

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, 30 de marzo de 2022

|            |                                               |
|------------|-----------------------------------------------|
| Proceso:   | Verbal- Resolución de contrato de compraventa |
| Demandante | Diana Milena Henao                            |
| Demandada  | María Eugenia Cruz Cardona                    |
| Radicado   | 760014003035 2020 00452 01                    |
| Asunto     | Apelación sentencia                           |
| Sentencia  | No. 43                                        |

Acorde con lo normado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, procede el juzgado a proferir la sentencia que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia del 31 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Civil Municipal de Cali, en el proceso de la referencia.

#### I. ANTECEDENTES

##### 1.1 Pretensiones

La señora DIANA MILENA HENAO a través de apoderado judicial debidamente constituido para el efecto, demandó a la señora MARÍA EUGENIA CRUZ CARDONA, para que previos los trámites del proceso Verbal de Mayor Cuantía se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1. "Que se declare **RESUELTO** el contrato de promesa de compraventa celebrado entre **DIANA MILENA HENAO** como promitente compradora, y la señora **MARÍA EUGENIA CRUZ CARDONA**, como promitente vendedora, que de común acuerdo suscribieron sobre el inmueble ubicado en la Av. 2 AN No. 44 – 2019 de Santiago de Cali, distinguido con matrícula inmobiliaria No. 370-270282 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, y cuya cabida y linderos están contenidos en la Escritura Pública No. 0520 del Primero (01) de Febrero de 2.001, de la Notaría Séptima del Circulo de Cali."
2. "Condenar a la parte demandada a indemnizar a la parte demandante, por los perjuicios causados por su incumplimiento, conforme a lo estipulado en el inciso segundo del artículo 1546 del Código Civil. [...]. Dichos perjuicios correspondientes a los intereses (...) del préstamo del inmueble correspondiente a **UN MILLON OCHOCIENTOS MIL PESOS M/CTE. (1.800.000,00)**, mensuales hasta efectuar la devolución del dinero."
3. "Que se condene a la Demandada al pago de la cláusula penal el valor equivalente a **TREINTA Y SIETE MIL MILLONES DE PESOS M/CTE. (37.000.000,00)**".

4. "Que se condene a la parte Demandada a la devolución del dinero entregado (...), por la suma de **CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS M/TE (45.000.000,00)**, como consta en la promesa de compraventa y en el recibo realizado".

## 1.2. Sustento fáctico

1. Como soporte fáctico se adujo que, entre las partes celebraron un contrato de promesa de compraventa, el día 29 de julio del año 2019, respecto del inmueble situado en la ciudad de Cali, Avenida 2 AN No. 44 – 219, distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 370-270282 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, cuya cabida y linderos están contenidos en la Escritura Pública No. 0502 del 1 de febrero de 2001, otorgada en la Notaría Séptima del Círculo de Cali.

2. Que el precio acordado por la negociación del inmueble fue la suma de \$370.000.000 pagaderos así: a) el valor de \$60.000.000 a la firma del contrato promesa, b) la suma de \$40.000.000 a los treinta y cinco siguientes a la firma de este contrato y c) la suma de \$270.000.000, mediante leasing o cualquier línea de servicio, que sería solicitado por la promitente compradora ante el Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A. o la entidad bancaria que prestara dicho servicio, en el evento que el crédito no fuera aprobado por condiciones o características del inmueble. Dicho pago se efectuaría tal como reza en el parágrafo segundo de la cláusula sexta de este contrato: "Dicho desembolso del crédito no podrá superar los Ocho (8) meses después de la firma del presente documento, en caso contrario el PROMITENTE COMPRADORA, tendrá el termino perentorio de 30 días calendario siguientes del cumplimiento de dicho termino, so pena del pago de la cláusula, penal, intereses moratorios, indexación y etc."

3. Que la compradora realizó un préstamo que le genera intereses mensuales por la suma UN MILLON OCHOCIENTOS MIL PESOS M/TE (\$1.800.000) para cumplir el acuerdo de los dos primeros pagos correspondientes a la compra del inmueble.

4. Que la promitente vendedora se comprometió en la cláusula séptima del mencionado contrato a correr la escritura pública de compraventa en la Notaría Sexta del Círculo de Cali, al momento de efectuar el pago del saldo del precio pactado en el literal c) de la cláusula sexta del contrato, los cuales se cumplirían el 28 de abril de 2020 para asistir a la notaría, computando los 8 meses y 30 días calendario adicionales establecidos para realizar dicho pago.

5. Que la promitente compradora contactó a la promitente vendedora por intermedio de su abogado con el fin de informarle que para el día de la firma de la escritura pública de compraventa "*a Raíz del COVID-19 y que el inmueble no estaba desocupado, no era posible asistir por hechos notorios*", solicitando una cita luego de finalizado la etapa de riesgo de contagio y tener el inmueble desocupado, pero que no se llegó a un acuerdo con la promitente vendedora.

6. Que la promitente vendedora asistió el 1º de abril de 2020 a la Notaría Sexta de Cali donde solicitó acta de cumplimiento de promesa de compraventa cuando dicha asistencia no cumplía con la fecha pactada para la celebración de la escritura pública que se estableció para el 28 de abril de 2020.

