleza de la prestación desatendida y el tiempo para acatarla), con lo que ninguno de ellos está en mora, y por lo mismo, sin posibilidad de reclamar del otro nada diferente a la restitución de las cosas al estado anterior del respectivo convenio.** (Se resalta)

De ambos fallos de la Corte, se puede concluir que el código no establece una consecuencia jurídica al hecho de incumplimiento recíproco entre las partes, y, por ende, de manera analógica la Corte interpretó que se debe de todas maneras resolver el contrato sin indemnización de perjuicios al no estar en mora según el 1609. Para que se pueda aplicar un criterio como el anterior, se debe demostrar un incumplimiento recíproco y simultáneo de ambas partes, puesto que uno previo justifica el posterior del contrario, en aplicación del principio de equivalencia que rige los contratos conmutativos. En la providencia citada, la Sala trajo a colación una providencia del 29 de abril de 1978, donde se esgrimió

En los contratos bilaterales en que las recíprocas obligaciones deben ejecutarse sucesivamente, esto es, primero las de uno de los contratantes y luego las del otro, el que no recibe el pago que había hacérsele previamente sólo puede demandar el cumplimiento del contrato si él cumplió o se allanó a cumplir conforme lo pactado, pero puede demandar la resolución si no ha cumplido ni se allana a hacerlo con fundamento en que la otra parte incumplió con anterioridad; b) en los contratos bilaterales en que las mutuas obligaciones deben ejecutarse simultáneamente, o sea a un mismo tiempo, si una parte se allanó a cumplir en la forma y tiempo debidos y la otra no, aquélla tiene tanto la acción de cumplimiento como la resolutoria, mas si ninguna de

las partes cumplió ni se allanó a hacerlo, una y otra meramente pueden demandar la resolución del contrato. Todo lo anterior va sin perjuicio de la tesis del mutuo disenso, que la Corte ha venido sustentando.

Pues bien, en esta oportunidad existe un mutuo y simultáneo incumplimiento de las partes. El promitente vendedor se obligó al saneamiento del inmueble conforme la cláusula 4 del contrato, aspecto que incumplió en tiempo, y a su vez, el promitente comprador se obligó a pagar la integridad del precio antes de la fecha de escrituración; y comoquiera que no lo hizo en el plazo acordado, ambos tenían excusa suficiente para desatender el pacto.

Bien pudiera decir el promitente vendedor que no asistió a la notaría por que el promitente comprador no le había pagado el saldo del precio; como bien pudiese afirmar este último que no lo hizo porque no se habían levantado los embargos sobre el inmueble. De tal manera que, al no sanearlo en el tiempo establecido, y a la vez, al no pagar el saldo en mismo periplo, ambas partes incumplieron, pudiendo entre sí exigir la resolución sin indemnización de perjuicios.

Guarda poco interés el hecho de que el promitente comprador haya asistido a la notaría, porque si no había cancelado el precio previamente, no hubiera podido exigir al promitente vendedor que asistiera a firmar, máxime cuando estaban vigentes los embargos que recaían sobre el objeto negociado. Hubo entonces un típico evento de incumplimiento mutuo y simultáneo.

La Sala llega a las anteriores conclusiones, en primer instante, porque la obligación de saneamiento fue pactada. En la cláusula 4 se obligó el promitente vendedor a “cancelar el embargo ejecutivo del Conjunto de Chalets Lados del Dulzino, registrado en el folio de matrícula, anotación No. 4 del 23 de mayo de 2001 y el embargo por impuestos municipales, registrado en el folio de matrícula, anotación No. 6 del 20 de enero de 2006, (...) En cuanto a los embargos tiene uno con el Conjunto de Chalets Lagos del Dulzino y la Secretaría de Hacienda de Santa Marta, **los cuales se compromete a levantar antes de la fecha de la escrituración**”

Pues bien, en el folio de matrícula aportado al proceso, se observa que las citadas anotaciones no fueron levantadas antes de la fecha de escrituración, que se había pactado en la cláusula octava para el 30 de octubre de 2014 entre las 10:00 y 11:00am en la Notaría 6 de Bogotá, sino con posterioridad. En efecto, fueron canceladas con el oficio fechado 12 de diciembre de 2017 por parte del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Santa Marta, registrado el 14 de diciembre de ese año; y por cancelación emanada del Distrito de Santa Marta el 11 de octubre de 2019, respectivamente. Esto es, tres y algo más de cuatro años después de lo acordado.

