



JUZGADO DÉCIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN

Medellín D. E. de C., T. e I.¹, veintisiete de octubre de dos mil veintidós

Radicación n°.	05001-31-03-010-2021-00041-00.
Proceso.	Verbal.
Demandantes.	Compañía de Alimentos Colombianos S.A., Calco S.A.
Demandado.	Marco Polo Arte S.A.S. y otras.
Decisión.	Accede a revisión contractual y termina contratos.
Temas.	Si bien los contratos de promesa son válidos y existentes, al final del día no se pueden resolver, dado que la ejecución de los mismos estaba afectada por circunstancias extraordinarias que obligan a aplicar la teoría de la imprevisión, no para ajustarlos, sino para terminarlos y ordenas las restituciones mutuas correspondientes.
Sentencia n°.	SC-287.

I. ASUNTO A RESOLVER.

Atendiendo la alternativa consagrada en el inciso 3º, numeral 5, del artículo 373 del Código General del Proceso, se procede a dictar sentencia escrita en el proceso verbal de COMPAÑÍA DE ALIMENTOS COLOMBIANOS S.A., CALCO S.A., frente a MARCO POLO ARTE S.A.S., ANA ISABEL, MARÍA CONSTANZA, MARÍA ADELAIDA y ANGELA MARÍA DIEZ ZULUAGA.

II. ANTECEDENTES.

1.- SÍNTESIS DE LA DEMANDA.

1.1. LAS PRETENSIONES. Mediante escrito presentado el 22 de febrero de 2021, pero reformado el 5 de noviembre del mismo año, COMPAÑÍA DE ALIMENTOS COLOMBIANOS S.A., en adelante CALCO S.A., demandó a MARCO POLO ARTE S.A.S., así como a ANA ISABEL, MARÍA CONSTANZA, MARÍA ADELAIDA y ANGELA MARÍA DIEZ ZULUAGA para que, previos los trámites del

¹ Acto Legislativo 01 de 2021, art. 1º. “La ciudad de Medellín se organiza como Distrito Especial de Ciencia, Tecnología e Innovación.”

proceso verbal, se *“declare la inexistencia jurídica (artículo 898 Código de Comercio), del Contrato de Promesa 1 (...) por la ausencia de un plazo o condición que fije la fecha en que ha de celebrarse el contrato prometido (numeral 3 del artículo 1611 del Código Civil)”*.

Como consecuencia de la declaración anterior, pidió que *“de conformidad con lo establecido por el artículo 1.746 del Código Civil, se condene solidariamente a las señoras Ángela María, Ana Isabel, María Adelaida y María Constanza Diez Zuluaga, restituir a la COMPAÑÍA DE ALIMENTOS COLOMBIANOS CALCO S.A., la suma de \$205.011.390, que recibieron como anticipo mediante transferencia bancaria realizada por ésta última el día 9 de marzo de 2020”, y que “se condene a las señoras Ana Isabel, Ángela María, María Adelaida y María Constanza Diez Zuluaga a reconocer en favor de la COMPAÑÍA DE ALIMENTOS COLOMBIANOS CALCO S.A., los intereses moratorios sobre la suma de \$205.011.390, causados desde la fecha de presentación de la demanda (Artículo 94 del Código General del Proceso), hasta el momento en que se haga el pago efectivo, liquidados de conformidad con lo establecido por el Artículo 884 del Código de Comercio, es decir, con una tasa de 1.5 veces el interés corriente bancario”*.

Además, solicitó, en el evento de no acogerse la pretensión anterior, que *“se condene a las señoras Ana Isabel, Ángela María, María Adelaida y María Constanza Diez Zuluaga a restituir la suma de \$205.011.390, debidamente indexada en favor de la COMPAÑÍA DE ALIMENTOS COLOMBIANOS CALCO S.A., desde el día 9 de marzo de 2020 y hasta el día en que se realice el pago completo”*.

De manera subsidiaria, reclamó, en su orden, que *“se decrete la nulidad absoluta (Art. 1740 Código Civil) del Contrato de Promesa 1, (...), por la ausencia de un plazo o condición que fije la fecha en que ha de celebrarse el contrato prometido (numeral 3 del artículo 1611 del Código Civil)”*, con similares consecuencias a las ya anotadas.

Igualmente, como pretensión subsidiaria, requirió:

“Se declare que, con posterioridad a la celebración del Contrato de Promesa 1, sobrevino una circunstancia externa, imprevisible e irresistible en virtud del estado de emergencia declarado en el Territorio Nacional por la pandemia COVID-19, y las normas gubernamentales que restringieron la movilidad y la realización de actividades comerciales. (...) Que, como consecuencia de lo

anterior, se declare que desapareció totalmente la causa que según el artículo 1524 del Código Civil, deben tener las obligaciones adquiridas por la promitente compradora en el Contrato de Promesa 1, toda vez que el motivo que indujo a ésta a celebrar este contrato de promesa desapareció, por cuanto no fue posible destinar los inmuebles objeto del contrato, al funcionamiento de una nueva línea de restaurantes, por las consecuencias económicas generadas por esas circunstancias externas, imprevisibles e irresistibles. (...) Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, declárense inexistentes las obligaciones adquiridas por la promitente compradora, por cuanto de conformidad con el artículo 1524 del Código Civil, no puede haber obligación sin causa real en el Contrato de Promesa 1. (...) Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, dada la inexistencia de obligaciones a cargo de la promitente compradora de conformidad con lo establecido en el artículo 1524 del Código Civil, se ordene dejar sin efectos el Contrato de Promesa 1, por haber desaparecido la causa de las obligaciones emanadas de este”.

Igualmente, con sustento en las circunstancias extraordinarias, imprevistas, e imprevisibles mencionadas, como última pretensión subsidiaria, pidió que “se ordene la revisión del Contrato de Promesa 1 y así examinarse las circunstancias que alteraron la base del contrato y se ordene lo siguiente: (...) los reajustes que la equidad indique”, o “en caso de no proceder los reajustes que la equidad indique, le solicito, se ordene dejar sin efecto el Contrato de Promesa 1, de conformidad con lo consagrado en el artículo 868 del Código de Comercio”.

De otro lado, con relación a la promesa 2 se elevaron similares pretensiones, incluso, en el mismo orden, aunque con diferencias en los valores reclamados, esta vez de la sociedad MARCO POLO ARTE S.A.S.

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS. Anunció que para el año 2020, en su plan de inversión, tenía proyectado un nuevo modelo de negocio de restaurante, para lo cual requería adquirir inmuebles en los cuales pudiera establecer el nuevo restaurante. En esa medida, pudo ubicar en el sector de Provenza, tres inmuebles por valor de cuatro mil trescientos noventa millones de pesos, los cuales, en su conjunto cumplían con las características y condiciones para poder desarrollar en ellos el nuevo modelo de negocio de conformidad al plan de inversión que se tenía para el año 2020.

Adujo que los inmuebles prometidos en venta fueron los siguientes:

“a) Inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 001-396125 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur, correspondiente al apartamento 32 D 27. b) Inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 001-396126 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur, correspondiente al apartamento 7-20. c) Inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 001-177257 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur, correspondiente al lote de terreno, con sus mejoras y anexidades, situado en el Municipio de Medellín, en la Urbanización PROVENZA No. 2, distinguido con el No. Dos (2) de la manzana B del plano, con la casa de habitación en el construida, marcada en su puerta de entrada con el No. 32 D 13 de la Calle 7 A. 4. Los inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria 001-396125 y 001-396126 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur”.

Del mismo modo, contó que las promesas fueron suscritas el día veintiuno de enero de 2020, en la Notaría 11 del Círculo de Medellín, fecha para la cual en Colombia no se tenían reportes de contagios por COVID-19, en otras palabras, para esa fecha para CALCO era imprevisible y extraordinario lo que ocurriría con este virus en los dos meses posteriores a la celebración del contrato de promesa de compraventa.

