

Señor

**JUEZ 2 CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI**

E. S. D.

**Referencia** : Proceso verbal de Mayor Cuantía

**Demandantes:** HORACIO ORLANDO CASTAÑO MONTES

**Demandado:** CONSTRUCTORA HABITEK S.A.S.

**Radicación:** 2020-00187

**JESÚS MAURICIO URIBE ORTEGA**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía número 16.701026 de Cali, correo electrónico **jmaurouribe@gmail.com**, abogado en ejercicio con la tarjeta profesional número 54.889 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado judicial de la sociedad demandada **CONSTRUCTORA HABITEK S.A.S**, Nit. 900.317.732-1, correo electrónico para notificaciones judiciales [juridico@habitek.co](mailto:juridico@habitek.co), con domicilio en la ciudad de Cali, dirección carrera 35 A # 3 BIS – 26 de la ciudad de Cali, estando dentro del término legal de traslado procedo a contestar la demanda en los siguientes términos:

**A LOS HECHOS.**

**PRIMERO:** Es cierto. Corresponde al contrato de promesa de compraventa suscrito entre el demandante y la demandante.

**SEGUNDO:** Es cierto. Se explica. Con la firma del contrato de promesa de compraventa el Promitente Comprador pagó la cuota inicial prevista en la cláusula sexta. El saldo en cuantía de \$471.495.223.00 se acordó originalmente que se pagaría con un crédito de Banco Davivienda.

**TERCERO y CUARTO :** Son ciertos.

**QUINTO :** Es cierto parcialmente. A pesar que el Promitente Comprador compareció a la notaría, no acreditó que estaba de capacidad de suscribir la escritura pública de compraventa, toda vez que no aportó la carta de crédito de la entidad financiera para el pago de saldo del precio; ni tampoco cheque de gerencia o el dinero en efectivo para el pago del saldo del precio en cuantía de \$471.495.223.00. En otras palabras la comparecencia y el acta de Comparecencia 001 expedida por la Notaría 13 del Círculo de Cali es inocua, desde el punto de vista jurídico. El cumplimiento de la obligación de comparecer no se agota con la simple presencia del Promitente Comprador, sino que además debe demostrar que está en capacidad de cumplir con las obligaciones que como tal le corresponde al firmar el contrato de compraventa, que es pagar el precio. De eso no dice nada el acta de comparecencia.

**SEXTO:** Es cierto. Se explica. La redacción del hecho no es clara en cuanto que sugiere que en la comunicación enviada a la sociedad demandada, en aplicación de la cláusula decima séptima y el párrafo se pudiera cobrar dos conceptos. La cláusula Decima Séptima hace referencia a la cláusula penal que se deriva del incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones contraídas por las partes. El párrafo de esta cláusula prevé expresamente que si el incumplimiento es a cargo del Promitente Comprador, se habilita al Promitente Vendedor a deducir el valor de la cláusula penal del valor pagado como parte del precio.

**SEPTIMO:** Es cierto. La representante legal de la Constructora explicó las razones por las cuales no se pudo presentar a la firma de la escritura pública de compraventa, como consecuencia de inconvenientes derivados del recibo del impuesto predial que imposibilitaron el pago del impuesto y la obtención del correspondiente paz y salvo predial. Igualmente se explicó que en el contrato de promesa de compraventa suscrito por las partes expresamente está previsto en el párrafo de la cláusula octava que en el evento que la PROMITENTE VENDEDORA no contará con los documentos que se deben protocolizar con la escritura ( como los paz y salvos) la firma de la escritura publica de compraventa automáticamente se prorrogaba por 5 días hábiles. Esta situación fue explicada previamente al demandante en forma telefónica y se le propuso suscribir un otrosí, al cual se negó. A los 2 días siguientes a la fecha de presentación en notaría, el Promitente Comprador envió la carta solicitando el pago de la cláusula penal, es decir sin que se hubiera vencido el termino previsto en el párrafo de la cláusula octava contrato de promesa de compraventa suscrito por las partes. Es decir para la fecha en que cobra la cláusula penal, conforme lo previsto en el párrafo de la cláusula octava, no había incumplimiento de la Promitente Vendedora, toda vez que para este caso específico, no contar con paz y salvos, daba lugar a una prorrogación automática a favor de la Promitente Vendedora de 5 días Hábiles para firmar la escritura pública de Compraventa.

