



**DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO
SANTA MARTA - MAGDALENA**

Santa Marta - Magdalena
Catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

**VERBAL
RESOLUCIÓN DE CONTRATO CON
MUTUA PETICIÓN DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO
47.001.31.53.005.2020.00069.00**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se procede a resolver la las excepciones previas propuestas por ambas partes al interior de este proceso **VERBAL** de **RESOLUCIÓN DE CONTRATO CON MUTUA PETICIÓN DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO** promovido por **LEONOR GÓMEZ DE GÁLVEZ** contra **JUAN MANUEL DÍAZ TOCARRUNCHO**.

II. ANTECEDENTES

La demanda inicial fue admitida el 29 de enero de 2021, y enterado el demandado presentó excepciones de mérito y previas, así como demanda de reconvenición. Las excepciones previas que propuso fueron las siguientes:

- A. Falta total de poder del apoderado de la parte demandante.
- B. Inepta demanda por falta del requisito formal de la conciliación extra judicial en derecho.

Notificada la demanda de reconvenición, la parte demandante inicial, presentó a su turno excepciones de mérito y previas, así como contestación a la demanda de reconvenición. Las excepciones previas que propuso fueron las siguientes:

- A. Ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones.
- B. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales.

Surtido el traslado de rigor las partes se pronunciaron sobre las excepciones propuestas, y por lo mismo se procede a decirlas de forma conjunta, en fiel apego a lo dispuesto en el artículo 371 del Código General del Proceso.

III. CONSIDERACIONES

Conocida la demanda por el demandado, este puede optar diversas conductas, entre ellas, presentar excepciones, las cuales se concretan a las defensas que presenta el convocado, en busca que resistir las pretensiones que en su contra ha elevado el promotor de la causa.

Dichas excepciones pueden estar encaminadas a atacar la regularidad del trámite adelantado, en cuyo caso se denominan “excepciones previas.” Ya, si lo pretendido es desvirtuar el fondo del asunto, se habla de excepciones de fondo o de mérito.

Las excepciones previas sólo atacan la forma como se ha adelantado el proceso, de tal suerte que, si se trata de una cuestión salvable, se procederá a recomponer lo adelantado, para continuar con su diligenciamiento. Así mismo, se encuentran contempladas en el artículo 100 del Código General del Proceso, y se caracterizan por ser un listado exclusivo. Quiere significar lo anterior que sólo lo que se encuentre relacionado en ese artículo tiene la potencialidad de atacar el proceso.

En este caso, se procederá a estudiar las excepciones previas propuestas por ambos extremos contra la respectiva demanda presentada en su contra.

3.1 Excepciones previas frente a la demanda inicial

3.1.1 Falta total de poder del apoderado de la parte demandante

La causal invocada en este caso es la contemplada en el artículo 100 numeral 4, cuyo tenor literal es el siguiente:

“salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

/.../

4. Incapacidad o indebida representación del demandante o demandado.

/.../”

Para sustentar esta causal, el demandado inicial, por conducto de su representante judicial, da cuenta que la parte demandante envió el respectivo poder con la presentación de la demanda, no obstante, señala la existencia de unas “particularidades” que lo conducen a señalar que sobre el mandato conferido se extiende un manto de duda. En efecto, concretamente señala:

“En el otorgamiento del poder que la demandante le da a su apoderado con el cual está actuando en el presente proceso (ver folio 10), llama la atención una particularidad presentada en los sellos de las notarías donde se hicieron las presentaciones personales de la poderdante como del abogado, hecho que no se logra entender y se traduce una aparente irregularidad que desencadena una falta de poder; pues no tiene sentido que el texto del documento – poder aparezca con un sello de color verde corresponde a la notaría 8 de Bogotá, mientras que otro documento denominado presentación personal de fecha 2019-10-09- 12:17:14 realizado por la demandante, señora Leonor Gómez de Gálvez figure con sello azul correspondiente a la notaría 32 del círculo de Bogotá (ver folio 11), de acuerdo a ello, no es consecuente o por lo menos no queda claro que la señora LEONOR GÓMEZ DE GÁLVEZ, haya hecho presentación personal al poder aquí adjunto, cuando son evidentemente de distintas notarías los documentos aquí enunciados, en donde la lógica y la legalidad indica que tanto el texto como la diligencia de presentación personal hecho por la demandante tenían que ser en la misma notaría para que se entendiera que todo versaba sobre el mismo documento. Este detalle fue detectado por la suscrita y por eso se está alegando la falta de poder del abogado, quien actúa presuntamente con un poder teñido de irregularidad, lo cual se pretende no se desconocido por el despacho y mucho más si representa una nulidad en el proceso a la luz del artículo 133 del CGP numeral 4.

Ahora bien, no se trata de que todas las actuaciones se tengan que hacer en una misma notaría, pues sabemos perfectamente que los ciudadanos cuentan con completa libertad para escoger la notaría donde vaya a realizar su trámite, lo que se ha querido manifestar a usted señor juez y que pido analice detenidamente, es la inconsistencia con la que se presentó el documento – poder cuando se pretendió legitimar la presentación personal de la poderdante, tal cual como lo expuse anteriormente.”