También señaló que *“en atención a la cláusula primera de esta promesa, el objeto de la misma fue, prometer transferir a título de compraventa a favor del promitente comprador el 100% del derecho de dominio y posesión material sobre los inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria nro. 001-396125 y 001-396126 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur de propiedad de las señoras Ana Isabel, Ángela María, María Adelaida y María Constanza Diez Zuluaga (en adelante el “Contrato de Promesa 1”)”.*

Ahora, en la cláusula sexta las partes convinieron elevar a escritura pública el Contrato de Promesa 1 *“en la Notaría 11 de Medellín, el 09 de marzo de 2020 a las 3:00 p.m. obligándose cada parte a presentar todos los certificados de paz y salvo y demás documentación requerida al efecto”* y agregó que como el pago de la suma de dinero pactada en el Contrato de Promesa 1 *“se realizaría con los recursos obtenidos a través de un crédito leasing tomado con el Banco BBVA, a inicios del mes de marzo de 2020, esta entidad financiera indicó a la Demandante que aún no había finalizado el estudio respectivo de los inmuebles con la finalidad de validar la procedencia del crédito, motivo por el cual, la firma de la escritura pública prometida*

no podía realizarse en la fecha inicialmente pactada, esto es, el nueve (09) de marzo de 2020”.

Informada esta situación, las partes acordaron, como nueva fecha de suscripción de la Escritura Pública prometida, el treinta de marzo de 2020 a las 3:00 p.m., en la Notaría 11 de Medellín, siempre y cuando se diera un anticipo global por las dos promesas de compraventa. En esa medida, el 09 de marzo de 2020 el promitente comprador pagó a título de anticipo la suma de trescientos millones de pesos *“mediante transferencia electrónica a la cuenta corriente No. 102140761 de ITAU, a MARCOPOLO ARTE S.A.S. por concepto de anticipo, de la cual le corresponden doscientos cinco millones once mil trescientos noventa pesos ml/cte (COP\$205.011.390) a las señoras ANGELA MARÍA DIEZ ZULUAGA, MARÍA CONSTANZA DIEZ ZULUAGA, MARÍA ADELAIDA DIEZ ZULUAGA y ANA ISABEL DIEZ ZULUAGA, repartido en sumas iguales entre las mismas; y la suma restante de noventa y cuatro millones novecientos ochenta y ocho mil seiscientos diez pesos ml/cte (COP\$94.988.610) a la sociedad MARCOPOLO ARTE S.A.S.”*

En razón de lo indicado por la entidad bancaria y el anticipo entregado por la demandante, las partes modificaron la fecha de suscripción de la Escritura Pública señalando el treinta (30) de marzo de 2020 en la Notaría 11 del círculo de Medellín, modificación que realizó de la siguiente manera: a las 3:00 p.m., tal como queda plasmado en comunicaciones del veintiséis de marzo y once de abril de 2020, remitidas por ellas a la Demandante.

Adujo que mediante Decreto Presidencial número 457 del 22 de marzo de 2020, en uso de sus facultades legales y constitucionales, el presidente de la República decretó el *“Aislamiento Preventivo Obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia”*. Concomitante con ello, restringió la atención de algunos servicios públicos entre ellos, los notariales, e incluso la Superintendencia de Notariado y Registro emitió la Resolución 03133 del 24 de marzo de 2020, otorgándoles a las Notarías del Círculo de Medellín la atención a los usuarios por turnos, de suerte que la Notaría 11 del Círculo de Medellín, no abrió sus puertas al público el día 30 de marzo de 2020.

En razón a los referidos horarios de cierre y funcionamiento, comentó que fue imposible suscribir la escritura pública de venta prometida en el Contrato de Promesa, y aunque discutieron la posibilidad de cambiar la fecha, al final la actora

esgrimió que había *“perdido total interés en los inmuebles, puesto que, como ya se mencionó, no es posible seguir adelante con el proyecto que ustedes mismas conocieron. Así mismo, es importante manifestar que el interés actual de la compañía no es la inversión en nuevos proyectos sino por el contrario, mantener a flote la operación de la cual dependen un sin número de personas a quienes empleamos y que reiteramos son población vulnerable.”*

Finalmente, describió las consecuencias puntuales de la pandemia sobre su negocio, al tiempo que adujo la desaparición y falta de causa sobreviniente para contratar, en cuanto a ambas promesas.

2. RESUMEN DE LA RÉPLICA.

2.1 CONTESTACIÓN A LOS HECHOS. Aceptó la celebración de los contratos, así como los cambios de fechas de otorgamiento de las escrituras prometidas, las comunicaciones generadas y el anticipo pagado.

Pero discutió que *“durante la etapa de la negociación de las promesas de compraventa no se expresó cuál era la causa de éstas. Si la causa hubiese sido trascendente para CALCO, habría dejado expresa constancia de ésta en los contratos de promesa. Se expresó sí, dentro de las conversaciones informales que se tienen cuando se trata con la otra parte de un negocio, que CALCO establecería allí un tipo de restaurante diferente a los clásicos CREPES & WAFFLES, sin que se expusiera cuál era la diferencia con los restaurantes que ya había en Medellín. Esa información, que se expuso como un comentario sin ninguna importancia para las promitentes vendedoras, pasó desapercibida para ellas, pues al fin y al cabo, su interés era vender los inmuebles, sin que para ellas importara qué iba a hacer la compradora con los bienes que adquiriría”*.

De otro lado, pusieron de presente que en las cláusulas NOVENAS de las promesas se dijo expresamente: *“Las partes manifiestan que en el presente contrato están contenidas todas las estipulaciones concernientes a la negociación, cualquier manifestación verbal o escrita con anterioridad se tendrá por no válida”*.

Además, negaron categóricamente que las demandadas hubieran conocido *“previamente y de manera clara”*, cuál era la causa final de la adquisición de los inmuebles y que ésta fuera la *“única motivación”* para contratar, hecho que de ser

cierto habría motivado a CALCO a dejar expresa constancia de ello en los contratos de promesa o incluso, a negociar y acordar condiciones suspensivas o resolutorias para modular los efectos de los contratos de promesa en la forma en que ahora pretende hacerlo vía judicial.

Consideró cierto el cierre de la notaría, el 30 de marzo de 2020, pero dijo que precisamente por ello, *“las demandadas advirtieron a la otra parte esta situación y le propusieron modificar la fecha para otorgar la escritura pública prometida el primer día hábil siguiente en que la Notaría estuviese en servicio, esto es el 13 de abril de 2020. Sin embargo, los demandantes, aún antes de llegar la fecha inicialmente acordada, manifestó expresamente que no celebraría los contratos prometidos, esto es, expresó inequívocamente su propósito de incumplir.”*

Reiteró que las demandadas siempre tuvieron la intención de cumplir, como promitentes vendedoras, *“no obstante un hecho irresistible, pero apenas temporal, como fue el que, en la fecha acordada, la notaría se encontraría fuera de servicio. Por el contrario, violando los más elementales principios de buena fe precontractual, la demandante tomaba la decisión y buscaba pretextos para incumplir”.*

Insistieron en que *“ni la falta de recursos económicos ni la situación patrimonial del deudor, jamás ha justificado un incumplimiento”.* Por ello, aceptaron *“la falta de recursos en el patrimonio del deudor; su falta de dinero, no justifican el incumplimiento; este no deja de ser antijurídico y de tener las consecuencias de todo incumplimiento. Lo contrario daría al traste con la seguridad jurídica”.*

Adicionalmente, estimó las comunicaciones de las demandadas ponen de presente su buena fe, al contrario de la actitud de la demandante, es decir, *“la parte que represento se mantuvo siempre fiel a su obligación de cumplir con su deber de vender a pesar de que el 30 de marzo de 2020 la Notaría 11 no estaba de servicio, y a pesar de que la demandante ya había manifestado su propósito de incumplir. La propuesta de otorgar la escritura pública el 13 de abril de 2020 se sustentó en el artículo 829 del Código de Comercio, y ciertamente el 12 de abril no era un día feriado, pero sí era un día en que la Notaría 11 no prestaba servicio, siendo 13 de abril el primer día hábil siguiente. Como ese 13 de abril la Notaría sólo prestaría servicios hasta la 1 pm., las promitentes vendedoras propusieron las 12 m para efectos de comparecer a otorgar la escritura, y, en efecto, ese día y a esa hora se presentaron a la notaría, sin que CALCO lo hiciera. La demandante, en atención a*

su deber de obrar de buena fe, bien pudo haber sugerido una nueva fecha para otorgar la escritura y así dar cumplimiento a la promesa a la mayor brevedad posible, una vez superado el cierre temporal de la Notaría; sin embargo, en lugar de hacerlo, manifestó inequívocamente su intención de no celebrar el negocio prometido”.