**OCTAVO:** No es un hecho. Es una apreciación del colega y una petición.

**NOVENO:** No es cierto. Al demandado se le llamó en forma telefónica y se le propuso antes de la fecha prevista para la firma de la escritura pública que se suscribiera un otrosí, a lo cual se negó. Se le envió un correo electrónico fecha el 18 de Febrero de 2020, anexando el otrosí para cambiar la fecha, antes de la fecha prevista para la escritura publica de compraventa. Frente a la posición adoptada por el hoy demandante, no dejó opción a la Constructora diferente a la de enfrentar el proceso. A pesar de haberle dado las explicaciones y los inconvenientes presentados para el pago del impuesto predial y la obtención del paz y salvo, así como que no estaba legalizada la operación del leasing habitacional con la cual se pagaría el saldo del precio ( no se había hecho avalúo, ni estudio

de títulos, ni de cedido la posición contractual al banco, etc.) no quiso firmar la escritura sino se pagaba la clausula penal, es mas propuso que la Constructora asumiera el pago de los gastos de escrituración.

**DECIMO:** Es cierto.

### **A LAS PRETENSIONES.**

Nos oponemos a todas y cada una de las pretensiones de la demanda conforme lo expuesto en la contestación de los hechos. El acta de presentación expedida por la Notaría no cumple los requisitos legales para acreditar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del demandante, particularmente el pago del precio. No es procedente el cobro de la clausula penal e intereses moratorios.

### **FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO**

Téngase como fundamentos de derecho el artículo 43 del decreto 960 de 1970, 1546, 1602, 1609 y demás normas aplicables o concordantes del Código Civil Colombiano.

### **EXCEPCIONES DE FONDO O MERITO**

#### **EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO – EXCEPTIO NOM ADIMPLENTICONTRACTUS.**

El artículo 1609 del Código Civil Colombiano establece: "ARTICULO 1609. MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos."

Los hechos expuestos en la demanda, ni el acta de el acta de Comparecencia 001 expedida por la Notaría 13 del Círculo de Cali, prueban que el Promitente Comprador pagó el saldo del precio o acreditó como se haría el pago del mismo.

Como se confiesa tácitamente y se deduce de la exposición de los hechos primero y segundo de la demanda, el Promitente Comprador adeuda por concepto del saldo del precio la suma de \$471.495.223.00.

Esta circunstancia por si sola habilita a la Promitente Vendedora a no comparecer a la firma de escritura pública de compraventa conforme lo previsto en el parágrafo cuarto de la clausula octava del contrato de promesa de compraventa, que señala: "*En caso de que en la fecha señalada para el otorgamiento de la Escritura Pública de compraventa, EL LA (LOS) PROMITENTE(S) COMRADOR(A) (ES), fuero(n) deudor(es) moroso(s) de la PROMITENTE*

*VENDEDORA, o de terceros cesionarios de los derechos de la PROMITENTE VENDEDORA, por cualquier concepto derivado de este contrato, la PROMITENTE VENDEDORA podrá abstenerse de otorgar dicha escritura, hasta tanto se cancele la totalidad del precio. Si este pago no ocurre dentro de los quince (15) calendarios siguientes al incumplimiento, la presente promesa se terminará ipso iure, procediendo la PROMITENTE VENDEDORA a poner en venta el ben prometido en venta, sin perjuicio de demandar por eso hecho la exigibilidad de la clausula penal."*

Evidentemente se configura un incumplimiento del Promitente Comprador de su obligación, en el tiempo, anterior al incumplimiento alegado por este.

No es suficiente que el Promitente Comprador "comparezca" a la notaría, que haga acto de presencia, sin que acredite que está en capacidad de suscribir la escritura pública de compraventa. Para ello debe demostrar que pagó el precio conforme lo acordado en el contrato de promesa de compraventa o se allanó a pagar. Lo anterior se demuestra con la exhibición de un cheque de gerencia que demuestre la provisión de fondos, dinero en efectivo o una carta de aprobación de un crédito expedida por una entidad financiera que garantice el pago del saldo del precio. Nada de esto se ha probado con los documentos aportados con la demanda. El acta de comparecencia expedida por la Notaría 13 del Círculo de Cali, se limita a decir que se presentaron los originales de cuya fotocopias se anexan al acta y fueron los siguientes: - Fotocopia del contrato de promesa de compraventa; - Fotocopia del otros al contrato de promesa de compraventa y fotocopia de la Cedula de Ciudadanía del demandante. Se reitera en el acta de comparecencia no se dice nada del pago del precio previsto en el contrato de promesa de compraventa.

