REPUBLICA DE COLOMBIA

Juzgado 016 Civil del Circuito de Cali

LISTADO TRASLADO

Informe de traslado correspondiente a:FEBRERO-05-2021

TRASLADO No. 003

Radicación	Clase de Proceso	Demandante	Demandado	Desc. Actuacion	Fecha Registro	Folio	Cuaderno
76892400300120190006201	Ejecutivo con Titulo Hipotecario,	JUAN CARLOS RAMIREZ DUARTE	REINALDO MOSQUERA MUNAR	Traslado C.G.P 5 Días OBS. TRASLADO nNo. 003 SE FIJA EL 05 DE FEBRERO DE 2021. DE LA CONTRAPARTE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONFORME AL ART 14 DEL DTO 806 DE2020.	04/02/2021		

Numero de registros:1

Para notificar a quienes no lo han hecho en forma personal de las anteriores decisiones, en la fecha FEBRERO-05-2021 y a a la hora de las 7:00 a.m. se fija el presente TRASLADO por el término legal de un (1) día y se defija en la misma a las 4:00 p.m.

CLARA INES CHAVEZ

Secretario

Doctora
LUCY ESPERANZA RAMIREZ BETANCOURTH
JUEZ PRIMERA CIVIL MUNICIPAL DE YUMBO
E. S. D.

REFERENCIA : **RADICACION 2019-00062-00**
PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO
DE : **CATHERINE OCHOA ZUÑIGA**
CONTRA : **REINALDO MOSQUERA MUNAR**

RECURSO DE APELACION

JOSIAS CAICEDO FERNANDEZ, apoderado del demandado en el proceso de la referencia, manifiesto a usted respetuosamente, que APELO la sentencia de primera instancia No. 092 del 03 de noviembre de 2020 NOTIFICADA POR ESTADO 140 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2020, con base en las siguientes razones:

1.- Al inicio de las consideraciones parece que se refiere a un expediente donde intervienen personas naturales y jurídicas, que no es el caso, para establecer la capacidad para ser parte como presupuestos de la demanda y desembocar enseguida al análisis del título-valor y su mérito ejecutivo.

Frente a la controversia expuesta a la instancia sobre la necesidad de la declaración judicial de incumplimiento del contrato de promesa de compraventa para viabilizar la consecuencia de tal declaratoria, el Despacho expresó:

> *"...considera la instancia que como quiera que **en la promesa de compraventa** se acordó la facultad de adelantar ya sea la acción ejecutiva o la resolución del contrato, el acreedor **contó** con la viabilidad de hacer efectivo tal **cumplimiento** a través del proceso hipotecario, sin ser requisito sine qua non adelantar proceso declarativo, es decir, **no es viable** exigir al ejecutante adelantar los dos procedimientos para hacer efectivo el pago de la obligación, pues **no existe norma que regule** o que exija este tipo de trámites".*

3.- Para el Despacho no es suficiente advertir que el negocio jurídico que dio origen al título-valor pagaré y a la accesoria hipoteca sobre la totalidad del predio del demandado, basta para enervar la pretensión de la demandante de

cobrar por la vía ejecutiva el monto anticipado de una sanción por INCUMPLIMIENTO de contrato.

Y debo resaltar que en un acto de temeridad y mala fe, la demandante guardó silencio sobre ese origen que aquí la juez de instancia encuentra que es la razón para contar "con la viabilidad de hacer efectivo tal cumplimiento...".

Siempre el cumplimiento o no de las obligaciones derivadas de un contrato sinalagmático está precedido de una decisión judicial que evalúa la ocurrencia de los hechos constitutivos de incumplimiento, toda vez que existe la posibilidad de ser controversial la opinión de una de las partes respecto de éstos, sobre todo si se trata de cobrar una sanción producto de la terminación unilateral del mismo.

La disposición de dar por terminado de forma unilateral el contrato es una cosa y cobrar las sanciones derivadas de un presunto incumplimiento del mismo es otra cosa.