En suma, dijo que las demandadas se habían allanado a cumplir sus prestaciones, mientras la demandante había incumplido las suyas, por lo cual la última debía pagar la cláusula penal, descontando el anticipo reconocido.

2.2. OPOSICIÓN CONCRETA. Las encausadas se opusieron a las pretensiones de la demanda y, con el fin de enervarlas, arguyeron:

“1. Sobre las “PRETENSIONES PRINCIPALES RELATIVAS A LA INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA 1”. La pretensión de inexistencia de las promesas de compraventa por ausencia de plazo o condición no tiene ningún fundamento fáctico ni jurídico. Es evidente que las promesas sí tenían un plazo para su cumplimiento. Otra cosa es que en ese día no se pudo otorgar la escritura pública, hecho previsto y regulado por la Ley (Art. 829 C.Co); hecho que imponía a las partes, dentro de los principios de lealtad y buena fe que deben regir las relaciones jurídicas, acordar una nueva oportunidad para la celebración de los contratos prometidos. Se trató de una imposibilidad temporal y salvable, pero CALCO ya había manifestado -desde antes de la fecha prevista para el efecto-, que no cumpliría los contratos de promesa.

2. Sobre las “PRETENSIONES SUBSIDIARIAS RELATIVAS A LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO PROMESA DE COMPRAVENTA 1”. La pretensión de nulidad absoluta de las promesas de compraventa por ausencia de plazo o condición no tiene ningún fundamento fáctico ni jurídico. Es evidente que las promesas sí tenían un plazo para su cumplimiento. Otra cosa es que en ese día no se pudo otorgar la escritura pública, hecho previsto y regulado por la Ley (Art. 829 C. de Co.h); hecho que imponía a las partes, dentro de los principios de lealtad y buena fe que deben regir las relaciones jurídicas, acordar una nueva oportunidad para la celebración de los contratos prometidos.

3. Sobre las “PRETENSIONES SUBSIDIARIAS RELATIVAS A LA INEXISTENCIA DE LA CAUSA DE LAS OBLIGACIONES EN EL CONTRATO DE PROMESA 1” Carece de todo fundamento jurídico predicar la inexistencia de la causa un negocio jurídico por un hecho posterior a su celebración. Lo que la demandante pretende disfrazar es, al parecer, la pérdida sobreviniente del interés económico en las compraventas que se había obligado a realizar.

4. Sobre las “PRETENSIONES SUBSIDIARIAS RELATIVAS A LA SUSPENSIÓN DE LA EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES EMANDAS

DEL CONTRATO DE PROMESA 1.” La desaparición “temporal” de la causa en un negocio jurídico es una creación imaginaria de la actora que no tiene ningún fundamento. Un acto jurídico tiene o no causa al momento de su celebración”.

Posteriormente, se refirieron a la promesa número 2, en términos similares.

3. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN. Fuera de la contestación de la demanda y oposición descrita, la parte accionada se ubicó en la posición de demandante en reconvención, pidiendo lo siguiente:

- “1. Que se declare que CALCO incumplió los contratos de promesa de compraventa a que se refieren los hechos de la presente demanda*
- 2. Que, como consecuencia de dicho incumplimiento, tales contratos sean declaren resueltos.*
- 3. Que como consecuencia de dicho incumplimiento se declare que CALCO incurrió en las cláusulas penales estipuladas en ambos contratos de promesa.*
- 4. Que se declare que la suma de \$300.000.000 que las promitentes vendedoras habían recibido de CALCO puede ser retenida por ellas a título de cláusula penal, según lo acordado en las cláusulas DÉCIMO PRIMERAS de ambos contratos de promesas, así: Por la promesa 1., la cantidad de \$209.302.325,5813954, suma proporcional al valor de este contrato que corresponde a las cuatro promitentes vendedoras, esto es, a ANA ISABEL DÍEZ Z. ÁNGELA MARÍA DIÉZ Z, MARÍA ADELAIDA DÍEZ Z. y MARÍA CONSTANZA DÍEZ Z. (\$52.325.581,20 a cada una). Por promesa 2., la cantidad de \$90.697.674,41860464, suma proporcional al valor de este contrato. Ella correspondió a la promitente vendedora de este contrato, la sociedad MARCOPOLLO ARTE S. A.*
- 5. Que se ordene a CALCO el pago del resto de la cláusula penal pactada, esto es la suma de \$139.000.000 a favor de las aquí demandantes, así: Por la promesa 1., la cantidad de \$90.697.675, suma proporcional al valor de este contrato, que corresponde a las cuatro promitentes vendedoras, esto es, a ANA ISABEL DÍEZ Z. ÁNGELA MARÍA DIÉZ Z, MARÍA ADELAIDA DÍEZ Z. y MARÍA CONSTANZA DÍEZ Z. (\$52.325.581,20 a cada una). Por promesa 2., la cantidad de \$48.302.325, suma proporcional al valor de este contrato que corresponde a la promitente vendedora de este contrato, esto es a la sociedad MARCOPOLLO ARTE S. A.*
- 6. Que sobre dicha suma se reconozca la indexación entre el 13 de abril de 2020, día en que se consolidó el incumplimiento y la fecha de notificación del auto admisorio de la presente demanda y que se condene al pago de intereses de mora sobre la suma indexada a partir de esta fecha hasta el pago efectivo de la condena.”*

Frente a tales pedimentos, la contrademandada planteó, a modo de excepciones, las mismas pretensiones de la demanda principal, además de la

improcedencia de la resolución contractual e inexistencia del incumplimiento de la promitente compradora, y recalcó la necesidad de devolución del anticipo.

4.- LA AUDIENCIA DE ORALIDAD. En la audiencia inicial se intentó la conciliación, se interrogó a las partes, se fijó el litigio y se ejerció control de legalidad del proceso, y en la de instrucción y juzgamiento se practicaron las pruebas decretadas. Además, se escucharon las alegaciones de conclusión y se anunció el sentido del fallo.

III. CONSIDERACIONES.

1. PRESUPUESTOS PROCESALES. Revisada la actuación cumplida no se observa impedimento alguno para proferir sentencia de mérito, pues las demandas, es decir, tanto la principal como la de reconvención, reúnen los requisitos legales; además, su trámite se ha cumplido con sujeción al rito del proceso verbal, ante juez competente, y están demostradas la capacidad para ser parte, para comparecer al proceso, así como el interés para obrar tanto por activa como por pasiva.

2.- SISTEMÁTICA DE RESOLUCIÓN DE LAS PRETENSIONES INCOADAS EN LAS DISTINTAS DEMANDAS Y LAS EXCEPCIONES. Preliminarmente el Juzgado advierte que el análisis inicial se hará únicamente en forma teórica, de suerte que se estudiarán las causales y motivos que conducen a la inexistencia o a la invalidez negocial, por supuestos centrados en la promesa de compraventa, luego de lo cual se auscultarán los presupuestos de la imprevisión contractual e igualmente cuáles son sus consecuencias ordinarias, esto es, si es otra especie de nulidad de la convención o si, por el contrario, es únicamente la revisión contractual.

Paralelamente, se examinarán los requisitos legales de la resolución contractual, dentro de los cuales están la validez y existencia del contrato, tema ya mencionado, así como el incumplimiento del contratante demandado, respecto de lo cual se enfrenta la señalada teoría de la imprevisión.

Finalmente, se pasará de las conclusiones hipotéticas, pero legales, y se analizará este evento concreto, en orden a definir cuál de las posibilidades mencionadas aplica en este caso, su fundamento y sus secuelas.