7. Que la promitente compradora recibió el 17 de junio de 2020 un correo electrónico de la promitente vendedora con archivo adjunto solicitando la rescisión de la promesa de compraventa y el cobro de la cláusula penal por incumplimiento, pero que fue respondido por ese mismo medio y telefónicamente de forma negativa por ausencia de incumplimiento en cabeza de la promitente compradora.

8. Que la promitente compradora que no asistió a la Notaría Sexta “por la razón que no encontraba escritura para firmar, el inmueble no se encontraba desocupado y por normas de bioseguridad para disminuir del contagio de COVID-19”, y que tampoco existió ánimo conciliatorio con la promitente vendedora para establecer nuevamente la fecha para finalizar el proceso de adquisición del inmueble, resaltando que esta última incumplió en desocupar el inmueble para la fecha de la firma de la escritura de compraventa por cuanto estaba vigente un contrato de arrendamiento.

9. Por último, la demandante dice que solicitó la devolución del pago por vía telefónica y que la demandada consignó la suma de \$55.000.000 realizando deducciones que no le ha autorizado y privándola de disponer de los dineros entregados como anticipo del negocio, junto con la cláusula penal correspondiente a \$37.000.000. establecida en el contrato.

## II. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La señora **María Eugenia Cruz Cardona** mediante apoderado judicial contestó los hechos de la demanda oponiéndose a la mayoría de los mismos así como a las pretensiones formuladas proponiendo en su defensa la excepción de mérito que denomino “**CONTRATO NO CUMPLIDO POR PARTE DE LA DEMANDANTE**”, que alega se encuentra probada por cuanto fue la demandante quien no cumplió con su parte del contrato fustigado dejando de presentarse “a la Notaría Sexta del Circulo de Cali a firmar la respectiva escritura pública de compraventa (...) en los 8 meses de plazo que tenía carta de autorización de crédito o el préstamo del Banco Itaú, y ni siquiera al 17 de junio de 2020 tuvo la intención de allanarse a cumplir el contrato”. Dice que su poderdante “si cumplió a cabalidad con lo que se había obligado”, tan así que “hasta hizo cesión del contrato de arrendamiento del inmueble que se prometía en venta, desde la fecha que se suscribió dicho contrato de promesa”. Dijo que para poder demandar la promitente compradora el cumplimiento del contrato, debía demostrar que cumplió con su obligación “de haber cancelado el saldo que adeudaba por la compra del inmueble, o haber presentado la autorización del crédito del Banco Itaú, y (...), comparecer a la Notaría Sexta del Cali a firmar la escritura pública”, que no hizo, porque vendedora, en aquel termino establecido, no recibió comunicación por parte de la compradora donde se verificara el préstamo concedido por el banco Itaú para culminar el pago del precio del inmueble, o la carta de autorización de crédito, haciendo evidente que no se presentara a firmar la escritura en la descrita notaría a la que si compareció el 2 de abril de 2020 la vendedora levantando “un acta o constancia” de que se presentó a firmar la escritura como se había comprometido, con lo que se allanó a cumplir.

En virtud de lo anterior, solicitó se desestimaran las pretensiones de la parte demandante por ser ella la que incumplió las estipulaciones del acuerdo privado y no la demandada, con la consecuente condena a quien demanda al pago de la cláusula penal y de las costas del proceso.

### III. SENTENCIA RECURRIDA

El 31 de agosto de 2021 el Juzgado Treinta y Cinco Civil Municipal de Cali, profirió la sentencia en el asunto del epígrafe, en el cual negó las pretensiones de la demanda, declaró probada la excepción de contrato no cumplido propuesta por la parte pasiva y consecuentemente declaró la resolución del contrato de promesa de compraventa ordenando las restituciones mutuas, ordenando a la demandada a reintegrar a la demandante la suma de \$41.000.000, debidamente indexados y con intereses corrientes al 6% anual, desde el 23 de junio de 2020 y la demandante sin lugar a la restitución del inmueble objeto del contrato, por cuanto siempre estuvo en poder de la demandada. Por último, no condenó en costas a las partes, debido a su recíproco incumplimiento.

Para así decidir el fallador de primer grado, fijó el litigio desde los hechos probados para ese momento, estableciendo como problemas jurídicos a resolver si el término de vencimiento del plazo y fecha de pago para suscribir la escritura pública era el 29 de marzo de 2020, si las partes cumplieron el acuerdo establecido en las cláusulas sexta y séptima de la promesa de compraventa, y si tenía autonomía la parte demandada para disponer de la cifra de la cláusula penal de manera unilateral para no reintegrar a la demandante el total del dinero pagado en forma anticipada con la promesa de compraventa.

Para resolver, precisó los aspectos sustanciales consignados en el Código Civil sobre el asunto, acorde con la cita de una sólida línea jurisprudencial emitida por el máximo tribunal ordinario en casos análogos, para así ingresar en la valoración probatoria reunida en el proceso, resolviendo desde un inicio que no resultaban prosperas la tacha de los testimonios de los deponentes Christian David Palacios (abogado de la parte demandante) ni María Eluin Cardona Marín (madre de la demandada), por cuanto sus declaraciones fueron espontaneas sin percibir de ellas que se estuviera faltando a la verdad o teniendo un provecho propio.