En la cláusula ONCE del contrato de promesa de compraventa –**origen de las obligaciones consecuentes al incumplimiento contractual**- se estipuló:

> "***MERITO EJECUTIVO**: El **presente contrato** de promesa de compraventa presta mérito ejecutivo **entre las partes** y para **su exigibilidad** solo requiere que la parte cumplida afirme el incumplimiento de la otra parte. Igualmente presta mérito ejecutivo con relación a la exigibilidad de la entrega real y material del inmueble por parte de EL PROMITENTE VENDEDOR y a favor de EL PROMITENTE COMPRADOR*".

Pero antes, en el parágrafo de la cláusula QUINTA, se expresó:

> ***CONSTITUCION DE GRAVAMEN DE HIPOTECA EN PRIMER GRADO SIN LIMITE DE CUANTIA**; El prometiente vendedor se obliga para con la prometiente compradora a constituir a título de garantía real a favor de ésta, mediante escritura pública un gravamen de hipoteca en primer grado sin límite de cuantía, **a efectos de garantizarle cualquier riesgo** que pueda surgir entre la fecha de la firma del presente contrato de promesa de compraventa y la fecha establecida para la firma de la escritura pública de compraventa que materialice este contrato, respecto a que por alguna eventualidad legal o de cualquier otra índole el prometiente vendedor se vea impedido para suscribir en la fecha establecida en este contrato, la escritura pública de compraventa. Respaldará igualmente con un título valor pagaré, que será suscrito y entregado a la prometiente compradora al momento mismo de la firma*

de este contrato, dicho pagaré tendrá como valor la sumatoria del precio pactado y el valor de la cláusula penal pactada en este contrato y como fecha de exigibilidad tanto del pago del valor consagrado en la hipoteca como en el pagaré, un dia después de la fecha de incumplimiento y/o un dia después de la fecha establecida en el contrato de promesa de compraventa para la firma de la escritura de compraventa que materialice este contrato."

El MERITO EJECUTIVO se predica es del **contrato de promesa de compraventa** cuya obligación principal es de HACER. Y para exigirlo debía presentarse el contrato de promesa de compraventa, no el pagaré y la hipoteca accesoria como si fueran negocios independientes del origen.

4.- De la redacción de estas estipulaciones se coligé la relación de causa efecto entre: a) el contrato de promesa de compraventa, b) la hipoteca y c) el título-valor pagaré, pues se desprende la injerencia del contrato de promesa, toda vez que se suscribió la hipoteca – **en primer lugar**-, "...a *efectos de garantizarle cualquier riesgo que pueda surgir entre la fecha de la firma del presente contrato de promesa de compraventa y la fecha establecida para la firma de la escritura pública de compraventa que materialice este contrato"* y el pagaré – **en segundo lugar**-, pues *"Respaldará igualmente con un título valor pagaré, que será suscrito y entregado a la prometiente compradora al momento mismo de la firma de este contrato, dicho pagaré tendrá como valor la sumatoria del precio pactado y el valor de la cláusula penal pactada en este contrato".*

No es una obligación escindible y autónoma, como de forma temeraria y de mala fe argumentó la demandante, en el hecho CUARTO de la demanda cuando expresó:

*"la parte demandante a la fecha actual (¿) **aprobó un crédito** por valor de ($78.000.000.=), a favor de la demandada, para ser cancelado **el 23 de julio de 2018**".*

Fue clara la estipulación en la promesa de compraventa que *"...El prometiente vendedor se obliga para con la prometiente compradora **a constituir a título de garantía real a favor de ésta**, mediante escritura pública un gravamen de hipoteca en primer grado sin límite de cuantía, **a efectos de garantizarle cualquier riesgo** que pueda surgir entre la fecha de la firma del presente contrato de promesa de compraventa **y la fecha establecida para la firma de la escritura pública de compraventa** que materialice este contrato".*

El riesgo garantizado con la hipoteca NO era el pago de un dinero como capital sino la **firma de la escritura de compraventa**. Una obligación **de HACER** no una

obligación de **DAR**. Y esta garantía se hizo acompañar, leoninamente, por la suscripción de un pagaré.