3.- LA INEXISTENCIA Y LA INVALIDEZ CONTRACTUAL. La doctrina patria, con cimiento en lo consignado en los artículos 1501 y 1740 del Código Civil, ha venido insistiendo en la presencia de unos requisitos de existencia y otros de validez de los actos jurídicos. Así, ha entendido que “... *la voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto y la forma solemne*”, componen el haz de presupuestos de existencia de los actos jurídicos; pues, “... *sin la voluntad manifestada, o sin el consentimiento no hay, por definición, acto jurídico. Lo propio ocurre cuando falta el objeto, porque, también por definición, la voluntad que constituye la sustancia del acto debe encaminarse a un objeto jurídico que puede consistir en la creación, o en la modificación, o en la extinción de una o más relaciones de derecho. En casos excepcionales, la ley prescribe la observancia de ciertas solemnidades para el perfeccionamiento de los actos jurídicos, lo que equivale a exigir que la voluntad se exprese en forma predeterminada para que se tenga por emitida. La falta de dichas solemnidades obstaculiza la formación o perfeccionamiento de tales actos jurídicos y conduce a que estos se reputen inexistentes.*”²

Al mismo tiempo, ha sostenido que para la validez de los actos jurídicos se precisa de “*la capacidad de los agentes, la ausencia de vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo), la ausencia de lesión enorme, la licitud del objeto, la realidad y la licitud de la causa, y la plenitud de las formalidades prescritas por la ley*”³. En esos eventos el acto existe y produce efectos jurídicos, pero al estar viciado, los efectos se podrán eliminar en el instante en que se declare la nulidad, y por supuesto teniendo en cuenta si la nulidad es absoluta o relativa.

De ese modo, esto es, si concurren requisitos de existencia con presupuestos de validez, lógico resulta pensar que la sanción aplicable al incumplimiento de ellos, en una u otra situación, es diferente; de ahí que la doctrina haya indicado que si se incumplen las exigencias de existencia el acto es inexistente, todo lo cual, en tratándose de negocios mercantiles, aplica en los términos del precepto 898 del C. de Co., mientras que si se incumplen los de validez el acto será anulable, de nulidad absoluta si uno de los contratantes es incapaz absoluto o si hay objeto ilícito o causa ilícita, o si se incumplen las formalidades contempladas en la ley o en la convención, al paso que será relativa si hay vicios en el consentimiento o incapacidad relativa

² OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Sexta edición, Editorial Temis. Bogotá. 2000. Pág. 84.

³ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA. Ob. Cit. Pág. 85.

en una de las partes del negocio, desde luego, en los casos de incapacidad, sin olvidar lo dispuesto en la Ley 1996 de 2019.

Precisamente refiriéndose a la figura de la inexistencia, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“[E]l negocio jurídico por definición consiste en la expresión de la voluntad dirigida a la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, resulta obvio colegir que, al faltar aquella intención o el objeto al que apunta, podrá existir cualquier cosa o hecho, mas no un acto de esa índole, conclusión que asimismo se impone no sólo cuando el pacto es solemne y se pretermite la forma ad substantiam actus prescrita por la ley, porque, sin ésta, la voluntad se tiene por no manifestada, sino también en los casos en que se omiten los requisitos esenciales previstos por el ordenamiento para la especie de la que se llegara a tratar, ya que de ellos depende su formación específica, y sin los cuales el acuerdo tampoco existe o degenera en otro distinto; es que, cual lo expresara POTHIER, en todo convenio se “distinguen tres cosas diferentes...: las cosas que son de la esencia del contrato; las que son únicamente de la naturaleza del contrato, y las que son puramente accidentales al contrato”, siendo que las primeras “...son aquellas sin las cuales el contrato no puede subsistir (existir substancialmente). En faltando una de ellas, ya no hay contrato, o bien es otra especie de contrato... La falta de una de las cosas que son de la esencia del contrato impide el que exista clase alguna de contrato; algunas veces esa falta cambia la naturaleza del contrato” (Tratado de las Obligaciones, Casa Editorial Araluce Cortés, 392, Barcelona, Tomo I, págs. 8 y 9).

Por tanto, conforme a la teoría que se viene desarrollando, la falta de los requisitos esenciales previstos para todos los contratos produce, inexorablemente, la inexistencia de ellos, al paso que la ausencia de los también esenciales pero referidos de modo específico a cada acto en particular, si bien impide la existencia de este, puede en últimas no aniquilar totalmente su eficacia, si desde una perspectiva jurídica distinta es viable su conversión en otro diferente.”⁴

Fuera de lo anterior, la doctrina comparada sostiene que “[l]os actos inexistentes deben interpretarse como actos jurídicamente inexistentes, ya que existen, pero no producen efectos jurídicos por cuanto son ajenos a la ley. Constituyen una apariencia sin realidad jurídica y por ello se sostiene que no se los debe anular, de la misma manera que no se puede matar a alguien que no vive”, y agrega “cuando hay vicio ha de recurrirse a la teoría de las nulidades, en tanto que cuando no hay otorgamiento del acto se está enfrente a supuestos de inexistencia.

⁴ CSJ SC, 6 de agosto de 2010, Rad. 05001-3103-017-2002-00189-01.

*Si alguien no otorga el acto para él no existe. Y esto es algo más que una inoponibilidad, porque el acto que es inexistente para quien no lo otorgó, igualmente lo es para todos los que han participado en él. En cambio, si el acto aparece viciado o defectuoso, en grado previsto por la ley, con afectación de sus elementos constitutivos, el acto es o existe, pero podrá ser nulo o anulable o simplemente inoponible.*⁵

De lo trasuntado se desprende que cuando, por ejemplo, no hay consentimiento en el otorgamiento de un acto jurídico se está en el espectro de la inexistencia negocial; pues, lógicamente quien no concurrió a la celebración del respectivo negocio no contrató, ni expresó su voluntad, todo lo cual supone que, al no participar, el acto que se le endilga no existe.

Lo dicho en precedencia, en cambio, no sucede en la nulidad, porque en la invalidez el acto existe, pero está viciado, todo lo cual, de cara al consentimiento, obliga a decir que si éste fue manipulado por dolo o fuerza o es fruto del error, se está en presencia de una irregularidad que conduce a la nulidad relativa, pero si la voluntad no se expresa y, por tanto, no hay consentimiento, en lugar de una nulidad absoluta, se estaría en presencia de una sanción de inexistencia.

Igualmente, cabe destacar dentro de las características de esta institución, que su efecto es destruir la presunción de legalidad de la cual goza el acto y dar al traste con sus apenas efectos de hecho, vale decir, como si nunca se hubieran dado, en la medida que nunca existió el acto.

4.- EL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA. / Sus presupuestos de existencia y validez.

4.1. Notas generales. El contrato, mirado como acto jurídico y, sobre todo, como acto generador de obligaciones a partir de un consenso o acuerdo de voluntades, puede involucrar varios momentos, desde los previos a la formación del concierto, pasando por los concomitantes a éste o convenio propiamente dicho, hasta los alusivos a la ejecución del mismo, en los que se sitúan las actividades que desarrollan el objeto de la convención o, específicamente, lo querido por las partes.

⁵ MALICKI, Anahí. Comentario al art. 1037, en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela. Código Civil Comentado. Hechos y actos jurídicos. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, Argentina. 2005. Pág. 792.

En la etapa precontractual los sujetos realizan actos preparatorios del contrato final, todos ellos inmersos en la actividad comercial, pero no siempre de la misma naturaleza; pues, algunos de esos actos preparatorios pueden tener estirpe contractual, al paso que otros no la tienen. De ese modo, varias posibilidades se vislumbran, desde la sola invitación general a contratar (policitación), hasta la oferta que se le haga a una persona determinada, sin olvidar otras variables como los concursos, las licitaciones y, por supuesto, la promesa de contrato, que aunque ostenta esa misma naturaleza -contrato-, deviene en etapa previa del convenio prometido.

Ahora bien, la promesa de contrato se ha entendido como un acto jurídico autónomo, pero de carácter preparatorio de otro futuro, esto es, comporta la obligación de hacer consistente en la celebración del contrato posterior, asegurando el compromiso definitivo futuro y evitando la libertad de sustraerse a la celebración del pacto definitivo, al constituir fuente de la obligación de contratar, cuya inobservancia es susceptible de ejecución coactiva *in natura* o subrogada con indemnización del daño, incluso sustituyendo el juez al deudor -obligación de suscribir documentos-.