Descendiendo al caso concreto, el *a quo* se refirió al contrato de promesa de compraventa estableciendo que estaban cumplidos los requisitos de este documento privado para su validez que no fueron cuestionados por las partes contratantes, luego puso de presente lo confesado por cada las partes en el escrito introductorio como de su contestación, determinando que en la parte demandante se desprendía una confesión de no asistencia a la notaría para la firma de la escritura pública de compraventa bajo argumentos del contagio del Covid-19, la ocupación del inmueble y la falta de gestión de la vendedora para obtener la escritura pública para la fecha acordada; por la parte demandada, dijo que estuvo confesado y probado por la misma que envió correo electrónico a la demandante informando la terminación unilateral del contrato y su consecuente resolución deduciendo el valor de la cláusula penal para devolver los dineros entregados bajo la manifestación que fue la demandante quien incumplió el acuerdo contractual por lo que no ha debido promover a la acción.

Expuso que de la prueba documental, esencialmente del contrato de promesa de compraventa, se permitía establecer de sus cláusulas sexta y séptima si hubo o no el incumplimiento del contrato desde el ámbito del

plazo estipulado para celebrar la escritura pública de compraventa, del cual de entrada indicó no fue distinto al 29 de marzo de 2020, desde la ausencia de prueba de la parte demandante ni confesado en su interrogatorio que el crédito para cancelar el saldo del precio acordado por el inmueble hubiere sido rechazado por el banco Itaú ni por ninguna otra entidad financiera por condiciones o características del inmueble para dar paso al parágrafo segundo de la cláusula sexta, es decir, a los 30 días calendarios siguientes del cumplimiento de los 8 meses contados desde la fecha de la firma del acuerdo privado, por lo que consecuentemente la fecha para el pago completo del saldo era también el 29 de marzo de 2020 teniendo en cuenta lo establecido a la cláusula séptima de escrituración.

Añadió, que siendo el 29 de marzo un día dominical según el calendario, que también era conocido por los contratantes como lo expusieron en sus interrogatorios de parte, se extendió el plazo hasta el primer día hábil según lo establece el artículo 62 del régimen político y municipal expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, que para el caso, el día hábil siguiente fue el 30 de marzo de 2020, fecha en que indicó debieron las partes haber asistido a la notaría sexta de Cali que se encontraba prestando para ese día el servicio de medio tiempo de 8:00 am a 12:00 mediodía, conforme lo señaló el testigo Christian David Palacios y lo confirmó la testigo María Eluin Cardona Marín al declarar que el día 30 la notaría prestaba el servicio pero que su hija, la promitente vendedora, no compareció ese día porque tenía pico y cédula, considerando que estos dos testimonios desvirtuaron lo manifestado por la parte pasiva que dijo estar la notaría abierta a partir del 1º del abril de 2020 cuando asistió para cumplir con el contrato y levantó el acta de sus comparecencia.

En ese contexto, expuso el fallador de primera instancia que emanaba un incumplimiento recíproco de ambos contratantes porque a sabiendas que para el 29 de marzo de 2020, fecha en que se consumaban los ocho meses para el cumplimiento del contrato era un día domingo, ninguno de los extremos contratantes hicieron diligencia alguna para procurar zanjar esta dificultad que les hubiera permitido llevar a cabo la comparecencia en la notaría a suscribir el respectivo documento que finiquitara el contrato, momento en el que dijo, cada uno de los contratantes debían demostrar su cumplimiento y que si bien de manera previa las partes se contactaron habiendo propuesta de la compradora de otrosí al contrato primigenio, no acogida por la contraparte, ello no desvirtúa o desdibuja la solemnidad de lo pactado en la promesa de compraventa que es ley para las partes a voces del artículo 1602 del Código Civil.

En suma, declaró el *a quo* que desde la valoración de la prueba documental, la declaración de las partes y los testimonios rendidos, se puede vislumbrar un incumplimiento recíproco de ambas partes que no se allanaron a cumplir al momento de la llegada del término que era el 29 de marzo de 2020, si en cuenta se tiene que la promitente compradora no tenía completado el dinero para saldar el precio de la venta que fue desembolsado por su señor padre Rigoberto Henao Rodríguez en el mes de enero de 2021, según su propia declaración y quien tenía la posibilidad de prestar este dinero como lo confesó él mismo y la demandante, su hija, en su interrogatorio de parte. Mientras que la promitente vendedora no realizó alguna gestión para haber adelantado las diligencias tendientes para la elaboración de la escritura y además, compareció en una fecha que no era

la indicada al declarar la testigo María Eluin Cardona Marín, madre de la promitente vendedora, que ésta no fue al compromiso solemne de firmar la escritura el día hábil – 30 de marzo de 2020- porque se encontraba en pico y cédula, de tal forma que consideró que al no encontrar justificación verdadera del incumplimiento de la partes de haber asistido a la notaría el 30 de marzo de 2020, no estaría entonces legitimada la parte demandante para proponer la acción de resolución contractual, encontrándose prospera la excepción de fondo propuesta por la parte demandada de contrato no cumplido por la parte demandante.