Se extrae de lo discurrido, que este medio de defensa se fundamenta en la circunstancia que el poder contiene sellos de dos notarías diferentes, los cuales, además son de diverso color, por lo que el extremo pasivo duda sobre la veracidad del documento.

Cómo primera medida, debe puntualizarse que esta causal, a su vez, se encuentra dentro de aquellas circunstancias que configuran la nulidad de lo actuado, a tal punto que el artículo 102 del mismo compendio normativo indica que *“los hechos que configuran excepciones previas no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandante, ni por el demandado que tuvo oportunidad de proponer dichas excepciones.”*

Se extrae de lo anterior que, al constituir una causal de nulidad, lo dicho en aquellos eventos resulta igualmente aplicable cuando se invoque por vía de excepción previa.

Aclarado este tópico, se tiene que el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria ha tenido la oportunidad de explicar la configuración de esta causal, de la siguiente manera:

“Tocante con este motivo de nulidad procesal, esta Corporación tiene sentado: “En relación con la indebida representación, que es el supuesto invocado por los recurrentes para fundar la referida causal, es irrefragable el menoscabo de la garantía en cuyo resguardo está establecida, pues quien no ha tenido una representación legítima no ha estado a derecho en el proceso al cual fue vinculado como parte. “Tal irregularidad, cuando de personas naturales se trata, tiene ocurrencia en aquellos eventos en que un sujeto legalmente incapaz actúa en el proceso por sí mismo, y no por conducto de su representante legal, o cuando obra en su nombre un representante ilegítimo. En tratándose de apoderados judiciales, deviene de la gestión a nombre de otra persona, careciendo por completo de atribución para el efecto””

A su turno, el doctrinante HENRY SANABRIA, en su obra DERECHO PROCESAL CIVIL GENERAL, expone:

“Es de subrayar que la causal de nulidad también opera cuando el apoderado carece totalmente de poder para poder actuar en el proceso en representación del demandante o del demandado, dado que en aquellos casos la vulneración del derecho de defensa se hace evidente, en la medida en que se ha venido obrando en un proceso sin haberse otorgado el respectivo poder para ello; es decir, la verdad, la voluntad del sujeto para actuar en el proceso por conducto de un abogado es inexistente y, por consiguiente, la actuación se invalida, pues entrañaría una grave violación al derecho de defensa que una persona que nunca ha otorgado un poder pudiera quedar comprometida con las actuaciones de quien no es su mandatario judicial.

En este caso, vale la pena señalar que cuando de representación judicial se trata, la carencia de poder debe ser absoluta, pues si el poder es incompleto, insuficiente o fue mal otorgado, el legislador ha considerado que dicha irregularidad no sea tan grave como para viciar la actuación y, por consiguiente, se tratará de una anomalía intrascendente desde el punto de vista de la validez del proceso y que puede ser fácilmente subsanada o corregida. También es necesario recordar que en sede de la excepción previa es posible poner de presente cualquier irregularidad o insuficiencia del poder, mientras que, si de causal de nulidad se trata, únicamente es viable alegar la ausencia total de él.

¹ 1 CSJ. Civil. Sentencia de 11 de agosto de 1997, expediente 5572, ratificada por la misma Corporación en sentencia SC211 de 2017

Ocurriría esta causal de nulidad en el caso específico de la ausencia de poder cuando, por ejemplo, habiéndose otorgado poder para formular demanda a nombre de A y B, se incluye como demandante, además de las anteriores, a C, que, como se observa, se encuentra en el proceso indebidamente representado, en la medida en que el abogado que dice actuar en su nombre carece del todo de poder, circunstancia que lo facultaría para solicitar se dejara sin valor y efecto toda la actuación surtida en lo que a él respecta.²

Confrontada la posición de la jurisprudencia y de la doctrina, se observa que al unísono se entiende configurada esta causal cuando la persona en nombre de quien se actúa no ha extendido poder que autorice dicha representación en su nombre.

Y resulta que, en este asunto, la señora **LEONOR GÓMEZ DE GALVES** otorgó poder a un profesional del derecho, según se puede verificar al revisar los documentos aportados con la demanda.

Ahora, la queja de la parte demandada se centra en que existe una irregularidad en los sellos de las notarías, pues de un lado, existen sellos de dos notarías distintas, al paso que los mismos son de diferente color.

Pues bien, revisado el documento, se observa que en la parte frontal del poder existe un sello de color verde en el que no es posible determinar la notaría a la que corresponde. A su turno, el respaldo de dicho documento contiene nota de presentación personal realizada por la demandante ante la notaría 32 del Círculo de Bogotá, distinguido con sello de color azul.

De otro lado, se encontró hoja anexa que corresponde a la nota de presentación personal que realizó el apoderado de la parte demandante, ante la notaría 8 del Círculo de Bogotá, distinguido con sello de color verde.