Su existencia, por esencia está limitada en el tiempo, pues su cumplimiento lleva a la producción del contrato final; es una convención de suyo restringida, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en cuyo enunciado general se le priva de eficacia, salvo que se ajuste a todas y cada una de las exigencias que allí mismo se ordenan y describen, vale decir, en el ámbito civil, salvo «*[q]ue la promesa conste por escrito; 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; contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato, y se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales*».

Pues bien, sobre este tipo de contrato y, en especial, sobre los presupuestos de su validez, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que

«La promesa de contrato se caracteriza por su transitoriedad al ser un medio para la celebración de un contrato futuro definitivo. Por ende, la prestación de contratar a futuro no es exigible desde su constitución y está sujeta a un plazo o condición determinante de la época de

celebración del contrato prometido (cas. junio 1/1965, CXI y CXII, 141; enero 31/1977, noviembre 13/1981).

De ahí porque, el segundo requisito esencial concierne a la oportunidad para el cumplimiento de la prestación de hacer, la cual, ‘no puede ser pura y simple, sino que siempre estará sujeta a un plazo o una condición...’ (cas. octubre 25/2001, S-201-2001[6748]; cas. mayo 13/2003, S-055-2003 [6760]), por ser un ‘acuerdo de carácter provisional y transitorio, preparatorio de otro cuyo resultado no pueden o no quieren alcanzar de inmediato las partes, pero a cuya realización se comprometen mediante un vínculo jurídico previo que les impone la obligación recíproca y futura de concertarlo con posterioridad, agotándose en él su función económico - jurídica, quedando claro, entonces, que como no se trata de un pacto perdurable, ni que esté destinado a crear una situación jurídica de duración indefinida y de efectos perpetuos, la transitoriedad indicada se manifiesta como de la propia esencia de dicho contrato’ (G. J. CLIX pág.283)” (cas. marzo 12/2004, S-021-2004, exp. 6759).» ⁶ (Resalta el Juzgado).

De esa manera, el contrato de promesa tiene varias características, a saber, (1) debe constar por escrito, al menos si la promesa es civil; (2) implica una obligación de hacer, consistente en el celebrar el contrato prometido; (3) **la instrumentalidad debe ser concreta, o sea, debe estar sometida a plazo o condición, o a ambos en combinación que fije la época en que ha de celebrarse el contrato**; y, (4) se debe determinar el objeto material de la futura venta o permuta, sin duda alguna.

A nivel comercial, el canon 861 del Código de Comercio consagra que *“la promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso.”*

Esta norma parece menos exigente que la civil, pues no dice que la promesa deba constar por escrito, ni que la época de celebración del contrato prometido deba ser precisa, o que la cosa, el precio y demás ítems deban encontrarse precisos, al extremo que *“para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales”*, como lo indica claramente la normativa civil.

En esa medida, se podría decir que la promesa de contrato mercantil no es solemne, sino consensual, esto es, que no se requiera un escrito y que basta el acuerdo de las partes en cuanto a celebrar el contrato futuro, para entender

⁶ CSJ SC, 07 de febrero de 2008. Exp.: 2001 06915 01.

perfeccionada la promesa. Incluso, cuando el legislador mercantil aludió a que esta convención se encuentra sometida a “*las reglas y formalidades del caso*”, no expresó que se tratara de las solemnidades del contrato definitivo, de suerte que no puede el hermeneuta hacer esa distinción, que el creador legal no hizo.

En este orden, lo que resulta indubitable es que la promesa mercantil está rodeada de una serie de pautas y formalidades “*del caso*”, lo cual apunta a una expresa remisión a las normas civiles, por lo cual, entiende este Juzgado, la promesa civil, aunque consensual, está regida por una serie de reglas, propias de la promesa y que están consagradas en el Código Civil, como se dejó explicado. Dicho en otras palabras, puede que la mercantil no deba constar por escrito, como la civil, pero debe reunir los demás requisitos, en tanto son de la naturaleza de la promesa de contrato.

Esa postura no es insular, en tanto la Corte Suprema de Justicia, en SC de 12 de septiembre de 2000, exp.: 5397, refiriéndose a una cuestión semejante, señaló:

«Consensualidad. Independientemente de la forma de perfeccionar el contrato de promesa mercantil, este debe reunir las condiciones propias de la promesa en general, es decir, los requisitos para la existencia y validez de los contratos, el señalamiento de un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato prometido y la determinación del contrato prometido, de tal modo que no quede faltando para su perfeccionamiento sino la tradición.»

4.2. La instrumentalidad del contrato de promesa. Como se había anticipado, la promesa de contrato es una convención de suyo restringida en el tiempo. Por ello, dentro de sus presupuestos de validez se exige que ésta «*contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato*» (artículo 89, numeral 3º, de la Ley 153 de 1887, subrogatoria del artículo 1611 del C. C.).

Lo anterior significa que necesariamente, bajo una de dichas modalidades, plazo o condición, una u otra, o ambas, pueden y deben las partes establecer cuándo se ha de celebrar o perfeccionar el contrato proyectado, en el entendido, claro está, de que si se trata de la segunda «*la única (...) compatible con ese texto legal (requisito 3º de la norma transcrita), en consideración a la función que allí cumple, es aquella ‘que comporta un carácter determinado’, por cuanto sólo una condición de estas (o un plazo), permite la delimitación de la época en que debe*

celebrarse el contrato prometido» (Corte Suprema de Justicia. G. J. Tomo CCXLVI, No. 2485, pág. 498).

Existiendo plazo o condición, o su mezcla, como se anunció, emerge prístino que la obligación de hacer que surge de la promesa, consistente en celebrar la convención prometida, no puede ser pura y simple, pero al mismo tiempo no puede quedar incierta la época en que ha de llevarse a cabo el dicho contrato definitivo, por lo que, si hay plazo, su exigibilidad emerge del vencimiento del periplo pactado, y si hay condición, su nacimiento se contrae a la realización del acontecimiento futuro e incierto, desde luego posible (arts. 1530 y 1536 C.C.), pero cuya determinación temporal en el caso específico de la promesa se impone a fin de que se sepa de antemano el momento en que debe ocurrir o no el suceso condicional.

Esto es, el plazo o la condición deben ser determinados o, lo que es lo mismo, deben tener un mojón temporal conocido previamente, pues sin él la indeterminación se opondría al elemento de transitoriedad propio de la promesa, razón por la cual se ha señalado que es condición determinada aquella en la que el suceso incierto se estima que ocurra *«dentro de un lapso temporal determinado de antemano»*, al paso que ella es indeterminada cuando *«no solamente se ignora si el evento condicional ocurrirá o no; sino que además se ignora la época en que éste puede ocurrir»* (G.J. CLXXXIV, Pág. 283), a lo cual se agrega la posibilidad de cumplimiento de la condición, pues si ésta es imposible física o jurídicamente, una vez más la indefinición da al traste con la temporalidad de la promesa, mientras que cuando es posible y se fija el aludido hito, la modalidad será válida como válido será el contrato de promesa.

4.3.- Consecuencia de no cumplirse los presupuestos de existencia validez de la promesa de contrato. De lo dicho hasta ahora se desprende que una promesa que no se ajuste a las precisas condiciones de forma que consagra el referido artículo 89 de la Ley 153 de 1887 no produce obligación alguna, lo que, siguiendo la teoría del acto jurídico, en cuanto a las sanciones de éste, significa que dicho contrato es susceptible de ser totalmente invalidado, conforme la preceptiva del artículo 1741 del Código Civil que condena a los actos que han omitido algún requisito o formalidad que la ley prescribe para ellos, de acuerdo a su naturaleza o a la calidad de las partes.

5.- PRESUPUESTOS DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL. Por regla general, la resolución del contrato es uno de los medios de tutela de que dispone el acreedor en las convenciones en que surgen obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes, o sea, en las de estirpe bilateral, para hacer frente al incumplimiento de su deudor o la mora de éste, según se trate de un contrato civil o de uno mercantil.