Derivar de la firma de estos documentos una situación autónoma crediticia es procurar, como en efecto lo hizo la demandante, sacar provecho fraudulentamente de tal suscripción, ignorando a propósito la existencia de un negocio jurídico del cual dependen las garantías mencionadas: **la promesa del contrato de compraventa.**

5.- El Despacho expone con suficiencia que *"como quiera que **en la promesa de compraventa** se acordó la facultad de adelantar ya sea la acción ejecutiva o la resolución del contrato, el acreedor **contó** con la viabilidad de hacer efectivo tal **cumplimiento** a través del proceso hipotecario"*, **sin preguntarse** un solo instante porqué razón la demandante, en la secuencia de hechos que sustentan la demanda, no colocó de presente la existencia de este contrato de **promesa de compraventa** con obligación de HACER, ni cuáles fueron las circunstancias que la llevaron a llenar los espacios en blanco del pagaré con la información con la que fue nutrido.

Para la señora Juez a quo *"...el acreedor **contó** con la viabilidad de hacer efectivo tal **cumplimiento** a través del proceso hipotecario, sin ser requisito sine qua non adelantar proceso declarativo, es decir, **no es viable** exigir al ejecutante adelantar los dos procedimientos para hacer efectivo el pago de la obligación, pues **no existe norma que regule** o que exija este tipo de trámites"*.

Todo contrato sinalagmático lleva implícita la condición resolutoria tácita que permite exigir del contratante incumplido o el cumplimiento del contrato o la sanción por el incumplimiento.

Falta lógica atribuirle al contratante cumplido la facultad de determinar el incumplimiento a la otra parte de forma automática, no para dar por terminado el contrato unilateralmente sino para cobrar la sanción por el incumplimiento del mismo.

Por si y ante sí, la presunta acreedora decidió la existencia de un incumplimiento que al no poder demostrarlo o definirlo, la llevó a intentar esta acción hipotecaria **ocultando deliberadamente** la existencia del contrato de promesa de compraventa, sin medrar las razones de un presunto incumplimiento que por lo demás no existió.

El profesor Felipe Navia Arroyo en su artículo sobre "La terminación unilateral del contrato de Derecho Privado" publicado en la Revista de Derecho Privado No. 14 (junio 2008), sostiene:

" Cualquiera que sea el caso, los argumentos que podrían darse para sustentar la tesis de la necesidad de un ***pronunciamiento judicial previo****, a instancias de la parte cumplida, son de la más variada índole. Empero, todos encuentran su sustento en la necesaria coherencia del sistema y en la necesidad de ajustarse al espíritu que anima la reglamentación del ejercicio de la* ***autonomía privada*** *en los códigos.*

En primer lugar porque si el efecto vinculatorio del contrato surge del acuerdo de dos voluntades, es lógico pensar que la disolución del vínculo, en principio, debe efectuarse de la misma forma, tal cual lo prevé el artículo 1625 del Código Civil.

En segundo lugar porque la resolución por voluntad de una sola de las partes presenta serios peligros para el deudor, en la medida en que su interés en el contrato queda, en cierto modo, a merced del acreedor.