Analizados en conjunto estos documentos, fácilmente se arriba a la conclusión que no existe la irregularidad denunciada por la parte demandada, pues existe una explicación lógica para que exista un sello de color azul correspondiente a la notaría 32 del Círculo de Bogotá, y otro, de color verde, perteneciente a la notaría 8 del Círculo de Bogotá.

En efecto, revela la foliatura que la señora **LEONOR GÓMEZ DE GÁLVEZ** realizó la presentación personal del poder ante la notaría 32 del Círculo de Bogotá, oportunidad en la que se utilizó tinta azul. Mientras que su apoderado concurrió a otra oficina, esto es la notaría 8 del Círculo de Bogotá, en la que prefieren el color verde.

² Página 868

Descartada la incongruencia que señala la parte demandada, debe declararse el fracaso de la excepción bajo estudio.

3.1.2 Inepta demanda por falta del requisito formal de la conciliación extra judicial en derecho

La causal invocada en este caso es la contemplada en el artículo 100 numeral 5, cuyo tenor literal es el siguiente:

“salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

/.../

5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales /.../”

Sostiene la parte demandada que en este caso, su contendor solicitó el decreto de una medida cautelar, para evitar cumplir con el requisito de agotar la conciliación extrajudicial, y que, a pesar que el despacho le impuso la carga de constituir caución para proceder a su decreto, a la fecha no ha cumplido con este requisito, motivo por el cual, según sus disertaciones *“no se puede considerar que existe una solicitud de medida cautelar en firme cuando ha sido negada por el despacho y por ende no puede constituir una excepción a la regla que estipula el artículo 590 del CGP.”*

Sobre la exigencia del requisito de conciliación extrajudicial en derecho, es necesario remitirnos a la ley 640 de 2001, la cual se encontraba vigente para la época en que se presentó la demanda, norma que en su artículo 35 disponía lo siguiente:

“En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad.”

Y el canon 38 de la misma legislación señalaba:

“Si el conflicto en Materia civil es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse antes de acudir a la jurisdicción civil en los procesos declarativos que deban tramitarse a través del procedimiento ordinario o abreviado, con excepción de los de expropiación y los divisorios”.

De acuerdo con el canon en cita, antes de acudir a la jurisdicción, es necesario intentar llegar a una salida negociada entre las partes, para lo cual se le impone al demandante la carga de convocar a su contraparte ante un conciliador, para procurar un acuerdo. En ese

orden de ideas, sea que se lleve a cabo la reunión, o que fracase por falta de ánimo conciliatorio, es deber del interesado aportar con la demanda la prueba de haber intentado este trámite.

Busca con ello el legislador descongestionar la administración de justicia, de ahí que la norma esté encaminada a que se intente negociar entre las partes, sin presencia del juez, sin que ello se traduzca en la obligación de llegar a un acuerdo extraprocesal. De esta forma, la conciliación adquiere la categoría de requisito de procedibilidad, esto es se convierte en presupuesto para acceder a la justicia formal del Estado.

Ciertamente hay que hacer claridad que, tratándose de procesos verbales, es requisito de procedibilidad el acreditar la diligencia previa de gestión de audiencia de conciliación, más no como una denegación, ni limitación de acceso a la administración de justicia. Lo que se pretende es lograr un entendimiento entre las partes, de facilitarles a las personas la solución de sus conflictos por acuerdo entre ellas, y al mismo tiempo evitarla congestión de los despachos judiciales, procurando encontrar una solución negociada por las partes y en la cual se satisfacen las expectativas de todos los involucrados.

Empero, este requisito admite una serie de excepciones, y, en el caso bajo estudio, se ha dado aplicación a la hipótesis contemplada en el parágrafo 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, que establece que:

“En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad”.

Precisamente es esta facultad la que genera la inconformidad de la parte demandada, quien sostiene que se acudió a la solicitud de medidas cautelares, como forma de eludir la obligación de intentar la conciliación extrajudicial.

No obstante, atendidos a la redacción del artículo 590 parágrafo 1 del Código General del Proceso, debe resaltarse que la excepción prevista a la obligación de intentar la conciliación extrajudicial, está dada por la simple solicitud, al emplear el vocablo “... **cuando se solicite** la práctica de medidas cautelares...”.

En efecto, nótese que la norma no exige que se proceda efectivamente al decreto de la cautela, toda vez que basta que se eleve la petición en ese sentido.