Por ese solo hecho, se observa el incumplimiento del demandante, porque se había comprometido a entregar, antes de la fecha de escrituración, el bien saneado, cosa que no aconteció. Ello, aunado a su confesa inasistencia a la Notaría en el día y hora pactados. Se hace el análisis precedente porque, inclusive asistiendo a la notaría

en aquel momento, incumpliría su obligación de levantar los gravámenes antes de esa calenda. Sin mayor elucubración, se tiene por demostrado el incumplimiento del demandante promitente vendedor.

Por otra parte, el promitente comprador no pagó en el tiempo establecido el saldo del precio, y en consecuencia no se comparte la tesis que cumplió el contrato, según los cálculos hechos en la contestación. Todas las gestiones hechas fueron extemporáneas. Nótese que fueron las mismas partes las que en la cláusula 9 dijeron que "Si alguno de los contratantes no cumpliere en todo o en parte sus obligaciones dará lugar a la Resolución del presente Contrato (...)". En ese sentido, no podría luego pretender que se incumpla esa previsión, porque su cumplimiento fue tardío, implicando entonces a la luz del negocio la resolución.

El demandado se comprometió a, entre otras, pagar los \$320.000.000 del precio de tres formas. \$50.000.000 de contado el 30 de junio de 2014; y el restante, estos son, \$270.000.000 así: "a) dentro de los tres (3) meses siguientes contados desde el primer pago [esto es, el 30 de septiembre de 2014] y cuando se hayan liquidado los valores adeudados a la Administración del CONJUNTO DE CHALET LAGOS DEL DULCINO PROPIEDAD HORIZONTAL y de los valores que se adeudan a la Secretaría de Hacienda de Santa Marta, los cuales se cancelaran (sic) por EL PROMITENTE COMPRADOR y el valor que se cancele se imputará al valor del contrato. b) El saldo que resulte de los dos pagos antes mencionados, se cancelará dentro del mes siguientes (sic) al pago establecido en el literal a) de ésta (sic) cláusula) [esto es, a más tardar el 30 de octubre de 2014].

De todas maneras las partes previeron la falta de liquidación de las obligaciones: "En el evento de que hayan transcurrido los tres (3) meses estipulados en el literal a) de la presente cláusula, y no se haya obtenido una liquidación judicial definitiva que establezca la suma de dinero que se debe pagar por concepto de cuotas de administración, ni se haya logrado llegar a un acuerdo dentro de los límites previstos, LOS PROMITENTES COMPRADORES suscribirán una prórroga por escrito en los términos para cancelar los saldos, los cuales se ampliarán en los plazos que se acuerden (...)"

Pero tal acuerdo no se materializó, por lo que debían cumplirse las obligaciones en los tiempos pactados. De las pruebas analizadas, existen correos electrónicos entre la Administración de la propiedad horizontal y el demandado, uno fechado 20 de diciembre de 2017 (Fl. 61), con una certificación de la decisión tomada por la Asamblea General de Copropietarios de condonar intereses a la deuda, tomada el 31 de marzo de 2016, y fechada abril 4 de ese mismo año (Fl. 62-63 ídem), luego una respuesta a una petición fechada 19 de julio de 2016, donde se certifica el total a pagar según el acuerdo logrado por el señor Niño, cuatro (4) recibos de pago fechados 21 de septiembre de 2016, 26 de septiembre de 2016, 24 de octubre de 2016, y 27 de octubre de 2016, por valores de \$56.868.045, \$480.000, \$56.868.045, y \$480.000 respectivamente.

Aunado, están presentes una serie de requerimientos hechos por el señor Niño dirigidos a la promitente vendedora, con la finalidad de suscribir la escritura pública que formalice la promesa, donde se informan los pagos anteriormente señalados; una citación para la firma del contrato fechada 16 de septiembre de 2016, otra del 13 de enero de 2020, una certificación del 3 de noviembre de 2016 sobre el paz y salvo por concepto de administración hasta el 30 de noviembre de ese año, y otra en idéntico sentido expedida el 29 de diciembre de 2016, otorgando el paz y salvo hasta el 31 de enero de 2017, y otra hasta el 31 de marzo de 2020. También tres cheques donde se relacionan los pagos hechos a la administración del conjunto, y otros recibos de pago sellados por la alcaldía distrital de Santa Marta por las obligaciones tributarias. También el acto administrativo 2628 del 21 de mayo de 2019, donde se decreta una prescripción de una parte del impuesto.