En tercer lugar, y esto es consecuencia de lo anterior, porque ese mecanismo implica que una de las partes se imparte justicia a sí misma. Ella, por sí y ante sí, decide si ha habido incumplimiento de la otra, y lo califica en cuanto a su gravedad. Si el deudor no está de acuerdo con la decisión de su acreedor, no tendrá más camino que demandarlo para que sus perjuicios le sean indemnizados. Pero pierde, sin haber sido oído previamente, el contrato y el beneficio que esperaba obtener de él. En cuarto lugar, porque el fin práctico que se persigue al afirmar la no necesidad de acudir al juez para dar por resuelto el contrato, y que no es otro que el de permitirle al acreedor tomar rápidamente decisiones respecto de la colocación de sus recursos en el mercado y aun el de buscar en otra parte la satisfacción de su interés, pierde peso, a nuestro modo de ver, frente a otros mecanismos con los que el ordenamiento provee a la adecuada tutela de sus derechos. Es el caso de la excepción de contrato no cumplido, prevista por el artículo 1609 del Código Civil. Ante el incumplimiento de una de las partes la otra puede negarse a cumplir. Este mecanismo de defensa le permite al acreedor, mientras el juez declara la resolución, obtener los fines prácticos a los que, como ya se dijo, se acude para justificar, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la ineficacia automática del contrato. En fin, una quinta razón sería la de que ***los contratos se celebran para cumplirse****, motivo por el cual, frente al incumplimiento del deudor, el acreedor siempre debe conservar la posibilidad de exigir la ejecución forzada del contrato, que desaparecería si la resolución fuese automática, y así mismo, al deudor debe dársele la oportunidad de rectificar su comportamiento, esto es de satisfacer el interés del acreedor".*

Es decir, que se subraya la importancia del pronunciamiento judicial que aleje una acción dañina del destino del presunto deudor, ya que una mera opinion, quizá surgida del interés particular, perjudicaría los intereses de ese contratante sin mediar la contradicción argumentativa.

Y continua el tratadista citado, enfatizando la necesidad del pronunciamiento judicial para restar eficacia a la claúsula resolutoria ipso facto, que es la pretendida por la demandante:

"También pareciera haber unanimidad en cuanto a la necesidad de acudir al juez para obtener la resolución, sin que al respecto tenga ninguna importancia la modalidad que pueda asumir la cláusula resolutoria expresa: simple o de plano o ipso facto. El rector y profesor fernando hinestrosa es claro sobre el particular:

> *"De plano, ipso jure, –dice– **no se resuelven los negocios por incumplimiento**, pues sería tanto como atribuirle al acreedor poderes para fallar su conflicto y olvidar que ante el hecho del no pago afirmado por él, de suyo discutible y rebatible, se concibe la irresponsabilidad del deudor por prueba de circunstancias exoneradoras. La propia hipótesis que el código trae de resolución automática, por efecto del pacto comisorio (1935), no opera de por sí e impone al vendedor la carga de requerir a su comprador, quien podrá enervar la demanda, "pagando el precio a lo más tarde, en las 24 horas siguientes a la notificación judicial (1937)".*

6.- No se trató en el alegato de reposición del mandamiento de pago como tampoco en la argumentación de la excepción propuesta, desconocer o

tachar de falso un documento que se suscribió de buena fe, en el entendido que se trataba de un aval "***a efectos de garantizarle cualquier riesgo*** *que pueda surgir entre la fecha de la firma del presente contrato de promesa de compraventa* ***y la fecha establecida para la firma de la escritura pública de compraventa*** *que materialice este contrato*".

En ningún momento el pacto convirtió la **obligación de hacer** contenido en la promesa de compraventa, en una obligación **de dar** y mal hace el fallador de instancia en advertir situaciones contenidas en la promesa que aportamos para acusar la inexistencia de la obligación, para amparar el cobro ilegal que la demandante hace de un titulo-valor que solo era garantía para el cumplimiento de la obligación de hacer. Nunca para hacerse, solapadamente, a una cantidad de dinero que no fue producto de un contrato de mutuo.