En un caso de contornos similares, tuvo la oportunidad la jurisprudencia de pronunciarse como sigue:

*“En esa línea, debe tenerse en cuenta que el estamento reprochado encontró imposible abrir paso a la «excepción previa de ineptitud de demanda» exhortada por *Palmeras la Cabaña Gutiérrez y Cía., S en C.**

comoquiera que Javier Antonio Gutiérrez Lozano, que es el demandante, imploró, desde el comienzo, el «decreto de una medida cautelar innominada», lo que lo eximió de gestionar la «conciliación extrajudicial en derecho» antes de activar la jurisdicción, sin que tal proceder luzca equivocado al tratarse de una salida procedente en esa clase de certámenes (art. 590 CGP).³

Y, más adelante, el mismo pronunciamiento, explica lo siguiente:

“Como se infiere, tal interpretación no es antojadiza ni derivada de la mera subjetividad, ya que armoniza con el parágrafo 1° del artículo 590 del Código General del Proceso, según el cual «[e]n todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente ante el juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad», sobre todo porque fue eso lo que ocurrió en el episodio sobre el que versa el resguardo, en el que el sujeto que «demandó» instó el «decreto de una medida cautelar innominada» con miras a efectivizar el recaudo de lo que le llegare a ser reconocido al finalizar la polémica, solo que tal prédica fue desatendida al no observarse «la apariencia del buen derecho», que es uno de los presupuestos que viabilizan una exigencia de ese linaje.

Bajo ese entendido, como el «demandante» buscó obtener una «medida cautelar innominada», que es procedente en la clase de negocios a la cual pertenece el suyo (declarativo), esa sola circunstancia lo habilitaba para dirigirse directamente a la «jurisdicción» al margen de que tal «cautela» llegase a ser o no autorizada, pues era ese un hecho que debía evaluar el juez después de la radicación del libelo con miramiento en el fomis boni iuris (apariencia del buen derecho), la urgencia y el periculum in mora (peligro en la demora).

Sobre el particular, se ha decantado que

(...) el parágrafo primero del artículo 590 del Código General del Proceso, presupone que ‘[e]n todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad’. (...) en esas condiciones, este es uno de los casos en que se advierte que no era necesario que el juez acusado verificara si se cumplía con el requisito de procedibilidad, habida cuenta que estaba en presencia de una

³ CSJ-SCC, Sentencia STC5852-2019 de 13 de mayo de 2019, MP Octavio Augusto Tejerio Duque

demanda en la que se pidió el decreto de una medida cautelar consistente en el embargo, en su proporción legal, del salario devengado por el convocado, con el fin de cubrir una cuota provisional de alimentos a favor de su menor hijo, -mientras se define la instancia-; circunstancia que por sí sola bastaba para deducir que la demandante podía acudir directamente a la jurisdicción de familia, esto es, obviando el agotamiento del presupuesto antes mencionado. (CSJ STC945-2019).”

Así pues, no es viable acudir a los estrados solicitando retrotraer todo lo actuado, para exponer hechos que ocurrieron con posterioridad a que se adoptó la decisión.

Ahora bien, no puede dejarse de lado que la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en puntualizar que no es cualquier medida cautelar la que satisface este requisito, pues sólo es posible considerar que se hace alusión a la excepción cuando se trata de una cautela viable.

Y, en el presente asunto simultáneamente con la demanda se deprecó la inscripción de la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria del bien objeto del presente proceso, esto es el identificado con el número 080-41851, la cual, se juzga procedente. Sobre este tópico así se ha pronunciado la jurisprudencia:

“Es criterio de la Sala que el rechazo de la demanda resulta razonable, cuando no se acredita la conciliación extrajudicial en juicios declarativos y se solicitan medidas cautelares inviables, evento en el que el requisito de procedibilidad en mención no puede tenerse por satisfecho, pero si se verifica la procedencia, necesidad, proporcionalidad y eficacia de estas, a falta de otras irregularidades, la admisión de la demanda es factible (CSJ STC15432-2017, STC10609-2016, STC 3028-2020 y STC4283-2020, por citar algunas).”⁴

En ese orden de ideas, la norma exige que para el momento en que se adopte la decisión se cuente con la prueba que se está incurso en la excepción invocada, esto es, que se hubiere solicitado una medida cautelar conducente, y, como eso fue lo que ocurrió en este caso, por tal motivo la excepción bajo estudio no prospera.

3.2 Excepciones previas frente a la demanda de reconvención

3.2.1 Ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones

⁴ CSJ-SCC, Sentencia STC9594-2022 de 27 de julio de 2022, MP Martha Patricia Guzmán Álvarez

La causal invocada en este caso es la contemplada en el artículo 100 numeral 5, cuyo tenor literal es el siguiente:

“salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

/.../

5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de las pretensiones/.../”

Se sustenta esta defensa en la circunstancia de que en la demanda de reconvencción las pretensiones 4, 5 y 6 son excluyentes entre sí. En efecto, las mencionadas, en su orden corresponden al reclamo de perjuicios, cláusula penal y la devolución de las sumas de dinero pagadas en exceso.

Explica la demandada en reconvencción que el artículo 1600 del Código Civil dispone que sólo se podrá acumular el pago de indemnización con la cláusula penal, en caso que exista un pacto expreso, el cual no se realizó en este caso. Y, con relación al reintegro del dinero entregado, manifiesta que *“es un efecto inverso del Artículo 1546 del Código Civil, no obstante, encontrándose configurado en el presente proceso la excepción de contrato no cumplido enmarcada en el artículo 1609 del Código Civil.”*

Entendida de esta forma la cuestión conflictiva planteada, por razones metodológicas, debe proceder el despacho, en primer lugar, a estudiar en que consiste la acumulación de pretensiones, para luego determinar si es procedente solicitar simultáneamente la cláusula penal, el cumplimiento de la obligación, la indemnización reclamada y las arras retractatorias.