El artículo 43 del Decreto 960, prevé: " ARTICULO 43. <COMPROBANTES FISCALES>. <Artículo modificado por el artículo 37 del Decreto 2163 de 1970. El nuevo texto es el siguiente:> Los comprobantes fiscales serán presentados por los interesados en el momento de solicitar el servicio notarial. Prohíbese a los Notarios extender instrumentos sin que previamente se hayan presentado los certificados y comprobantes fiscales exigidos por la Ley para la prestación de servicios notariales. Aunque dichos instrumentos no sean numerados, fechados ni autorizados inmediatamente con la firma del notario.

A respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación según sentencia SC4420-2014, señaló: "*Significa lo dicho que la disposición de ejecutar lo prometido, como es la suscripción del título de dominio, no puede tenerse por superada con la simple presencia del prometiende en la notaria, puesto que los paz y salvos referidos se erigían en los únicos indicativos de que estaba en posibilidad de pagar la prestación. Allanarse a honrar los compromisos adquiridos, supone, conforme al Diccionario de la Real Academia Española, "poner expedito y transitable un camino"1 para obtener algo.*

---

*La Corte tiene explicado que los calificativos de allanarse a cumplir, "(...) en tratándose de los deudores de la prestación de suscribir una escritura pública, se predicán de quien comparece a la Notaría acatando los requerimientos legales o convencionales necesarios para poder otorgar el instrumento prometido, esto es, que no le basta con querer suscribir el documento público, sino que debe estar en condiciones de poder hacerlo"2 (subrayas ex texto)."*

En el caso que nos ocupa el promitente comprador, para suscribir la escritura pública de contrato de compraventa, conforme lo acordado en el contrato de promesa de compraventa, debía tener pagado el precio o haber aportado la carta de aprobación del crédito debidamente legalizada que garantizara el pago del saldo del precio en cuantía de \$471.495.223.00. Como se ha dicho, eso no está comprobado con las pruebas aportadas por la parte demandante ni en el acta de comparecencia expedida por la Notaría 13 de Cali. Es decir que el promitente comprador no cumplió con la obligación derivada del contrato de promesa de compraventa, (pagar el precio) para suscribir la correspondiente escritura pública de compraventa. El Promitente Comprador no estaba en capacidad de suscribir la escritura pública de compraventa. El acta de comparecencia expedida por la Notaria 13 de Cali, se limita a decir que el promitente comprador hizo presencia en la notaría más no que estaba en capacidad de comparecer para firmar la escritura pública de compraventa.

### **IMPROCEDENCIA DE COBRO DE LA CLAUSULA PENAL**

Para el cobro de la clausula penal, el demandante debe acreditar que cumplió con las obligaciones y prestaciones a que se obligó como Promitente Comprador en el contrato de promesa de compraventa.

**El artículo 1546 del Código Civil prevé:** *"Artículo 1546. Condicion resolutoria tacita. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

*Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios."*

En el caso que nos ocupa se evidencia que el promitente comprador no cumplió con la obligación de pagar el precio conforme lo previsto en el contrato de promesa de compraventa de fecha noviembre 19 de 2019. Circunstancia que es anterior a la obligación de suscribir la escritura pública de compraventa.

---

Según el artículo 1546 del Código Civil, la acción dirigida a obtener la ejecución de un contrato, inclusive la que se entabla para que se declare su resolución, exige que el demandante haya cumplido las obligaciones a su cargo.

“Como tiene explicado la Corte, cuando se pretende la ejecución de lo pactado, si las obligaciones recíprocas son sucesivas, el “(...) contratante que no vio satisfecha la previa obligación sólo puede pretender el cumplimiento del contrato si cumplió o se allanó a cumplir. Si no ha cumplido ni se ha allanado a *hacerlo, puede pretender la resolución con fundamento en el art. 1609, es decir, por el incumplimiento de las obligaciones antecedentes del otro contratante*”<sup>3</sup>.

En el derecho colombiano, todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes (art. 1602 del C.C.), y como secuela, éstas deben ceñir su conducta negocial al mismo, *so pena* de las consecuencias y efectos legales previstos por ley (art. 1546 *ejúsdem*). Ello da lugar para que el contratante cumplido frente a quien incumple, procure el ejercicio de un derecho alternativo, con el fin de restablecer el equilibrio contractual, exigiendo coactivamente, mediante dos acciones que pueden coexistir subsidiariamente, el cumplimiento o la resolución del contrato, en ambos casos, con la indemnización de perjuicios.