Como puede observarse, la señora Juez de instancia hace mención a lo estipulado en la promesa para sustentar las pretensiones de la demandante:

> *"...como quiera que* ***en la promesa de compraventa*** *se acordó la facultad de adelantar ya sea la acción ejecutiva o la resolución del contrato, el acreedor* ***contó*** *con la viabilidad de hacer efectivo tal* ***cumplimiento*** *a través del proceso hipotecario...".*

Y esto, hipoteticamente sería plausible, siempre y cuando se hubiera expresado por parte de la demandante, la realidad del negocio jurídico – **promesa de compraventa**- y no se hubiera ocultado torvamente para obtener un beneficio descomunal y desproporcionado, violando flagrantemente la legalidad contractual, art.1618 del C.C.C.: "*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella mas que a lo literal de las palabras*".

Contrario a lo afirmado en la sentencia recurrida, si existe norma expresa que exige la demanda judicial para establecer el cumplimiento o no de las obligaciones contractuales y es la que está contenida en el artículo 1937 del C.C.C.:

> "Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo mas tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la **notificación judicial de la demanda"**

6

7.- Lo que se reclama al operador judicial es no haber considerado, que entre las partes es oponible el contenido del contrato de promesa de compraventa suscrito el 22 de noviembre de 2017 pues de ahí surgieron los documentos que amañadamente se afirmó, contenian una obligación CLARA, EXPRESA Y ACTUALMENTE EXIGIBLE que son las condiciones de un título ejecutivo puro y simple. NO.

Reitero, la sentencia desconoce el hecho que frente a la demandante es oponible el contrato de promesa de compraventa y si se pretendía obtener el pago de la sanción por el presunto incumplimiento, era necesario que se expresara la circunstancia de existir un negocio juridico donde se origin los documentos que ha servido de base para este cobro hipotecario.

Es posible que el contrato de promesa se de por terminado unilateralmente, pero definitivamente es fraudulento que se exhiba un título valor conteniendo una obligación que no ha sido establecida, pues su cifra es discutible.

PETICION

Por lo anterior PIDO, respetuosamente, se REVOQUE la sentencia recurrida y en su lugar se niegue el mandamiento de pago.
En consecuencia se ordene el levantamiento de las medidas cautelares y se condene el costas a la demandante.

Cordialmente,

JOSIAS CAICEDO FERNANDEZ
C.C. 16651142
T.P. 61075 DEL C.S DE LA J.

Gmail

Josias Caicedo <caicedofernandez@gmail.com>

RAD. 2019-00062-00. APELACION SENTENCIA.

2 mensajes

Josias Caicedo <caicedofernandez@gmail.com>
Para: katica8az@hotmail.com, jcrd.abogado@yahoo.es

12 de noviembre de 2020, 13:06

APELACION SENTENCIA.pdf
217K

Mail Delivery Subsystem <mailer-daemon@googlemail.com>
Para: caicedofernandez@gmail.com

12 de noviembre de 2020, 13:06

No se ha encontrado la dirección

Tu mensaje no se ha entregado a **katica8az@hotmail.com** porque no se ha encontrado la dirección o esta no puede recibir correo.

Esta es la respuesta del servidor remoto:

```
550 5.5.0 Requested action not taken: mailbox unavailable (S2017062302). [DM6NAM10FT024.eop-nam10.prod.protection.outlook.com]
```

Final-Recipient: rfc822; katica8az@hotmail.com
Action: failed

4

Status: 5.5.0
Remote-MTA: dns; hotmail-com.olc.protection.outlook.com. (104.47.58.33, the
server for the domain hotmail.com.)
Diagnostic-Code: smtp; 550 5.5.0 Requested action not taken: mailbox unavailable (S2017062302). [DM6NAM10FT024.eop-nam10.prod.protection.outlook.com]
Last-Attempt-Date: Thu, 12 Nov 2020 10:06:37 -0800 (PST)

---------- Mensaje reenviado ----------
From: Josias Caicedo <caicedofernandez@gmail.com>
To: katica8az@hotmail.com, jcrd.abogado@yahoo.es
Cc:
Bcc:
Date: Thu, 12 Nov 2020 13:06:24 -0500
Subject: RAD. 2019-00062-00. APELACION SENTENCIA.
----- Message truncated -----