Para entrar en el fondo del asunto, debe recordarse que existe una relación inescindible entre la demanda y la sentencia, en la medida que el contenido de aquella, señala el campo de acción sobre el cual girará el desarrollo del proceso, y en últimas, demarca el objeto de estudio del juez al momento de emitir la decisión que pone fin al litigio.

Por tal motivo el escrito inaugural goza de cardinal importancia, en la medida que *“...la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley.”*⁵

Además, la demanda también cumple la función de indicar a la contraparte los hechos por los cuales está siendo convocado a juicio, y las declaraciones que se reclaman, de tal suerte que, constituye la piedra angular del debido proceso, en la medida que sólo lo que se incluya en ese documento será el objeto del debate.

⁵ Código General del Proceso, artículo 281

En vista de la trascendencia que ostenta esa pieza procesal, la ritualidad le impone unos requisitos comunes a toda clase de procesos, los cuales se encuentran relacionados en el artículo 82 del Código General del Proceso.

Ahora, de acuerdo con la ley adjetiva, la regla general es que a cada pretensión le corresponde su propia demanda; empero, en aplicación del principio de la economía procesal, el artículo 88 autoriza que excepcionalmente, se puedan reclamar diversas pretensiones dentro de un solo proceso.

Bajo este contexto aparece la definición de acumulación de pretensiones, la que consiste básicamente en incoar múltiples peticiones para que se tramiten bajo una sola cuerda, y sean resueltas en una misma sentencia, valiéndose de las mismas pruebas, con lo que se persigue *“disminuir el número de pleitos y evitar fallos contradictorios en actuaciones idénticas, siendo uno mismo el derecho e iguales las probanzas, pues ello redundaría en desprestigio de la administración de justicia y causaría erogaciones innecesarias a los litigantes; existe, pues, unidad de parte, pero diversidad de objetos, de ahí que se le conozca con el nombre de acumulación objetiva.”*⁶

Esta institución es una facultad que se le concede a la parte demandante, por lo tanto, se origina en su exclusiva voluntad, sin embargo, para el éxito de sus pretensiones se le impone la carga de acreditar *“...el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas [las partes] persiguen.”*⁷

Así mismo, la puerta de entrada consiste en cumplir los requisitos que el artículo 88 del Código General del Proceso impone, los cuales son:

- 1. Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía.*
- 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- 3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.*

De la lectura de los presupuestos necesarios para acumulación, se extrae que son dos eventos que dan lugar a su improcedencia: material, también conocida como natural, y la procesal.

“Habrá incompatibilidad material o natural -y por eso la acumulación deja de ser lógica y legalmente posible cuando los efectos jurídicos de dichas pretensiones no pueden coexistir por ser antagónicos o excluyentes; y existirá incompatibilidad procesal -que también veda la acumulación-

⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 30 de julio de 1952, GJ, t LXXII, pág. 373.

⁷ Código General del Proceso, artículo 167

cuando el juez no es competente para conocer de todas las pretensiones agregadas, o cuando a todas ellas no les corresponde, según la ley, el mismo o idéntico procedimiento.

/.../

Cuando se trata de súplicas que atañen a una dualidad de relaciones jurídicas que no pueden coexistir por ser antiéticas, la ley posibilita su acumulación, pero solamente en forma eventual o subsidiaria, pues en tal hipótesis el demandante subordina la estimación de una de ellas a la desestimación de la otra. En ese acontecer nada impide, y antes bien la naturaleza de las cosas así lo requiere, que el demandante determine en su demanda hechos o fundamentos generalmente contradictorios o excluyentes: quien pretendía la nulidad de una compraventa y en subsidio su resolución; por ejemplo, tendrá que hacer afirmaciones que tiendan a demostrar la ineficacia o invalidez de dicho acto y a la vez, aunque separadamente, las que conduzcan a establecer su cumplimiento.”⁸

Acorde con la jurisprudencia en cita, en línea de principio, no es posible solicitar en una misma demanda simultáneamente declaraciones que lógicamente no sean posibles, es decir, determinada cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Entonces, como son opuestos, en el evento que se soliciten, se configuraría la indebida acumulación de pretensiones.

Excepcionalmente es viable presentar peticiones de esas características, sometidas a la condición que se soliciten de forma subsidiaria, es decir, establecer desde el libelo introductor que sólo en el evento que no prospere determinada pretensión, se acometa el estudio de la otra, pero bajo ninguna circunstancia reclamar ambas simultáneamente.

En el caso que ocupa la atención del despacho, la parte demandada en reconvencción sostiene que la demanda de mutua pretensión incurrió en la conducta que está prohibida, cuando incluyó reclamaciones que son excluyentes entre sí.