Con ella se busca volver las cosas al estado inicial, es decir, aquel que gobernaba la situación cuando se unieron las voluntades y se formó el contrato, lo que implica efectuar las compensaciones mutuas, pues perfectamente el incumplido pudo haber satisfecho parte de sus deberes, y, en todo caso, el actor ha observado todas sus obligaciones, o, al menos ha procurado hacerlo. Es más, como la sanción surge de la insatisfacción de un compromiso, la responsabilidad del contratante incumplido no cesa con reponer las cosas al *statu quo*, en tanto debe indemnizar los perjuicios causados con su reprochable actitud.

Entonces, para su viabilidad, la acción resolutoria demanda la presencia de una convención bilateral válida, en cuya ejecución uno de los contratantes ha faltado a la satisfacción total o parcial de las prestaciones a su cargo, mientras el otro, por su parte, ha observado lo que le correspondía o, al menos, ha procurado su cumplimiento en la forma y tiempo debidos. *Contrario sensu*, la petición de resolución no encontrará asidero si el contrato está viciado; si el resistente ha cumplido sus cargas; o, si el demandante no lo ha hecho o no se ha allanado a hacerlo, respecto de las suyas.

En desarrollo de antigua y reiterada jurisprudencia en torno al alcance del canon 1546 del Código Civil, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que «*el acreedor de una obligación, lesionado por la inejecución de ella, puede obtener el aniquilamiento de la convención que le dio vida, a fin de no ser constreñido a pagar la obligación que él contrajo si no la ha hecho todavía o con el objeto de repetir sus propias prestaciones si ya las satisfizo. Todo ello, además junto con la indemnización de los perjuicios sufridos*»⁷.

Eso sí, la jurisprudencia del máximo Tribunal de justicia en materia civil también ha puntualizado:

⁷ CSJ SC, G. J. tomo XLVII, página 242.

«[E]n el ámbito de los contratos bilaterales y en cuanto toca con la facultad legal que, según los términos del artículo 1546 del Código Civil, en ellos va implícita de obtener la resolución por incumplimiento, hoy en día se tiene por verdad sabida que es requisito indispensable para su buen suceso en un caso determinado, la fidelidad a sus compromisos observada por quien ejerce esa facultad habida cuenta que, como lo ha señalado la Corte, el contenido literal de aquél precepto basta para poner de manifiesto que el contratante incumplido utilizando el sistema de la condición resolutoria tácita, no puede pretender liberarse de las obligaciones que contrajo.

Es preciso entender, entonces, que no hay lugar a resolución de este linaje en provecho de aquella de las partes que sin motivo también ha incurrido en falta y por lo tanto se encuentra en situación de incumplimiento jurídicamente relevante, lo que equivale a afirmar que la parte que reclama por esa vía ha de estar por completo limpia de toda culpa, habiendo cumplido rigurosamente con sus obligaciones, al paso que sea la otra quien no haya hecho lo propio, de donde se sigue que ‘...el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor’»⁸

Puestas de tal manera las cosas, compréndese entonces, que paralelo al concepto de cumplimiento, referido a la actividad del deudor, más específicamente al pago o ejecución de su deber de prestación (art. 1626 del C. C.), corre en el otro vértice el de incumplimiento, que genera la frustración del acreedor por no haberlo recibido, *«bajo todos los respectos de conformidad al tenor de la obligación»* (art. 1627 del C. C.). Por tanto, cuando tal incumplimiento aflora o se presenta, el artículo 1546 del Código Civil autoriza al acreedor para que, por intermedio de las autoridades judiciales correspondientes, obtenga la resolución del contrato, en cualquier caso, con el condigno resarcimiento de los perjuicios causados con tal incumplimiento.

No se debe perder de vista, en todo caso, que no todo incumplimiento por parte de uno de los contratantes conduce a la resolución del convenio. Pensar lo contrario, sería tanto como desconocer el principio de mantenimiento de los contratos, cuyo significado no es otro que tratar de prolongar la vigencia del pacto, por supuesto si es válido, en orden a su ejecución, con preferencia a la alternativa

⁸ G. J. Tomo CLIX, págs. 309 y siguientes, y casación civil de 7 de marzo de 2.000.

de resolverlo, máxime si parte de las obligaciones emergentes de la convención se han satisfecho, y si el faltante aún se puede lograr.

Esa regla principal ha sido considerada por la doctrina extranjera, dentro de la cual se encuentra la del maestro Luis Díez-Picazo, quien entiende *que «No se resuelven las obligaciones porque los incumplimientos hayan sido culpables. Se resuelven porque (y cuando) la resolución es un remedio perfectamente razonable (o, incluso, necesario) frente al incumplimiento. Y ello ocurre lo mismo si el incumplimiento es culpable que si no lo es. Los casos relativos a la imposibilidad sobrevenida fortuita, que más adelante se examinarán, son una prueba palmaria, si no fuera suficiente el hecho de que el art. 124 CC contempla el incumplimiento, pero no su imputabilidad.»*⁹

Entonces, para la viabilidad de la acción de resolución de contrato se precisa de la presencia de una convención bilateral válida, en cuya ejecución uno de los contratantes ha faltado a la satisfacción total o parcial de las prestaciones a su cargo, mientras el otro, por su parte, ha observado lo que le correspondía o, al menos, ha procurado su cumplimiento en la forma y tiempo debidos, pero además se requiere que la inobservancia por parte del otro contratante sea de aquellas que frustra la utilidad de la convención, o se concentra en el objeto principal del contrato, o se trata de un compromiso que hoy no se puede satisfacer; pues, si el caso particular no obedece al incumplimiento del objeto primario del convenio, o no se da al traste con el fin práctico de la convención, o no corresponde a un deber de imposible cumplimiento, la única alternativa es el cumplimiento forzoso contrato, no la resolución del mismo.

6.- EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. El incumplimiento supone la lesión o perturbación que se produce al derecho de crédito, originada por la no ejecución o por la ejecución tardía o inexacta de una prestación completamente definida en sus contornos. En otros términos, la prestación debe ser atendida conforme los lineamientos acordados de manera literal, pero si ello no acontece, ya porque no se cumple el compromiso o se cumple apenas parcialmente o en términos diferentes de los previstos, brota un claro incumplimiento obligacional, que puede conducir, como se dijo, a la resolución de la convención o a conminar su observancia forzada, con la consiguiente indemnización de perjuicios.

⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis. Los incumplimientos resolutorios. Editorial Aranzadi S.A., 2005. Pág. 15.

El incumplimiento conlleva una excepción al principio latino *pacta sunt servanda*, esto es, lo pactado debe cumplirse, postulado éste que se encuentra establecido en el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor *«todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales»*.

Lo dicho en precedencia supone, ha dicho la Corte, *«que el contrato celebrado está llamado a ser cumplido por regla general y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, las partes están compelidas a atender a cabalidad todas y cada una de las obligaciones que de él emanan, so pena que su incumplimiento, falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, sea sancionada a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, siendo posible exonerarse, en principio, únicamente por causas que justifiquen la conducta, no imputables al contratante fallido, como son la fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el asunto y los términos del contrato, teniendo presente en todo caso que ‘siempre que resulte posible prever un hecho capaz de oponerse a la ejecución del contrato y que se pueda evitar con diligencia y cuidado, no habrá fuerza mayor ni caso fortuito’»*¹⁰ (CSJ SC11822-2015 de 3 de sept. de 2015 exp. 2009-00429)

No debe perderse de vista que según el artículo 1603 del Código Civil *«los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella»*.

En este orden, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria, en caso de no cumplirse lo pactado, lo cual acontece, se repite, cuando no se ejecuta la prestación, o cuando se ejecuta en forma tardía o defectuosa, lo cual no obsta para considerar que, existiendo prestaciones recíprocas y simultáneas por las partes contratantes, no podrá imputarse incumplimiento a alguna de ellas, si la otra, de su lado, no ha procurado la satisfacción de la que le correspondía.