Una valoración conjunta de los anteriores suasorios y de los interrogatorios de parte, permite concluir con tranquilidad que todas las gestiones realizadas fueron después del 30 de octubre de 2014 – fecha en que a más tardar debían hacerse según el acuerdo– inclusive la de los requerimientos para realizar la escrituración. En ese sentido, el promitente comprador incumplió su obligación de pagar el saldo dentro del plazo establecido, muy a pesar de que se le permitió imputar los pagos hechos a las deudas citadas. Indiscutiblemente que, como en su momento se argumentó, el interés del demandado era la satisfacción del contrato. Empero, eso no resta al hecho de que las ejecutó extemporáneamente, y el artículo 1613 del código civil es claro en establecer que existe incumplimiento total, parcial, y tardío, hipótesis última acontecida en esta oportunidad.

Superado lo anterior, y partiendo de la base que existe un mutuo incumplimiento entre ambas partes, debe la Sala aplicar los precedentes judiciales citados, y, en consecuencia, resolver el contrato de promesa, para disponer las debidas restituciones mutuas. Así, sale avante el reparo señalado, porque según los precedentes citados, debía, además de declararse el mutuo incumplimiento, resolverse el contrato, aspecto soslayado por la juez de instancia.

Nótese que no tanto por existir incongruencia en la sentencia *per se*, porque la juez en la motiva fue consecuente en estimar que no debía resolverse el acuerdo por el incumplimiento del promitente vendedor, y en el numeral tercero de la resolutive impuso su determinación al negar la pretensión. Empero, sí pidió el apelante revocar el fallo para en su lugar ordenar la finalización, y posteriores restituciones mutuas, por lo que incumbe a la Sala resolver el reparo en la forma antedicha.

Sobre el segundo reparo, que versa sobre la valoración probatoria por la inasistencia a la notaría, tal aspecto se subsume en las anteriores elucubraciones, comoquiera que ya se estableció el mutuo incumplimiento contractual. En consecuencia, no causa diferenciación al litigio el hecho de la valoración sobre tal tópico, por lo que la Sala prescindirá de él.

Para los efectos de las restituciones mutuas la Corte ha dicho que:

“resulta pertinente recordar que la referida disolución aparejada, como regla de principio, por aplicación del artículo 1544 del Código Civil, [implica] el regreso de los contratantes a la situación precedente a la celebración del convenio, lo que impone la restitución material y jurídica –si a esto hubiera lugar– de todo lo que las partes han recibido o percibido con motivo del acuerdo. Efectivamente, sobre el tema la Sala tiene dicho que:

Asunto bien conocido es, en efecto, que la resolución del contrato, a la vez que apareja como principal consecuencia la extinción del conjunto de obligaciones surgidas del mismo –efectos ex nunc–, tiene además eficacia retroactiva –ex tunc– en aquellos eventos en que, no siendo negocios de tracto sucesivo, verifican actos de cumplimiento entre las partes; se trata, pues, de colocar a los contratantes, en cuanto sea posible, en la posición en que se hallaban antes de celebrar el contrato. Es así como el artículo 1.544 establece como principio general el de que “cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición”. (CSJ, SC. En 4 de jun. 2004. Rad. 7748, reiterada en SC11287 de 17 ago. 2016, rad. 2007-00606-01)

Como se extrae de la disposición en cita, es premisa fundamental, tratándose de restituciones mutuas sobrevenidas de la declaratoria de resolución de un contrato, incluso por mutuo disenso, que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban para el momento de su celebración o, dicho con otras palabras, **que se provea para que los contratantes se vean restituidos al estado en que se hallarían de no haber realizado la negociación disuelta.**

En ese camino debe predicarse, como regla general respecto de contratos de promesa de venta, que **nace como obligación para el prometiende enajenante devolver las sumas de dinero recibidas como consecuencia del negocio jurídico que habrá de disolverse; mientras que al prometiende adquirente corresponde restituir el bien que se le entregó, con los frutos percibidos.** (Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. SC2307-2018. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo)

Pues bien, conforme lo anterior debe la Sala proveer con la finalidad de que ambas partes se vean restituidos al estado en que se hallarían de no haber realizado la negociación disuelta. Esta determinación no afecta el principio procesal de *no reformatio in pejus*. El artículo 328 del C.G.P. establece que “El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que **en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.**”

Al salir avante la apelación, las restituciones mutuas se tornan un aspecto indispensable a reformar por estar íntimamente relacionadas con la resolución del contrato. Así mismo, no podría el apelante pretender la restitución del inmueble a su favor, aspecto negado por el a quo, y a la vez desconocer que a su contrario también les corresponden. Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia expuso:

Se concluye que el juez de segunda instancia no afronta un dilema entre la prohibición de la *reformatio in pejus* y la necesidad de proveer oficiosamente sobre las restituciones mutuas, pues indistintamente de que el a quo pasara por alto pronunciarse sobre ellas o las hubiese ponderado y descartado, es al interesado a quien corresponde insistir para se le concedan (sic), mediante la petición de adición frente al

mismo funcionario o por apelación ante el superior. De tal forma que, si este otorga las devoluciones por fuera del marco de la alzada, sin duda trasgrede esa proscripción. Diferente es que, como resultado del recurso vertical, sea el ad quem quien anule el contrato y surja por primera vez la necesidad de realizar un pronunciamiento sobre las prestaciones recíprocas, situación en la que si las dispensa a favor del no apelante no cae en una reforma en perjuicio del contradictor, pues será consecuencia de su deber de proveer "aún de oficio" en torno a ellas. SC2217 de 2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque

De lo que se extrae que, si se reprocha la negatoria de la prestación, la Sala puede entrar a proveer sobre tal. Nótese que la Corte ha dicho que *Como la celebración de un acuerdo de voluntades conlleva la mayoría de las veces la ejecución de todas o, al menos, parte de las obligaciones que constituyen su objeto, cuando judicialmente es dejado sin efecto, en desarrollo del principio constitucional de equidad (SC 15 jun. 1995, exp. 4398) y atendiendo el derecho de las partes a ser restituidas al "mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo" que impera el artículo 1746 civil, la jurisprudencia ha erigido el deber del juez de proveer "aún de oficio", es decir, aunque no haya sido objeto de petición formal de los contendientes, sobre las "restituciones mutuas", propósito para el cual ha destacado la necesidad de aplicar las "mismas disposiciones que gobiernan las prestaciones mutuas en la reivindicación", como se indicó en SC5060-2016."* SC2217 de 2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque

En ese sentido, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará al promitente comprador restituir el inmueble que le fue entregado a la fecha de la promesa. Ello, porque no fue discutido por las partes que se entregó a la suscripción del acuerdo, y fue aceptado en los interrogatorios de parte percibidos en la audiencia.

Por otra parte, iniciará la Sala a verificar los pagos hechos por el promitente comprador en virtud del acuerdo. Como primera medida, indiscutiblemente que debe retornársele el monto de \$50.000.000 por cuota inicial, indexados, junto a los intereses civiles del caso al 6% anual. No existe controversia sobre su pago, comoquiera que el extremo activo aceptó su entrega con el hecho quinto de la demanda. Además de lo anterior, en virtud del acuerdo el señor Niño fue facultado para realizar a nombre de la sociedad demandante pagos a la administración de la propiedad horizontal, y a la alcaldía de Santa Marta. Si bien no fueron reconocidos, la Sala cuenta con pruebas suficientes que permiten inferir que sí se hicieron, aunque hayan sido extemporáneos.

Además de los acuerdos reseñados, se tiene que el administrador de la propiedad horizontal estableció la deuda del inmueble en \$113.736.090 (Fl. 63 C. Ppal.), realizando una serie de condonaciones; y están cuatro (4) recibos de pago fechados 21 de septiembre de 2016, 26 de septiembre de 2016, 24 de octubre de 2016, y 27 de octubre de 2016, por valores de \$56.868.045, \$480.000, \$56.868.045, y \$480.000 respectivamente. También están tres copias de cheques, vistos a folio 85, dos dirigidos al conjunto residencial –fechados para septiembre y octubre de 2016, y otro por valor de \$6.160.000 a favor

de Lucía del Pilar Castillo Vega –calendado abril del mismo año–, quien fue la abogada que llevó el proceso ejecutivo, según el dicho de la parte.

Considera la Sala que los pagos mencionados deben ser reintegrados al promitente comprador, comoquiera que los hizo en virtud del acuerdo aquí resuelto. Según ya se decantó, fue el señor Niño quien gestionó para cubrir las obligaciones *propter rem* del inmueble; ello, en virtud de mismo contrato, porque todo lo que solventara se imputaría al pago del precio, de tal manera que si no hubiera acordado éste, tampoco habría cubierto ni las cuotas de administración, ni los impuestos prediales debidos, ni mucho menos hubiera velado por el levantamiento de las medidas cautelares, al no ser de su incumbencia.