Como respuesta al problema jurídico final dijo que la parte demandada no tenía autonomía para disponer de la aplicación de la cláusula penal de forma unilateral, sino que el incumplimiento del contrato debía ser declarado por la autoridad judicial competente para determinar si se ocasionó el perjuicio que deba ser resarcido por la parte incumplida.

En ese orden de ideas, manifestó que el camino a seguir sería dejar con vigencia un contrato, pero que no estando las partes interesadas en perfeccionarlo, allanarse a su cumplimiento, ni legitimadas para promover la acción resolutoria por su incumplimiento recíproco, acude a la interpretación del artículo 1609 del Código Civil conforme la excepción propuesta por la parte pasiva de contrato no cumplido que tampoco satisfizo quien la propuso, para proceder con las restituciones del mencionado contrato que al inició se dejaron establecidas.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con lo decidido, la parte demandada propuso el recurso de alzada presentando en el término señalado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020 la respectiva sustentación, con solicitud de revocar la sentencia de primera instancia en lo que se refiere al incumplimiento que declara de la promitente vendedora y, en su lugar, se condene a la demandante al pago de la cláusula penal estipulada en el contrato; la situación fáctica y jurídica se resumen en los siguientes,

##### **4.1. Reparos concretos contra el fallo.**

El primer reparo, se dirige a tachar el testimonio rendido por el abogado Christian David Palacios, al mencionar que su declaración como procurador de la demandante tiene intereses marcados a favor de su cliente que afectan su imparcialidad, por cuanto dijo fue *“la persona que lideró toda la etapa de negociación, fue el que realizó el contrato de promesa de compraventa, (...)”* y, colofón de ello, *“manifiesta que el día 24 de marzo de 2020”* la Notaría Sexta del Circulo de Cali *“estuvo abierta al público”* cuando es *“falso totalmente”* como se constata en las resoluciones de la Superintendencia de Notariado y Registro del 23 de marzo de 2020, donde se suspende el uso del servicio notarial a partir del 24 de marzo de 2020 y No. 03196 de fecha 27 de marzo de 2020, donde se establecen los turnos de las notarías en el territorio nacional, *“correspondiéndole el día **PRIMERO (1) DE ABRIL DEL DOS MIL VEINTE (2020) A LA NOTARÍA SEXTA DEL CIRCULO DE CALI**”*, que reitera en esta apelación, fue el día en que la promitente vendedora, María Eugenia Cruz Cardona, *“compareció a firmar la respectiva escritura pública”*, donde se establece *“otra situación diferente a la expresada por el doctor PALACIOS”*, por lo que estima que su testimonio debe ser desestimado.

El segundo reparo, se centra en controvertir el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia fustigada que ordena a su poderdante el reintegro de la suma de \$44.000.000 indexados, cuando esta restituyó a la demandante la suma de \$55.000.000 de los \$100.000.000 “que le entregaron como anticipo en la negociación de la casa” y queda por cancelar la suma de \$8.000.000, descontado el valor de \$37.000.000 “como cláusula penal contemplada en el contrato de promesa de compraventa”, que corresponde cancelar a la demandante por el incumplimiento contractual. Ello, por cuanto reitera que a la promitente vendedora “no se le puede endilgar el incumplimiento” cuando estuvo demostrado que cumplió con sus obligaciones concurriendo a la firma de la escritura pública el día 1° de abril de 2020, día hábil siguiente al pactado en dicho contrato, acorde con la atención al público establecida en la notaría donde se solemnizaría este acuerdo, censurando así a la parte demandante como la incumplidora del referido acuerdo contractual por no tener el dinero a tiempo para cancelar el total del precio pactado como lo declaró su señor padre, amén que en ningún momento “intentó siquiera dar muestra de querer seguir adelante con el negocio” cuando la demandada la requirió con el fin de darlo por terminado, así como tampoco compareció a la notaría descrita a firmar la escritura en los 8 meses estipulados para ese fin.

El tercer reparo, se sustenta frente al señalamiento de que la demanda, María Eugenia Cruz Cardona, “ha incumplido lo pactado en la promesa de compraventa”, insistiendo que por los actos previamente enunciados su poderdante “cumplió a cabalidad con lo que había obligado”, levantando un acta donde consta que se presentó a firmar la escritura pública como se había comprometido, e incluso “hasta hizo cesión del contrato de arrendamiento del inmueble que se prometía en venta, desde la fecha que suscribió dicho contrato de promesa”, con que prueba que se “esta allanando a cumplir”, pero que desestimó el a quo “amparado en el dicho de la parte demandante, sin tener en cuenta que existía una resolución por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro donde se establecían los turnos para atender al público, en virtud de la pandemia que ha venido afectando al mundo entero”.

## V. CONSIDERACIONES

### 5.1. Presupuestos procesales.

La concurrencia de los presupuestos procesales y la inexistencia de irregularidades con virtualidad de invalidar total o parcialmente lo actuado es asunto fuera de discusión. En tales condiciones, la decisión a proferir en esta instancia superior será, naturalmente, de mérito.

Cabe recordar que por mandato de los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, el Despacho “...únicamente...” tiene competencia para examinar la sentencia de primera instancia “...en relación con los reparos concretos formulados por el apelante...”<sup>1</sup> y “...solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante...”. (subrayado fuera del texto original).