Por ello, la misma Corte ha precisado:

«Por ende, como regla general y en tratándose de compromisos que deben ejecutar las partes simultáneamente, es menester, para el buen suceso del

¹⁰ CSJ SC 170-2018, de 15 de febrero de 2018. Radicación n.° 11001 31 03 039 2007 00299 01.

reclamo del demandante, que este haya asumido una conducta acatadora de sus débitos, porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria prevista en el aludido precepto, en concordancia con la excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus) regulada en el canon 1609 de la misma obra, a cuyo tenor ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.»¹¹

7.- La imprevisión contractual. Varios han sido los fundamentos doctrinales de la teoría de la imprevisión, desde el subjetivo y el objetivo, que tienen estirpe jurídica, hasta los que se cimientan en la moral, la equidad, y el abuso del derecho, todas con tinte extra jurídico. Así, dentro de los argumentos jurídicos subjetivos se encuentra la cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual las partes contractuales se obligan al tenor del contrato, siempre y cuando se mantengan las condiciones de hecho existentes en la época de perfeccionamiento de la convención.

Por lo tanto, si llegan a alterarse esas condiciones, se entiende implícita o expresamente que la parte afectada queda liberada de satisfacer los deberes originalmente contraídos, o puede pedir la revisión del convenio en orden a que éste se regle por cláusulas nuevas que restablezcan el equilibrio perdido.

Esa cláusula implica la demostración, cual lo señala el artículo 868 del Código de Comercio, del advenimiento de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración del acto, que generen una excesiva onerosidad en el cumplimiento a cargo de alguna de las partes, esto es, se precisa de fenómenos fácticos que no se previeron al momento de celebrarse el contrato, pero además son sucesos que objetivamente no se podían prever porque normalmente no se presentan en el desarrollo de una convención como la celebrada, y no surgen del comportamiento culposos de la parte afectada, o sea, no hay conexión con el comportamiento del agente contractual, de tal suerte que su realización es producto del azar.

A tono con lo anterior, por excesiva onerosidad se entiende *“la demasiada gravosidad (sic) de la ejecución, el exagerado costo de cumplimiento de la obligación, el sacrificio muy subido del deudor para poder hacer efectiva su*

¹¹ CSJ SC 1209-2018, de 20 de abril de 2018. Radicación n° 11001-31-03-025-2004-00602-01.

prestación; no el lucrum cessans o la frustración de ganancia”, como lo dice Luis María Rezzónico¹².

De ese modo, son cuatro los elementos esenciales de la teoría de la imprevisión con base en la cláusula *rebus sic stantibus*, a saber, la extraordinariedad, la imprevisibilidad, la posterioridad y la excesiva onerosidad, sin cuya acreditación coetánea resulta imposible la prosperidad de la pretensión de revisión contractual, al menos si ese es su fundamento.

Sobre el particular, el Tribunal Superior de Medellín ha señalado que *“no se trata de que la nueva situación imponga variaciones leves en el tratamiento de las prestaciones del deudor, ni, tampoco, que resulte para él imposible su ejecución. La revisión, bajo esa normatividad, procede cuando quiera que la excesiva onerosidad, esto es, el agravamiento de la situación del obligado, es de tal grado que sin impedir definitivamente el cumplimiento, sí le depara daños enormes que no fueron ni pudieron ser tenidos en cuenta en la época del pacto. Lesiones que, obvio, suceden como consecuencia de las circunstancias posteriores a las que rodearon el acto.”*¹³

En sentido similar y aún sin que existiera el precepto en cita, se pronunció la Corte Suprema de Justicia, al decir que *“consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amen de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias”*¹⁴.

Finalmente, no sobra mencionar, como lo indica el texto legal, que no en todo contrato tiene cabida la posibilidad, pues sólo se aplica para aquellos eventos en que las conductas de las partes aún pueden ser ejecutadas, desde luego que, por ello, únicamente procede frente a los negocios de ejecución sucesiva, periódica o diferida.

¹² Rezzónico, Luis María. La fuerza Obligatoria del Contrato y la Teoría de la Imprevisión. Segunda edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1954. Pág. 114.

¹³ Tribunal Superior de Medellín. Sentencia de 18 de abril de 2008. Radicado: 05001 31 03 010 2006 0148 01.

¹⁴ CSJ SC de 23 de mayo de 1938. En: Gaceta Judicial Tomo XLVI. Pág. 524.

8.- CASO CONCRETO.

8.1.- EN CUANTO A LA NULIDAD E INEXISTENCIA DE LAS PROMESAS. Inicialmente, el Juzgado advierte que las promesas de compraventa suscritas por las partes y visibles a folios 30 a 53 del archivo 2, reúnen los requisitos legales para su existencia y validez.

Ciertamente, aunque el contrato era consensual, dada su naturaleza mercantil, lo cierto es que las partes suscribieron sendos escritos, los cuales habrían satisfecho el primero de los presupuestos sustanciales de la promesa, aun en el ámbito civil. Además, las convenciones dan cuenta cabal y completa de los inmuebles prometidos en venta, así como del precio de éstos, de la época exacta de celebración del contrato final y la Notaría designada.

De ese modo, es claro que las promesas, además de existentes, resultaban válidas. En todo caso, es pertinente explorar sí, como se afirmó en la demanda principal, se presentó una invalidez o una inexistencia sobreviniente, dada la supuesta indefinición del momento en que debía cumplirse el convenio futuro.

Dado el Juzgado a esa tarea, estima que la mencionada invalidez o inexistencia sobreviniente no se presentó, por las razones que pasan a exponerse:

a.- Las partes acordaron que la fecha de suscripción de las escrituras de compraventa, con las cuales se finiquitarían el negocio sería el 9 de marzo de 2020, pero por unas gestiones crediticias, que no habían terminado, consintieron en aplazar esa fecha para el 30 de marzo de 2020.

b.- Para esa fecha (30 de marzo de 2020), la Notaría 11 de Medellín se encontraba cerrada, por efecto de las disposiciones gubernamentales y de la Superintendencia de Notariado y Registro, razón por la cual, ese día, no se podían firmar las escrituras públicas prometidas.

c.- Las partes no acordaron otra fecha, más allá de ciertas negociaciones tendientes a ello, pero esa circunstancia no permite concluir que las promesas se hayan viciado o dejado de existir, dado que la última fecha acordada no se perdió por efecto de un incumplimiento de las partes, sino por una imposición gubernamental que convirtió esa fecha en día inhábil con relación a esa Notaría.

d.- Según el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, que subrogó el 70 del Código Civil, “[e]n los plazos de días que se señalen en las leyes y los actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario, pero si el último día fuere feriado o vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil” (Subraya el Juzgado).

Pues bien, ante la imposibilidad de celebrar las escrituras el 30 de marzo citado, es claro que había una solución legal, en cuya virtud los contratos de promesa no quedaban indefinidos y, por consiguiente, su existencia y validez no sufrían mengua alguna.

Más todavía, la observancia del precepto 62 citado constituye una hermenéutica que permitiría conservar el contrato por la definición que conlleva, algo que resulta preferible a la alternativa de invalidarlo o declararlo inexistente por algo sobreviniente, que legalmente se podía superar. En definitiva, no es posible predicar inexistencia o invalidez de las promesas, de suerte que éstas existen y son válidas, sin que pueda instruir un vicio subsiguiente.

4.2.- EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE LAS PROMESAS Y LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN CONTRACTUAL. Lo dicho en precedencia permite colegir que en el presente evento se cumple el primero de los requisitos de la resolución contractual, pretensión entronizada en la demanda de reconvencción. Sin embargo, fuera de la validez de la convención bilateral objeto del proceso, la resolución exige el incumplimiento del demandado, en este caso, la promitente compradora, y el colateral cumplimiento o allanamiento a cumplir, por parte de los promitentes vendedores.

De cara a estos requisitos, se advierte paralelo el estudio de la imprevisión contractual, dado que ésta justificaría la insatisfacción prestacional imputable al accionante principal, CALCO S.A.

Un análisis preliminar y despojado de uno relacionado con las condiciones del mercado, lastimado por la pandemia causada por el Covid - 19, permitirían afirmar que la sociedad CALCO S.A. incumplió las promesas de compraventa, al no haberse presentado a suscribir las escrituras de compraventa; sin embargo, al escudriñar lo acontecido por el virus, la situación cambia diametralmente. En efecto,

es innegable que la pandemia implicó un aislamiento temporal generalizado y un cierre total del comercio, un poco más prolongado, por lo cual, más allá de lo previsible que pudiera resultar la llegada del virus, luego de la infestación de China, Europa y otros países de Latinoamérica, las limitaciones de movilidad y ejercicio mercantil resultaban imprevisibles, extraordinarias e irresistibles.