Dentro del término de traslado de la excepción bajo estudio, la parte demandante en reconvencción se ratificó en la solicitud de todas sus pretensiones, y para ello echó mano de lo dicho por el Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto en el que indica que en cada caso será necesario estudiar el pacto celebrado, para poder establecer la intención que tuvieron las partes para incluir la cláusula penal.

A renglón seguido, plantea que la sanción “...pactada **NO** buscaba una posible indemnización de los posibles perjuicios, sino que su principal fin es que no se presentara la resolución del contrato”.

⁸ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 15 de noviembre de 1983

Y luego de precisar que la cláusula penal *“...es una apreciación anticipada de los precitados perjuicios”*, aclara que la indemnización reclamada *“...se presenta con ocasión a que el valor pactado en la promesa de compraventa, como parte de pago del bien no fue el que realmente el señor DÍAZ TOCARRUNCHO tuvo que asumir, y en consecuencia, el valor de la cláusula penal estipulada no abarca la totalidad de los pagos a mi poderdante, ya que se reitera que en el momento que se suscribe la promesa de compraventa no se tuvo en cuenta la posibilidad de que aumentara las deudas con las que contaba el bien, en razón al paso del tiempo, motivo por el cual en la cláusula penal no se previó la totalidad de los pagos que realmente se han asumido.”*

Más adelante, afirma que se solicita la devolución de las arras *“ya que la parte contraria busca retractarse de cumplir con el contrato, es decir, que al erigirse la devolución de las mismas, la función de las arras se cumple a cabalidad y en concordancia con lo estipulado en la cláusula quinta del contrato de promesa de compraventa objeto de litigio.”*

Así las cosas, en el evento que resulten ser ciertas las afirmaciones que sustentan la excepción previa bajo estudio, la demanda de reconvención habría incurrido en una falta de técnica procesal, por lo que necesario resulta volcar la atención sobre lo solicitado en ella.

Es así como tenemos que las pretensiones contenidas en la reforma de la demanda de reconvención, la cual fue admitida por auto de fecha 30 de septiembre de 2021, son las siguientes:

“TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior y al tenor del artículo 1546 del C.C. se obligue a la promitente vendedora a cumplir con su obligación contractual de transferir a favor del promitente comprador, el pleno derecho de dominio, propiedad y posesión con todos sus usos y mejoras sobre el inmueble casa 37 del conjunto residencial Lagos del Dulzino, inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria 0800041851 de la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos de Santa Marta, y que ésta transferencia incluya el derecho al uso exclusivo del parqueadero, hecho que se perfeccionará como la fijación de una pecha para que se firmen las respectivas escrituras.

CUARTA: Que conforme a ese incumplimiento por parte de la promitente vendedora, se ordenen a la señora LEONOR GÓMEZ DE GÁLVEZ, a pagar los daños y perjuicios moratorios causados al demandante por la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/L (\$50.000.000), por su omisión de cumplir con el contrato y por ende de suscribir y protocolizar las escrituras de venta.

QUINTA: Ordenar a la señora LEONOR GÓMEZ DE GÁLVEZ, a PAGAR a favor del señor JUAN MANUEL DÍAZ TOCARRUNCHO la cláusula penal respectiva,

descrita en la cláusula novena del documento promesa de compra venta de fecha 21 de mayo de 2014 por la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000).

SEXTA: Ordenar a la señora LEONOR GÓMEZ DE GÁLVEZ, a pagar las ARRAS CONFIRMATORIAS descritas en la cláusula quinta del documento de promesa de compraventa de fecha 21 de mayo de 2014 por la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000).

SÉPTIMA: Ordenar a la señora LEONOR GÓMEZ DE GÁLVEZ, a realizar la devolución del previo pagada de más por el promitente comprador, correspondiente a la suma de VEINTE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS NUEVE PESOS (20.622.0309) entre lo cancelado en diferentes conceptos como administración e impuestos prediales del bien.”

Como quiera que la controversia en este punto se deriva de la naturaleza de la cláusula penal pactada, es necesario fijar la mirada sobre la definición que trae el Código Civil:

“Artículo 1592. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

Esta disposición ha sido objeto de estudio por la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia SC3047-2018 de 31 de julio de 2018, M.P. Luis alonso Rico Puerta, oportunidad en la que precisó:

“Pues bien, en el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina «cláusula penal» al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de «cláusula penal compensatoria» y en el segundo, «cláusula penal moratoria»; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación.

En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una «obligación accesorio», en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación; igualmente, constituye una «obligación condicional», porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la «obligación principal»; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos.”

Y, en punto a la exigencia simultánea en la misma demanda de la cláusula y el cumplimiento de la obligación principal, el artículo 1594 del Código Civil, dispone lo siguiente:

“Artículo 1594. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.”

El órgano de Cierre de la jurisdicción también ha tenido la oportunidad de estudiar esta disposición, evento en el cual puntualizó:

[...] Ahora, la estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación principal; en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de comprobar dicha culpa (Art. 1604 del C. C); en tercer lugar, evita la controversia sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor.