### 5.2. Problemas Jurídicos.

---

<sup>1</sup>. “...sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley...”.

El problema jurídico se centra en determinar si hay lugar a revocar la sentencia de apelada con sustento en los reparos formulados por la demandada, para lo cual se deberá establecer si la promitente vendedora cumplió con las obligaciones estipuladas en el contrato de promesa de compraventa por el hecho de comparecer el día 1º de abril de 2020 a la notaría donde debía suscribirse la escritura de compraventa.

De resultar positiva la respuesta al anterior interrogante, se procederá a determinar si hay lugar a reconocer el pago de la cláusula penal a cargo de la promitente compradora.

### **5.3. Tesis del Despacho.**

La tesis del Despacho consiste en confirmar la sentencia impugnada por las siguientes razones fácticas y jurídicas:

### **5.4. Hechos relevantes probados en relación con la alzada.**

**Primero.** La existencia del contrato de promesa de compraventa suscrito entre las partes en litigio el 29 de julio de 2019 del cual se dirime la acción resolutoria.

**Segundo.** Que la promesa de compraventa allegada, establece claramente la obligación de las partes así:

**De la promitente compradora** sus obligaciones se reducen al pago del precio de \$370.000.000 estipulado en la **cláusula sexta** del contrato, para ser pagaderos en tres cotados: a) \$60.000.000 a la firma del instrumento privado, b) \$40.000.000 a los 35 días siguientes a la firma y, d) 270.000.000 mediante leasing o cualquier línea de servicio, que sería solicitado ante el banco Itaú CorpBanca Colombia S.A. o la entidad bancaria que prestara dicho servicio, y *“en el evento que el crédito no sea aprobado por condiciones o características del inmueble”* el pago se efectuaría *“tal como lo reza el Parágrafo segundo”* que dice: *“Dicho desembolso del crédito no podrá superar los Ocho (8) meses después de la fecha de la firma del presente documento, en caso contrario el PROMITENTE COMPRADOR tendrá el término perentorio de 30 días calendario siguientes al cumplimiento de dicho término, so pena del pago de la cláusula penal...”*. Y comparecer a la Notaría a recibir la escritura por el cual la promitente vendedora le transfiere el dominio del inmueble en los términos de la **cláusula séptima**.

**De la promitente vendedora** la obligación de entregar el bien, que en la **cláusula décima** de la promesa de compraventa se estipuló se haría en la fecha de la firma de la escritura pública, que a la **cláusula séptima** se estableció debía correr *“en la Notaría Sexta (6) del Círculo de Cali, al momento del desembolso de la totalidad del precio pactado en dicho documento”*, con la obligación de esta parte de entregar el bien a paz y salvo por los conceptos enunciados en la **cláusula novena** del precitado contrato.

**Tercero.** El incumplimiento de cualquiera de las partes contratantes le acarrearía el pago de \$37.000.000 por concepto de cláusula penal a favor de la parte cumplida. (cláusula undécima del contrato).

**Cuarto.** La promitente compradora pagó a la promitente vendedora el valor de \$100.000.000 en efectivo mediante dos pagos: 1. Por \$60.000.000 en fecha 29 de julio de 2019 y 2. Por \$40.000.000 en fecha 10 de septiembre de

2019, conforme consta en recibo de caja menor y comprobante de transacción bancaria aportados con la demanda respectivamente.

**Quinto.** La promitente compradora no solicitó el crédito para la aprobación del saldo restante ni lo canceló el saldo restante por otros medios, conforme se tiene por confesado con el escrito genitor y en el interrogatorio de parte rendido en audiencia de fallo.

**Sexto.** La fecha en que debían las partes honrar sus obligaciones y firmar la escritura pública de compraventa era el 29 de marzo de 2020, por completarse los 8 meses después de la firma – fecha 29 de julio de 2019 - de la promesa de compraventa para la compradora obtener la aprobación del leasing y/o crédito para completar el precio pactado, conforme se desprende las cláusulas sexta y séptima del referido contrato, fecha que por coincidir con un día domingo se desplazó hacia el día hábil siguiente, 30 de marzo de 2020.

**Séptimo.** La Superintendencia de Notariado y Registro mediante Resoluciones 03133 y 03196 del 24 y 27 de marzo respectivamente, tomó medidas de prevención en la prestación del servicio público notarial para evitar la propagación de SARS-CoV-2, por lo cual entre otras medidas, determinó reducir el número de turnos que le correspondía prestar a las notarías en determinados círculos notariales, por lo cual correspondió a la Notaría Sexta de Cali atención al público el día 1º de abril de 2020 (esta última resolución se anexó con la contestación de la demanda y en el escrito de apelación).

**Octavo.** La promitente vendedora se presentó a la Notaría Sexta del Círculo de Cali el día 1º de abril de 2020 para la firma de la escritura pública de compraventa que perfeccionaría el mencionado precontrato, levantando la notaría el acta de comparecencia No. 02 que se aportó con la contestación de la demanda, así como también confesó en su interrogatorio que para ese momento no se había elaborado de la minuta de la escritura pública que se debía firmar por no haberla gestionado, como tampoco poseía los certificados de paz y salvo correspondientes para iniciar tal trámite.