Sobre la indexación, es obligación de la Corporación traer a valor presente dicha suma, aplicando la fórmula con el IPC según la información reportada por el DANE. Inicialmente, sobre los \$50.000.000, el cálculo es así:

VR = VH x (IPC actual/IPC inicial)

- VR: corresponde al valor a reintegrar.
- VH: monto cuya devolución se ordenó inicialmente.
- IPC: Índice de Precios al Consumidor.

Para el caso concreto se utilizarán los IPC correspondientes a junio de 2014 por ser la fecha en que se entregó el dinero, y mayo de 2022, al ser el último IPC reportado por el DANE².

$$\text{Valor: } \$50.000.000 \times \frac{118,70}{81,61} = \$72.723.930,89$$

Sobre los recibos de pago, se aplicará la misma fórmula. Frente al hecho en septiembre de 2016, el cálculo arroja la siguiente cifra:

$$\text{Valor: } \$56.868.045 \times \frac{118,70}{92,68} = \$72.833.803,85$$

Y sobre el previsto en octubre de 2016:

$$\text{Valor: } \$56.868.045 \times \frac{118,70}{92,62} = \$ 72.880.986,19$$

Respecto de los \$6.160.000 fechado en abril, el valor sería:

$$\text{Valor: } \$6.160.000 \times \frac{118,70}{91,63} = \$ 7.979.831,93$$

También se ordenará el reintegro del pago hecho a la Alcaldía de Santa Marta por los impuestos prediales, que ascienden a la suma de \$14.604.600. Según las constancias obrantes en el legajo, se pagaron \$9.238.196 el 30 de diciembre de 2015, y \$5.366,402 el 29 de mayo de 2015. La indexación sería así:

² <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/indice-precios-consumidor-ipc>

$$\text{Valor: } \$9.238.196 \times \frac{118,70}{88,05} = \$ 12.453.990$$

$$\text{Valor: } \$5.366,402 \times \frac{118,70}{85,12} = \$ 7.483.457,68$$

Todas las anteriores corresponden a un total indexado del \$246.355.997. No se ordena restituir los montos que fueron condonados por los acreedores, comoquiera que no se trató de sumas sufragadas por el demandado, de tal forma que, con o sin el contrato, no se alteró su patrimonio.

Por otra parte, no fue solicitado ni en la demanda ni en la contestación la entrega de mejoras ni frutos. Si bien se tiene la obligación de pronunciarse frente a ellos, lo cierto del caso es que las partes tenían la carga de su demostración conforme el artículo 167 del C.G.P., que otorga precisamente a ellas la necesidad de traer los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen al proceso. La Corte Constitucional en sentencia C-086 del 24 de febrero de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en punto de la carga procesal en comento, explicó que:

Fue decisión consciente y deliberada del Legislador mantener como principio general de la carga de la prueba el *onus probandi*, según el cual “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”. En breves líneas, su alcance ha sido explicado por la jurisprudencia en los siguientes términos:

“Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: ‘*onus probandi incumbit actori*’, al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; ‘*reus, in excipiendo, fit actor*’, el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, ‘*actore non probante, reus absolvitur*’, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción”³. Sin embargo, este postulado no es absoluto por cuanto admite al menos dos excepciones que la misma ley contempla, a saber: (i) la carga dinámica de la prueba y (ii) los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas. La acreditación de los hechos (de acción o de excepción) es una carga procesal que bien puede ser asignada a las partes que los invocan. En efecto, sobre la base de que el ejercicio de cualquier derecho implica responsabilidades –el acceso a la administración de justicia es uno de ellos–, esta exigencia no es sino una manifestación concreta del deber general previsto en el artículo 95-7 de la Carta Política, de “*colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia*”. A juicio de la Corte el principio del *onus probandi* como exigencia general de conducta prevista por el Legislador en el Código General del Proceso no se refleja como irrazonable ni desproporcionada. En efecto, responde a fines constitucionalmente legítimos: ejercer los derechos con responsabilidad y colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, contribuir al esclarecimiento de la verdad en el marco de un proceso judicial, asegurar la prevalencia del derecho sustancial y velar por la vigencia de un orden justo.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1993.

Es también una carga adecuada para lograr esos mismos cometidos, si se tiene en cuenta que quien invoca un hecho lo hace -lo debe hacer- sobre la base de un conocimiento previo del mismo y por lo general dispone de algunos elementos mínimos para dar crédito a sus afirmaciones, en especial cuando pretende obtener algún beneficio de ellos; igualmente, contribuye eficazmente con el juez en su tarea de dilucidar la verdad, garantizar la primacía del derecho sustancial y resolver los litigios dentro de un término razonable (celeridad).