[...] Para evitar un doble pago de la obligación, en principio no puede exigir el acreedor, a la vez, la obligación principal y la pena (Art. 1594 del C.C); tampoco puede solicitar el cúmulo de la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, porque ello entrañaría una doble satisfacción de los mismos, salvo que así se haya estipulado, o que la pena convenida sea de naturaleza moratoria, pues en uno y otros eventos si puede pedirse acumuladamente tales reclamaciones (Art. 1600 del C. C).

Estipulada la cláusula penal y aunque el acreedor no esté obligado a aceptar del deudor el pago parcial de la obligación, sin embargo, cuando lo acepta en esas condiciones renuncia implícitamente a una parte proporcional de la pena, como claramente se desprende de la ley, en cuanto ésta establece que ‘si el deudor cumple solamente una parte de la obligación y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal’. (Art. 1596 del CC)»⁹.

⁹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SC, 7 oct. 1976, G.J. t. CLII, n.º 2393, págs. 446-447,

Criterio que ha permanecido inalterado, como se puede evidenciar en un pronunciamiento más recientemente, en sentencia de 7 de junio de 2002, expediente 7320 M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno, al decir:

“Quiere decir lo anterior que, en casos como el presente, donde se haya pactado la cláusula penal en función de indemnización compensatoria – la moratoria es compatible con la cláusula penal, según dispone el artículo 1594-, el acreedor puede optar por lo que mejor le convenga: si menos indemnización pero librado de la carga de demostrar perjuicios y su monto, o más indemnización, con prescindencia de la cláusula penal que contempla una menor, pero asumiendo esa carga probatoria; opción que concertada en la demanda respectiva no puede ser variada a instancia del deudor invocándola en su favor, ni por el juez porque no sólo debe cumplir con tal precepto que consagra esa opción, sino porque para proferir su fallo debe ceñirse a los hechos y pretensiones de la demanda, so pena de caer en incongruencia.”

A la luz de lo discurredo, por regla general no es posible solicitar simultáneamente la obligación principal y la pena, salvo dos excepciones, esto es, que la sanción se hubiere pactado por el simple hecho del retardo, o, que se conviniera expresamente que la pena no extingue la obligación principal.

Situados en este escenario, retomando las pretensiones de la demanda de reconvención, tenemos que en ellas se solicita, que la señora LEONOR GÓMEZ DE GÁLVEZ:

- a. Cumpla la obligación de transferir al señor JUAN MANUEL DÍAZ TOCARRUNCHO el predio identificado con la matrícula inmobiliaria 080-0041851;
- b. Que pague al señor JUAN MANUEL DÍAZ TOCARRUNCHO:
 - i. La suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000) a título de perjuicios moratorios;
 - ii. La respectiva cláusula penal, que asciende a TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000),
 - iii. Las arras confirmatorias, por CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000);
 - iv. La cantidad de VEINTE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS NUEVE PESOS (\$20.622.0309), valor pagado de más por el demandante en reconvención, correspondiente a conceptos como administración e impuesto predial.

Sintetizadas de esta forma las aspiraciones judiciales del promitente comprador, de entrada se observa que ha solicitado simultáneamente, valga decir, de forma principal, el cumplimiento de la obligación, y el pago de la cláusula penal, situación que según lo dispone el artículo 1594 del Código Civil se admite cuando la cláusula penal se estableció por el

retardo, y cuando existe pacto expreso entre los extremos negociales, por lo tanto, con el propósito de establecer si en este caso se configura una de las excepciones a la regla principal, necesario resulta auscultar las cláusulas del negocio jurídico celebrado.

Y revisadas las mismas, se encuentra que en el convenio ajustado entre las partes, se estableció el objeto del contrato, representado en la obligación que adquirió la señora LEONOR GÓMEZ DE GÁLVEZ de transferir a nombre del señor JUAN MANUEL DÍAZ TOCARRUNCHO, el derecho de dominio sobre el predio identificado con matrícula inmobiliaria 080-0041851, así como proceder a su saneamiento, y a paz y salvo por concepto de cuotas de administración, impuestos y a levantar el embargo que pesaba sobre el fundo.

De su lado, el señor JUAN MANUEL DÍAZ TOCARRUNCHO, se comprometió a asumir el pago de las cuotas de administración, servicios públicos e impuestos a partir de la entrega del bien.

Como precio se fijó la suma de TRESCIENTOS VEINTE MILLONES (\$320.000.000), que se pagarían de la siguiente forma:

1. CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000) que entregaría el señor JUAN MANUEL DÍAZ TOCARRUNCHO el 30 de junio de 2014, como arras confirmatorias y arras de retracto.
2. El valor de la deuda por concepto de administración del conjunto de Chalet Lagos del Dulcino Propiedad Horizontal, y de la deuda a la Secretaría de Hacienda de Santa Marta.
3. El saldo que resulte luego de realizar los pagos anteriormente descritos, se realizará dentro del mes siguiente al primer contado.