En el caso particular de la sociedad CALCO S.A., la prueba practicada evidencia la afectación del giro ordinario de sus negocios, lo que, en principio pudo no perturbar el cumplimiento de las promesas, pero, a la postre lo hacía, no porque el precio pactado hubiera aumentado su valor, sino porque, si su actuación comercial cotidiana estaba lesionada, la obra extraordinaria, que era la compra de los inmuebles prometidos en venta, también estaba menguada.

Fíjese que, con referencia a CALCO S.A., se presentó un estudio financiero relacionado con sus resultados integrales, el cual evidencia una disminución en sus ingresos operacionales del 44.82% en 2020, respecto de 2019; además, consigna la afectación generada por el cierre de establecimientos a raíz de la pandemia, y da cuenta de la pérdida del ejercicio 2020, equivalente a \$5.155, la cual corresponde al 226.6% de decrecimiento en relación con la actividad de 2019 (ver folios 65 y 68, archivo 2).

De otro lado, la misma información, establece las variaciones negativas en el patrimonio de CALCO S.A., circunstancia complementada en la audiencia de Instrucción y Juzgamiento cuando los testigos OCAR GALEANO MEJÍA y MÓNICA LILIANA TINJACÁ LAVERDE expusieron como la pandemia frustró la nueva idea de negocios, al extremo de tener que reestructurarla, y como los ingresos se redujeron casi en su totalidad, pero con gastos que, al mantenerse inmodificados, afectaron gravemente la situación económica de los establecimientos comerciales de CALCO S.A.

Esas probanzas, se debe advertir, provienen de personas que tienen una relación cercana con la parte demandante principal, lo cual los hace sospechosos, pero no carentes de valor demostrativo, dado que, aspectos económicos, coyunturales como los mencionados únicamente son conocidos por personas muy cercanas al negocio. Por lo tanto, el conocimiento expuesto es válido y como los testigos se mostraron responsivos y directos, considera el Juzgado que hay

evidencia de las afectaciones que padeció CALCO S.A. como secuela de la pandemia del Covid -19.

Por otra parte, cono desconoce el Juzgado que las compraventas prometidas se podían celebrar, pero el costo para los negocios habituales de CALCO S.A. era muy alto, incluso porque atentaría contra el pago de sus gastos fijos, razón por la cual las secuelas del Covid – 19 se convirtieron en circunstancias imprevistas, imprevisibles e irresistibles que determinaron negativamente la ejecución de los contratos proyectados; además, minaron la necesidad de iniciar un nuevo escenario de negocio, así como la de adquirir inmuebles para su montaje, y conminaron a CALCO S.A. a escoger entre mantener a flote su mercado tradicional o suprimir, o al menos aplazar, el nuevo mercado, no siendo exigible sacrificar su negocio original, por las consecuencias que esa determinación generaría.

En este orden, fue tan importante lo acontecido con la pandemia que, si ella no conllevaba la aplicación de la teoría de la imprevisión, al menos si se habría estructurado un evento constitutivo de fuerza mayor, el cual justificaría la inobservancia prestacional endilgada a CALCO S.A.

Ahora bien, se trae a colación esta eventualidad porque se ha pedido que, tras la aplicación se la teoría de la imprevisión, se dejen sin efecto los contratos por falta de causa, como si seguir esa tesis supusiera una invalidez. No se duda que algún sector de la doctrina da cuenta de esa posibilidad¹⁵, pero lo cierto es que esa no es la solución legal, en tanto que el precepto 868 del Código de Comercio obliga a una revisión del contrato, si ella es posible, o a su terminación, esta última que del mismo modo se debería observar respecto de la resolución reclamada en la reconvencción, en tanto, se repite, el incumplimiento estaría justificado, esto es, en ambas hipótesis se llegaría válidamente al decreto de terminación del contrato, para volver las cosas al estado precontractual, pero sin indemnización de perjuicios de ningún lado.

Esa finalización negocial es la mejor solución que encuentra el Juzgado, puesto que no es viable realizar ajustes, como rebajar el precio o concretar una

¹⁵ “... la falta de causa sobreviniente en los contratos de tracto sucesivo generará como consecuencia la nulidad relativa del acto o contrato, por lo tanto, su resolución. Si fundamentamos la imprevisión en la falta de causa sobreviniente, sus efectos se verían reducidos al antes mencionado, negando, de esta manera, la posibilidad de aplicar las soluciones propias de la teoría objeto de estudio, especialmente los reajustes prestacionales”. Barbosa Verano, Jeanet y Ariel Ignacio Neyva Morales. Teoría de la imprevisión en el derecho civil. Reimpresión 1999. Pág. 53.

fecha futura para las compraventas, en tanto los inmuebles, algo que fue confesado por los promitentes vendedores, se encuentran vinculados a una operación fiduciaria. De ahí que, sin la opción de los ajustes, lo imperativo es la terminación de las convenciones, misma determinación que correspondería adoptar si se considerara que el incumplimiento estaba justificado por motivos constitutivos de causa extraña.

Finalmente, como no se hicieron juicios de reproche a ninguna de las partes, inviable resulta la condena en perjuicios, razón por la cual simplemente se harían las restituciones mutuas, que en definitiva es devolver el anticipo, indexado según el IPC causado entre la fecha de éste y el que rija el día de su devolución, ello para mantener el valor del dinero

IV. CONCLUSIÓN GENERAL.

En definitiva, a manera de recapitulación se tiene que no procede la pretensión declarativa de inexistencia o nulidad de las promesas de compraventa demandadas, pero se declarará que era viable aplicar la teoría de la imprevisión, no para anular las convenciones, sino para efectos de la terminación de los negocios, todo lo cual supone devolver lo entregado, con la indexación mencionada.

Las restantes pretensiones serán negadas y se condenará en costas a la parte demandada original. De ese modo, siguiendo la preceptiva del Acuerdo PSAA16-10554, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijará la suma de \$9.000.000, por concepto de agencias en derecho.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. SE NIEGA la pretensión principal de inexistencia de las promesas de compraventa objeto de este proceso.

SEGUNDO. SE NIEGA la pretensión subsidiaria de nulidad absoluta de los mismos contratos.

TERCERO. SE NIEGA la pretensión subsidiaria de aplicación de la teoría de la imprevisión para efectos de dejar sin efectos esos contratos por falta de causa.

CUARTO. SE DECLARA que en este evento se debe aplicar la teoría de la imprevisión, dadas las circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles que afectaron a CALCO S.A. en 2020 y que, de manera indirecta, impidieron la celebración de los contratos prometidos.

QUINTO. Como consecuencia de lo anterior, **SE ORDENA** la terminación de los contratos y, para efectos de las restituciones mutuas, **SE CONDENA** a MARCO POLO ARTE S.A.S., así como a ANA ISABEL, MARÍA CONSTANZA, MARÍA ADELAIDA y ANGELA MARÍA DIEZ ZULUAGA a devolver a CALCO S.A. la suma total de \$300.000.000, de los cuales \$205.011.390 deben ser devueltos por las hermanas Diez Zuluaga, y \$94.988.610 por la sociedad MARCO POLO ARTE S.A.S.

Dichas cantidades deberán ser devueltas indexadas, según el IPC causado entre el 9 de marzo de 2020 y el día de pago total de esta prestación impuesta.

SEXTO. SE NIEGAN las pretensiones de la demanda de reconvención, así como las restantes pretensiones de la demanda principal.

SÉPTIMO. COSTAS a cargo de MARCO POLO ARTE S.A.S., así como de ANA ISABEL, MARÍA CONSTANZA, MARÍA ADELAIDA y ANGELA MARÍA DIEZ ZULUAGA y a favor de la parte demandada. Como agencias en derecho se fija la suma de \$9.000.000.

NOTIFÍQUESE



16

MARIO ALBERTO GÓMEZ LONDOÑO
Juez

¹⁶ Se deja constancia que la presente providencia se suscribió con rúbrica escaneada, dado que la firma electrónica presentaba fallas.