Además, tal exigencia no resulta desproporcionada precisamente porque el propio ordenamiento ha previsto algunas excepciones para aquellos eventos en los cuales la prueba es superflua (hechos notorios), o cuando una persona enfrenta serias dificultades para demostrar un hecho, por ejemplo por razones lógicas (afirmaciones y negaciones indefinidas), técnicas (cuando se requiere conocimientos especializados), económicas (costo significativo) o incluso jurídicas (acceso restringido a la información), entre otras. (Corte Constitucional. C-086 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)

De esta manera, no existen pruebas que den cuenta sobre los frutos o mejoras sobre el inmueble, de tal forma que, en aplicación del sucedáneo probatorio, incumbe negar dichas restituciones mutuas, e imponer las anteriores, como ya fue estudiado. Todas las anteriores restituciones se hicieron con la finalidad de que los contratantes "se vean restituidos al estado en que se hallarían de no haber realizado la negociación disuelta." Recuérdese que para decretarse los frutos y mejoras se hace indispensable que exista prueba de su monto, porque las decisiones judiciales deben ser fundadas en las pruebas regulas y oportunamente allegadas al proceso, sin que en esta oportunidad haya sido cumplido la carga por los interesados.

En resumen, será necesario revocar parcialmente el fallo de instancia. Se demostró el incumplimiento simultáneo de ambas partes contractuales, la una por no sanear el inmueble tempestivamente, y la otra por no pagar el precio en el tiempo acordado. El precedente imperante en la actualidad visto en la SC3666-2021, y SC1662-2019 obliga a resolver los contratos cobijados bajo ese supuesto, en aplicación analógica del 1546 civil. Ello, implicó ordenar las prestaciones mutuas a las partes con el fin de dejarlas en similar estado hasta antes del acuerdo, sin afectar la no reformatio in pejus. Se confirmarán los dos primeros numerales del fallo impugnado, mientras que el tercero será revocado, para en su lugar acceder a la pretensión de resolución.

Sin costas en esta instancia al salir avante el reparo. Sobre las de primera, el numeral 5 del artículo 365 dispone que "5. 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.". No impondrá la Sala costas en esta oportunidad, comoquiera que ambas partes salieron beneficiadas y perjudicadas en similares condiciones, y tampoco es aplicable el numeral 4 del artículo en comento, habida cuenta que no se revocó totalmente la sentencia del inferior.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Civil- Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

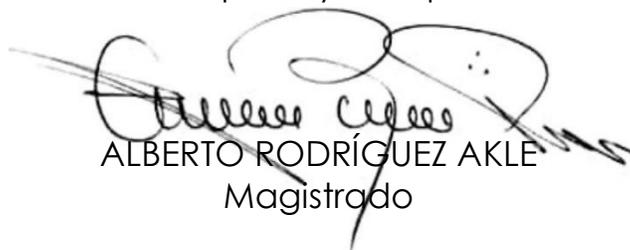
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia del cuatro (4) de agosto de dos mil veintiuno (2021), por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta (Magdalena), dentro del proceso verbal de resolución de promesa de compraventa por incumplimiento promovido por GÁLVEZ GUZMÁN & CÍA S EN C en contra de HUMBERTO ANTONIO NIÑO MEDINA, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR los dos primeros numerales de la sentencia, y **REVOCAR** el tercero, para en su lugar declarar resuelto el contrato de promesa de compraventa suscrito entre GÁLVEZ GUZMÁN & CIA S. EN C. y HUMBERTO ANTONIO NIÑO MEDINA. **CONDENAR** a HUMBERTO ANTONIO NIÑO MEDINA a restituir el inmueble de que trata este asunto, identificado con folio 080-0041852 Chalet número 38 del Conjunto Residencia Lagos del Dulcino. A su vez, **CONDENAR** a GÁLVEZ GUZMÁN & CÍA S. EN C. a **RESTITUIR** al señor HUMBERTO ANTONIO NIÑO MEDINA el monto de DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$246.355.997), según lo motivado en precedencia.

TERCERO: Sin condena en costas en ninguna de las instancias.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase de inmediato el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y Cúmplase



ALBERTO RODRÍGUEZ AKLE
Magistrado



TULIA CRISTINA ROJAS ASMAR
Magistrada



CRISTIAN SALOMÓN XIQUES ROMERO
Magistrado