En esta dirección la doctrina enfatiza: “(...) *dos derechos otorga el artículo 1546 en el caso a que se refiere: o que se resuelva el contrato o que se cumpla (...). Pero para ejercer uno de ellos, es necesario que quien lo ejerza tenga presente que según el artículo 1609 ‘en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos’. De modo que si al que hace uso de la acción resolutoria, se le prueba que ha faltado a sus*

---

<sup>3</sup> Sentencia 153 de 4 de septiembre de 2000, expediente 5420.

*obligaciones, ésta no puede decretarse*<sup>4</sup> .Infiérese, este derecho únicamente puede ser ejercido en forma típica y peculiar por quien ha cumplido sus obligaciones o se allanó a cumplirlas y como prerrogativa a su arbitrio, siguiendo el programa contractual estipulado en el tiempo y en la forma convenida.”

### **IMPROCEDENCIA DEL COBRO CLAUSULA PENAL E INTERESES DE MORA.**

La finalidad de la clausula penal y los intereses moratorias es la misma. Por definición la clausula penal es la tasación anticipada de los perjuicios a favor de la parte que cumplió o se allanó a cumplir. Los intereses moratorios, al igual que la clausula penal es una sanción que se aplica al deudor cuando se ha vencido el plazo.

En el caso sub judice, el contrato de promesa de compraventa prevé la clausula penal para la parte que cumplió o se allanó a cumplir. El Promitente Comprador no cumplió ni se allanó a cumplir con el pago del precio del inmueble prometido en compraventa.

El demandante ha solicitado la rescisión del contrato de promesa de compraventa y ha solicitado el pago de la clausula penal. No solicitó el cumplimiento de la obligación principal. Al cobrar la cláusula penal, está cobrando los “perjuicios” que por voluntad fueron tasados en forma anticipada por las partes en el contrato. Pretender adicionalmente que se paguen intereses de mora, es cobrar doblemente perjuicios. Debió optar por el cobro de la clausula penal o los intereses de mora. Son excluyentes.

Se debe precisar que de acuerdo con lo establecido en el contrato de promesa de compraventa, LA PROMITENTE VENDEDORA no está en mora de devolver o restituir los dineros pagados como quiera que los inmuebles no han sido enajenados a terceros. Por condiciones de mercado, por todos los problemas que se han presentado en el país ( paro, pandemia, incertidumbre política) ha ralentizado el mercado inmobiliario, particularmente de los inmuebles de estrato 6. La Constructora, se ha visto perjudicada por la no legalización de la Compraventa y el pago del saldo del precio. La ha tocado asumir el pago de la administración, impuesto predial, servicios públicos, intereses de financiación del crédito constructor, pago de la prorrata, etc.. Los dineros entregados fueron direccionados para la compra de materia prima, pagos de honorarios, etc. El objeto de la Constructora es construir y vender, no captar dinero para guardarlo y pagar rendimientos. El inmuebles prometidos para su terminación cuestan mucha más de lo que el Promitente Comprador entregó. Por eso con la Compraventa, en donde se paga el precio o el saldo, es que se recupera lo invertido, antes no.

---

<sup>4</sup> VÉLEZ, Fernando. Estudio sobre el derecho civil colombiano, Tomo VI. Medellín: Editor Carlos A. Molina, 1908, pp. 117-118.

## **MALA FE DEL DEMANDANTE.**

El demandante se le llamó y se le envió un correo electrónico de fecha Febrero 18 de 2020 ( antes de la fecha prevista para firma de la escritura) anexando un otrosi modificando la fecha de firma de la escritura pública de Compraventa. El área escrituración de la constructora advirtió que para la legalización del leasing habitación aprobado al cliente, era necesario que el promitente comprador cumpliera con una serie de obligaciones y requisitos. Pago de avalúo, estudio de títulos, cesión de la posición contractual al Banco, etc. Requisitos que al mes de Enero de 2020 no habían sido cumplidos por el Promitente Comprador.

En los créditos modalidad leasing habitacional, quien firma la escritura pública de compraventa es el representante legal del Banco, no el promitente vendedor. Por ello es necesario que previamente se ceda la posición contractual. El banco en el leasing habitacional como en todos los contratos de leasing es quien adquiere el activo.

Cómo se puede explicar que el Promitente Comprador, conociendo que no ha legalizado el crédito, que no ha hecho la cesión de la posición contractual, que no ha pagado ni demuestra como va a pagar el saldo del precio, se niega a firmar el otrosí corriendo la fecha de la firma de la escritura publica de compraventa, y pretende el cobro de la cláusula penal.