**Noveno.** Mediante escrito de fecha 27 de junio de 2020 presentado con la contestación de la demanda, la promitente vendedora comunicó a la promitente compradora la terminación unilateral del contrato de promesa de compraventa celebrado por “rescisión”, aduciendo el incumplimiento de esta última y, establecido la devolución parcial que del dinero recibido restituiría luego de deducir del mismo el valor el estimado de la cláusula penal.

## **5.5. Marco normativo y jurisprudencial**

### **5.5.1. De la resolución del contrato de promesa de compraventa.**

A voces del artículo 1546 del Código Civil en todo contrato va envuelta la condición resolutoria tácita que resulta de la acción que tienen los contratantes para pedir la resolución o el cumplimiento del contrato celebrado entre las mismas, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

En ese sentido, aplicando la carga de la prueba a cargo de la parte que persigue el reconocimiento de un derecho, en voz del inciso primero del artículo 167 del C.G.P., imperativo le resultaba demostrar a la parte demandada [promitente vendedora] que cumplió -o se allanó a hacerlo- las obligaciones por ella asumidas el contrato de promesa de compraventa de inmueble cuando propuso la excepción perentoria de “contrato no cumplido por parte de la demandante” y que su contraparte, a su vez, incumplió las propias, carga que se interpreta de la lectura del artículo 1609 del C.C.: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allana a cumplir en la forma y tiempo debidos”.

Al respecto la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup> ha desarrollado una sólida doctrina probable:

“El precepto 1546 del derecho nacional, así como todo el conjunto de disposiciones señaladas en el marco del derecho comparado, constituyen la expresión contemporánea de la añeja cláusula romana conocida como *Lex commissoria*, que se añadía expresamente al contenido de un contrato, según la cual el vendedor que había cumplido con sus obligaciones, si la otra parte no ejecutaba lo debido, emergía a su favor el derecho de resolución con la restitución de lo dado<sup>3</sup>.

“De consiguiente, siendo tres los presupuestos que integran la acción resolutoria objeto de la cuestión: a) Que el contrato sea válido, b) Que el contratante que proponga la acción haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo; y c) Que el contratante demandado haya incumplido lo pactado a su cargo; **barrúntase sin dilación alguna, que el precepto 1546 del C.C. protege al contratante que ha honrado sus obligaciones, no a quien haya incurrido en incumplimiento, así obedezca a la imputabilidad o infracción del otro contratante; de modo que ambas partes quedan despojadas de la acción resolutoria cuando las dos han incumplido por virtud de la mora recíproca.**

“Si quien demanda o reconviene la resolución contractual, ha sido incumplido, a tono con la doctrina mayoritaria fulge indiscutido, no satisface el segundo presupuesto anunciado; y por lo tanto, la faena dará al traste, porque la acción se edifica como privilegio intrínseco del contratante cumplido, en contra de quien contravino el acuerdo, a voces de nuestro art. 1546: “(...) en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”; de uno de ellos con exclusividad, cuando “(...) una de las partes no satisfaga la obligación (...)” (art. 1184 del C. C. francés); cuando “(...) la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder (...)” (art. 325 BGB); esto es, “(...) para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe (...)” (art. 1124 C.C. español) (subrayas ex texto); pero jamás legitima, en el caso de quebrantarse el contrato por ambos. Ese derecho es enérgico, cuando uno no cumplió lo pactado, y el otro sí cumplió o se allanó a sus obligaciones. Carece entonces, del privilegio de pedir la resolución del contrato bilateral el contratante incumplido.

“Basta agregar por virtud de la patente lazo entre los legisladores civiles colombiano y chileno, que en el mismo sentido, como lo hace el 1546 del C.C., el artículo 1489 del Código Civil chileno, prevé que “(...) en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la

---

2. CAS. CIVIL, sentencia de sentencia de 8 de abril de 2014, M.P. Dr. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, exp. Rad. No. 0500131030122006-00138-01.

3. GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris: 1929, p. 765. Digesto de Ulpiano, D. 18.3.1. Nota tomada de la jurisprudencia transcrita.

resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios"; es decir, con arreglo a éste precepto, al igual que acontece en el derecho interno, "(...) la condición resolutoria tácita es subentendida por el legislador (...), y cuya apreciación entrega desde luego al arbitrio del contratante que, habiendo cumplido el contrato o estando dispuesto a cumplirlo por su parte, puede tener interés en que el contrato se cumpla por la otra parte, siendo posible el cumplimiento, ya que con ese fin contrató (...). La resolución que procede de la condición resolutoria tácita es un favor que la ley entiende acordar a esta parte que respeta su compromiso, y a la cual faculta para que, si lo prefiere, según se lo dicte su interés, siendo posible, exija por las vías legales la ejecución del contrato. (...). La parte, que ha cumplido el contrato tiene, pues, el derecho a elegir entre dos acciones absolutamente distintas. Una de ellas tiende a asegurar el beneficio que se ha propuesto obtener del contrato; la otra supone que no es posible ya obtener el cumplimiento, o que desea desligarse de los lazos de la convención que el otro contratante no ha cumplido a su respecto en la oportunidad debida"<sup>4</sup>.