Además, se convino que la escritura de compraventa se firmaría en la Notaría 6 de Bogotá entre las 10 y 11 a.m. del 30 de octubre de 2014, que la entrega del fundo se realizaría en la fecha de suscripción de la promesa de compraventa, que los gastos notariales correrían por partes iguales; mientras que el impuesto y los derechos de registro serían a cargo del señor Tocarruncho, y la retención en la fuente le corresponde a la señora Gómez.

Finalmente, como cláusula penal se contempló lo siguiente:

“Si alguno de los contratantes no cumpliera en todo o en parte sus obligaciones dará lugar a la Resolución del presente contrato, y cancelará a favor del contratante cumplido, a título de pena, una suma equivalente a treinta millones de pesos (\$30.000.000)”

Analizadas con detenimiento las estipulaciones que componen la negociación entre las partes, con miras a establecer si de forma anticipada se autorizó cobrar la cláusula penal por el simple retardo, o si se autorizó a cualquiera de los contratantes a solicitar simultáneamente la ejecución del contrato y la cláusula penal, en el evento que se hiciera necesario acudir a los carriles judiciales, no encuentra el despacho la mencionada facultad.

Por el contrario, la lectura de la cláusula penal deja al descubierto que en ella se plasmó de forma clara la voluntad de las partes, al establecer que el incumplimiento de cualquiera de los extremos negociales los faculta para solicitar la resolución del contrato, así como para reclamar la pena fijada de forma anticipada.

Bajo estas circunstancias, se logra concluir que la cláusula penal pactada en esta ocasión cumple las veces de tasación anticipada de los perjuicios por el incumplimiento del contrato, toda vez que cuando en el texto del contrato se establece que la infracción de cualquiera de las obligaciones, desemboca en la resolución del contrato, de tajo está excluyendo que se hubiere planteado la cláusula penal por el simple retardo, pues la redacción de la estipulación da cuenta que el desconocimiento de las obligaciones conduce a deshacer el contrato.

En ese sentido, no es de recibo el alegato del demandante en reconvención, quien sostiene que además de deprecar el pago de la cláusula, incluye el valor de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) por concepto de indemnización que no fue cubierta por el valor pactado por anticipado, pues se está desconociendo la naturaleza misma de la cláusula.

Así pues, la cláusula penal utilizada en este caso cumple la función de anticipar el valor de los perjuicios, bajo la consideración que se libera a la parte afectada de la carga de probar su existencia y su monto, lo que significa que renuncia a cobrar la diferencia, en el evento que el menoscabo sufrido sea mayor al tasado por anticipado.

De acuerdo con lo expuesto, se advierte que existe una indebida acumulación de pretensiones, en la medida que el contrato no permite solicitar el cumplimiento y la cláusula penal simultáneamente, al no incluirse expresamente esa facultad, según lo exige el artículo 1594 del Código Civil.

Las anteriores circunstancias, conducen a declarar probada la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones. Sobre el particular, el artículo 101 numeral segundo prevé que la consecuencia de tal declaración es el rechazo de la demanda, al decir:

“El juez decidirá sobre las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas, antes de la audiencia inicial, y si prospera alguna que impida continuar el trámite del proceso y que no pueda ser subsana o no lo haya sido oportunamente, declarará terminada la actuación y ordenará devolver la demanda al demandante.”

En el presente asunto, durante el término de traslado, el demandante en reconvención tuvo la oportunidad para subsanar la falencia advertida, la cual no aprovechó, para en su lugar ratificar la forma en que fue confeccionado el libelo.

Así las cosas, en vista que se le proporcionó la oportunidad para enmendar la situación advertida, la cual no fue aprovechada, se procede a declarar terminada la demanda de reconvención por no haber sido subsanada.

Y como esta decisión conduce a terminar esta actuación, por sustracción de materia no hay necesidad de emitir pronunciamiento frente a la excepción previa restante de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Santa Marta,

IV. RESUELVE:

1. Declara no probadas las excepciones de previas de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y ausencia de poder al interior de la demanda **VERBAL de RESOLUCIÓN DE CONTRATO CON MUTUA PETICIÓN DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO** promovido por **LEONOR GÓMEZ DE GÁLVEZ** contra **JUAN MANUEL DÍAZ TOCARRUNCHO**.
2. Declarar probadas la excepción de previa de ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones al interior de la demanda de reconvención **VERBAL de CUMPLIMIENTO DE CONTRATO** promovido por **JUAN MANUEL DÍAZ TOCARRUNCHO** contra **LEONOR GÓMEZ DE GÁLVEZ**.
3. En consecuencia, se declara la terminación de la demanda de reconvención **VERBAL de CUMPLIMIENTO DE CONTRATO** promovido por **JUAN MANUEL DÍAZ TOCARRUNCHO** contra **LEONOR GÓMEZ DE GÁLVEZ**.
4. No hay necesidad de ordenar la devolución de la demanda, por tratarse de una actuación tramitada completamente virtual.
5. Ejecutoriada esta providencia, ingrese el expediente al despacho para continuar con el trámite de la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA PATRICIA MARTÍNEZ CUDRIS
JUEZA