Quien tramitó la aprobación del crédito en la modalidad de leasing habitacional fue el demandante. El fue quien aportó los documentos y sometió a estudio la solicitud de crédito ante el Banco. Él tiene que saber cuales son los requisitos para legalizar el crédito. No existe constancia que el demandante halla hecho ninguna gestión para legalizar el desembolso del crédito. Por tanto, el representante legal del banco no compareció a firmar la escritura de compraventa.

El Promitente Comprador, a sabiendas que no ha pagado el precio, que no ha legalizado la operación de leasing habitacional, se atreve a presentarse a la notaría para dejar constancia de su presencia física mas no de la capacidad para suscribir la escritura publica de compraventa. Obtiene un acta de comparecencia que nada dice sobre el pago del saldo de precio ni la forma como demuestra que lo va a pagar. Pero pretende el pago de la clausula penal. No cumple con el contrato de promesa de compraventa, por cuanto que no pagó el precio, pero cree tener derecho a cobrar la clausula penal. Evidentemente es un procedimiento que no es honrado ni leal, circunstancia que debe ser valorada por operador judicial al tomar decisiones sobre este caso.

La Constructora obrando de buena generó la factura de compraventa que es necesaria para la legalización tributaria de la operación leasing y pagó incluso la retención que se genera en este tipo de operaciones. Todo bajo el entendido que el demandante firmaría la escritura de compraventa.

## **PRUEBAS.**

Sírvase tener como pruebas las aportadas con la demanda y los siguientes documentos:

- 1- Carta de aprobación de operación de leasing habitacional familiar de Banco Davivienda de fecha Noviembre 7 de 2019.
- 2- Correo electrónico de fecha 13 de Febrero de 2020, enviado por la asistente jurídico de la constructora al demandante con el cual se anexa el otrosí al contrato para prorrogar la firma de la escritura pública de compraventa.
- 3- Certificados de tradición del apartamento 804 de la Bloque 1 ( 370-979063); Parqueadero 60 del semisótano, etapa 1 ( 370-979308); Parqueadero 61 del semisótano etapa 1 ( 370-970309).
- 4- Factura de venta 601 de fecha Marzo 10 de 2020
- 5- Recibo de pago oficial de impuestos No. 4910043974621 pagado el 4 de Marzo de 2020.
- 6- Carta para el formato 490, suscrita por la representante legal de la Constructora de fecha Febrero 28 de 2020.

#### **ANEXOS.**

Se anexan los documentos enunciados como medios de prueba. El poder para actuar reposa en el expediente, con base en el cual se reconoció personería para actuar.

#### **PETICIONES.**

Sírvase señor juez hacer las siguientes declaraciones:

1-Declarar como probadas las excepciones de **EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO – EXCEPTIO NOM ADIMPLENTICONTRACTUS, IMPROCEDENCIA DE COBRO DE LA CLAUSULA PENAL, IMPROCEDENCIA DEL COBRO CLAUSULA PENAL E INTERESES DE MORA Y MALA FE DEL DEMANDANTE** y en consecuencia declarar la terminación del proceso

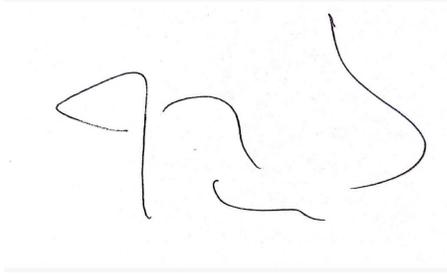
2- Condenar en costas a la parte demandante.

#### **NOTIFICACIONES.**

La sociedad CONSTRUCTORA HABITEK S.A.S. recibirá notificaciones en correo electrónico para notificaciones judiciales [juridico@habitek.co](mailto:juridico@habitek.co), con domicilio en la ciudad de Cali, dirección carrera 35 A # 3 BIS – 26 de la ciudad de Cali.

El suscrito las recibirá en la avenida 3 Norte No 37-84 apartamento 602 A, Edificio Porvenir de la Flora de la ciudad de Cali, correo electrónico [jmaurouribe@gmail.com](mailto:jmaurouribe@gmail.com).

Del señor juez,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'JMU', enclosed within a thin black rectangular border.

**JESUS MAURICIO URIBE ORTEGA**

C.C. 16.701.026 de Cali

T.P. 54.889 del C.S.J.