"En suma, el demandante incumplidor postrero de obligaciones sucesivas, **carece de legitimación para solicitar la ejecución de un contrato bilateral**, cuando no estuvo presto a cumplir en la forma y tiempo debidos, porque de una actitud pasiva, como es apenas natural entenderlo, no puede surgir el derecho a exigir de los demás que cumplan. –negrillas no originales."

De lo expuesto en la norma y la jurisprudencia, la legitimación en la causa para deprecar la resolución o terminación del contrato le asiste al contratante cumplido o que se allanó a cumplir.

#### **5.4.2. Del mutuo incumplimiento de contratos bilaterales desde el cambio jurisprudencial implementado por la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SC16662-2019, adecuado al alcance de los artículos 1609 y 1546 del Código Civil.**

En la referida sentencia, con ponencia del Magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, la Corte Suprema de Justicia empieza su análisis estableciendo que, en el escenario de los contratos bilaterales o sinalagmáticos, hay tres posibilidades: (i) hay un adecuado cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato y, por tanto, el vínculo se extingue por pago; (ii) se presenta el incumplimiento de una sola de las partes (unilateral); o, finalmente, (iii) ambas partes incumplen (bilateral), centrando su análisis en el tercer escenario, el del mutuo incumplimiento, advirtiendo que el incumplimiento por **ambos contratantes** de sus obligaciones "... no es cuestión regulada por el artículo 1546 del Código Civil y que, como ninguna otra norma de ese ordenamiento se ocupa de dicha específica situación, **ella configura un vacío legal**...", reconociendo que el artículo 1546 Código Civil tiene una sola hipótesis de aplicación: "que no se cumpla lo pactado por uno de los contratantes", caso en el cual el otro está facultado para solicitar "la resolución" del respectivo acuerdo de voluntades, o su "cumplimiento", junto con la "indemnización de perjuicios".

Bajo ese criterio, la Corte se aplicó a la tarea de "...establecer el régimen legal que por analogía es aplicable..." a tal evento, planteando una serie de apreciaciones jurídicas, particularmente la referente a que en el artículo 1546 "...subyace la idea de que frente a toda sustracción de atender los deberes que surgen de un acuerdo de voluntades se impone la extinción del correspondiente vínculo jurídico...", y por tanto resulta dable concluir que al

---

4. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, Tomo X de las Obligaciones I. Santiago: Imprenta Nascimento, 1936, pp. 176 y 178. Nota tomada de la jurisprudencia transcrita.

existir "...insatisfacción de las obligaciones establecidas en un contrato bilateral por parte de los dos extremos de la convención también es aplicable la resolución del contrato, sin perjuicio, claro está, de su cumplimiento forzado, según lo reclame una cualquiera de las partes...".

Con fundamento en lo anterior, estima que la solución adecuada a dichos escenarios es la aplicación analógica del artículo 1546 CC, ya que considera que regula el caso más próximo a la situación de hecho de recíproco incumplimiento en contratos bilaterales, lo cual implica-enfatizó el alto tribunal- modificar el anterior criterio consistente en que "...en la referida hipótesis fáctica [incumplimiento de ambos contratantes] no hay lugar a la acción resolutoria del contrato...", tesis fundada en el entendimiento de que la precitada disposición sustancial "...únicamente otorga el camino de la resolución al contratante cumplido o que se allanó a atender sus deberes, mandato que al no comprender el supuesto del incumplimiento bilateral, no es utilizable para solucionarlo...". De ahí que, agregó, cuando el incumplimiento es de ambos contratantes "...mal podría exigirse que el actor, que ha de ser, como ya se dijo, uno cualquiera de ellos, es decir, uno de los incumplidores, no se encuentre en estado de inejecución contractual...".

En ese contexto, y tras memorar las razones por las cuales desde la sentencia del 07-12-1982 la Corte venía desestimando la tesis que ahora acoge, concluyó que cuando existe incumplimiento recíproco de las convenciones contractuales se impone aplicar analógicamente el artículo 1546 del Código Civil, en el sentido de que "...está al alcance de cualquiera de los contratantes solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, **pero sin que haya lugar a reclamar y, mucho menos, a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal**, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 *ibidem*...". Tras lo cual añadió que "...cuando a más del incumplimiento recíproco del contrato sus celebrantes han asumido una conducta claramente indicativa de querer abandonar o desistir del contrato, cualquiera de ellos, sin perjuicio de las acciones alternativas atrás examinadas, podrá, si lo desea, demandar la disolución del pacto por mutuo disenso tácito...". (Subrayado fuera del texto original".

## 6. Caso concreto

Desde el inicio se anticipa que los reparos en cuestión no tienen el alcance para demoler el argumento basilar del operador judicial de primera instancia, consistente en el incumplimiento recíproco de los contratantes de sus obligaciones contractuales, incluyendo las obligaciones a cargo de la promitente vendedora, advirtiéndose que la comparecencia de la promitente vendedora a la notaría acordada y en el día hábil siguiente a la fecha acordada en el contrato de promesa de compraventa para la firma de la escritura de compraventa, no era la única obligación a su cargo.

Aceptando en gracia de discusión que la Notaría Sexta de Cali -donde las partes establecieron perfeccionar el contrato preparatorio- se acogió a los turnos de atención al público preestablecidos por la No. 03196 del 27 de marzo de 2020, que le asignó para ese fin el día 1° de abril de 2020, fecha en la concurrió la promitente vendedora demandada a suscribir la escritura pública de compraventa allegando el acta notarial de su comparecencia, se estaría ante un evento modificador del acuerdo original que solo podía

ser modificado con el concurso de ambos contratantes, consenso que no se alcanzó. Ello, sin descartar, según el testimonio de Christian David Palacios y María Eulin Cardona Marín, que valoró el *a quo* para ensanchar su apreciación del incumplimiento en ambos contratantes, que conocían por averiguaciones propias que la citada notaría estaba prestando el servicio al público ese 30 de marzo de 2020, agregando esta última que su hija, María Eugenia Cruz Cardona, aquí demandada, no compareció ese día porque “*tenía pico y cédula*”, de manera que no fue únicamente la declaración del testigo Christian David Palacios con la que se concluyó tal falta contractual – no comparecencia a la notaría en la fecha pactada para correr la escritura pública de compraventa-.

Vale decir que la tacha del testigo Christian David Palacios, que insiste en esta instancia el apelante debe prosperar por ser parcializada para favorecer a la parte demandante que representa, carece de la virtualidad suficiente para estructurar su rechazo por carecer por completo de fundamento probatorio, quedando resumido a simple conjeturas, pues desde un análisis disciplinado ofrece credibilidad por describir con espontaneidad los términos de ejecución del contrato al redactarlo, el acercamiento por órdenes de su poderdante (demandante) para renegociar con la contraparte la fecha de escrituración por motivos de pandemia a sabiendas de estar abierta la notaría sexta del círculo de Cali para ese 30 de marzo de 2020, argumentos que no fueron en nada desconocidos por la testigo de la parte demandada, María Eugenia Cruz Cardona, cuando declaró que sí tuvo una conversación telefónica previa a la fecha en que debía suscribirse la escritura pública de compraventa con el mencionado testigo para pedirle una prórroga que no aceptó porque dijo no estaba pago el total del precio del inmueble, así que su hija, aquí demandada, no asistió a la notaría para el día siguiente hábil al acordado porque estaba en pico y cedula, sin que se deje a un lado que, por confesión de las partes y la declaración de estos testigos, se dejó claro que la negociación que lideró la compradora a través de su abogado, se hizo con la deponente, María Eugenia Cruz Cardona, en quien recae la propiedad del inmueble, no en cabeza de su hija.

Continuando con el análisis de los demás reparos, resulta diáfano que la promitente vendedora tenía a su cargo también la obligación de entregar el inmueble a paz y salvo por concepto de “*gastos notariales, gastos de escrituración, (...) impuestos municipales, predial, mega obras y valorización*” (cláusula novena del precitado contrato) para el momento de la extensión de la escritura pública de compraventa, porque de esa manera se acordó, empero, ocurre que así no sucedió, en tanto que la promitente vendedora al preguntársele por esas obligaciones en su interrogatorio de parte respondió que para el 1º de abril de 2020, fecha en que se presentó a la respectiva notaría, no había cumplido esa carga, por lo que no estaban dadas las condiciones contractuales ni legales para que las partes pudieran proceder al otorgamiento y suscripción de la respectiva escritura pública de compraventa.

Finalmente, es de señalar que cumplir o allanarse a cumplir, dependiendo del vínculo obligacional, comporta algo más que hacer presencia física en la oficina notarial, puesto que como lo tiene dicho la Corte Suprema de

Justicia<sup>5</sup>, “... en tratándose de los deudores de la prestación de suscribir una escritura pública, se predican 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”. (negrillas y subraya no son del original).

Como colofón de lo considerado, no habrá lugar a abordar el reparo del reconocimiento de la cláusula penal tornando la mirada de que quien lo pide no es una contratante incumplida, por lo que no queda camino diferente que confirmar la sentencia recurrida, con la consecuente condena en costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Oralidad de Cali, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

### **RESUELVE**

#### **Primero.**

**Primero. Confirmar** la sentencia impugnada proferida por el Juez 35 Civil Municipal de Cali el 31 de agosto del año pasado, por las razones esbozadas en la parte motiva de esta sentencia.

**Segundo. Condenar** en costas de segunda instancia a la demanda María Eugenia Cruz Cardona en la suma de \$1.000.000.

**Tercero.** Ejecutoriada la presente providencia, DEVUÉLVASE el expediente electrónico al juzgado de origen.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LIBARDO ANTONIO BLANCO SILVA**  
**Juez Séptimo Civil del Circuito de Cali**

[47]

---

<sup>5</sup>. CAS. CIVIL, Sentencia de 17 de marzo de 2003, Esp. Rad. No. 6688, reiterada en sentencia de 8 de abril de 2014, M.P. Dr. LUÍS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, Exp. Rad. No. 0500131030122006- 00138-0.

**Firmado Por:**

**Libardo Antonio Blanco Silva  
Juez Circuito  
Juzgado De Circuito  
Civil 007  
Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6b17f1311beaa6603d71811490c035e1a6406a59d1c8a212cfc5e534d6fe305c**  
Documento generado en 30/03/2022 04:03:21 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**