

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA SEPTIMA DE DECISION CIVIL FAMILIA
SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA
MAGISTRADA PONENTE
E. S. D.

PROCESO: VERBAL DE CUMPLIMIENTO DE
CONTRATO.
DEMANDANTE: SOCIEDAD POSMOBAY S. A.
DEMANDADO: RB CONSTRUCTORES ASOCIADOS
S.A.S.
RADICACION: 2020-00213-01

NESTOR RAUL FRANCO RUIZ, varón mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la Cédula de Ciudadanía No16.744.648 expedida en Cali - Valle, con Tarjeta Profesional No 88.155 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de Apoderado Judicial la Sociedad RB Constructores Asociados S.A, por medio del presente escrito y estando en tiempo para ello, le informo a usted que presento la sustentación del **RECURSO DE APELACION** en contra de la sentencia proferida por el juzgado 14 civil del circuito de Barranquilla dentro del proceso de la referencia, el cual fue concedido en audiencia de lectura de fallo.

Si bien es cierto, que en el proceso se demostró plenamente, la excepción propuesta:

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO, fundamentada en el artículo 1609 del Código Civil Colombiano, que señala:

“Artículo 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.”

Aplicable a todas las pretensiones de la demanda la parte demandante no cumplió con su obligación y por tanto no puede exigir el cumplimiento por parte de la sociedad demandada.

Por lo que debían declararse que las pretensiones de la PARTE DEMANDANTE, no debían prosperar, hecho que efectivamente sucedió, el despacho en su sentencia en la parte resolutive comete un error al aplicar la ley sustancial al declarar resuelto el contrato de promesa de compraventa y aplicar la figura del mutuo disenso tácito, con la consecuencia de restituir dineros y bienes entregados por ambas partes, todo ello sin mediar solicitud en ese sentido por cualquiera de las partes, en una clara aplicación de un fallo **EXTRA PETITA** y por ello el motivo de inconformidad con la sentencia proferida, el cual podemos sintetizar de la siguiente manera:

PRIMERO.- A LA DECISIÓN DE DECLARAR RESUELTO EL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA.

De los hechos narrados y aceptados en el libelo introductorio de la acción, su contestación y de lo probado en el expediente resulta claro que el pago del precio de los inmuebles prometidos en venta se pactó de manera escalonada, es decir, no fue instantáneo, ni en tiempo ni en cantidad o cuantía. No se cumplió por el prominente comprador el pago inicial con el traspaso del 50% del derecho de dominio sobre un bien inmueble ubicado en Yumbo, significa que, ab-inició, se incumplió el contrato preparatorio de la compraventa, es más, este incumplimiento se mantiene en el tiempo, lo que le impidió demandar una resolución del contrato como alternativa independiente y autónoma traída de la condición resolutoria tácita contenida en el artículo 1546 del código civil.

La acción de cumplimiento y de resolución no puede demandarse al unísono como principales, en razón a que, son antagónicas. El orden de formulación procesal es, primero, el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, si se llegaron a causar y ante ausencia de cláusula penal pactada, o de forma alternativa como pretensión subsidiaria, o según el caso, exclusiva directa, la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios, si se causaron.

Lo anterior implica, de contera, que, si quien debió cumplir primero las prestaciones contractuales convenidas no lo hizo (en este caso el prominente comprador respecto a la transferencia inicial del derecho proindiviso del inmueble localizado en Yumbo), estaría impedido para beneficiarse de una resolución del contrato. Y, por ende, no se materializa la figura exculpativa de un eventual cumplimiento, con base en un mutuo disenso tácito, fundado en la Mora crediticia prevista en el artículo 1609 del código civil, dando paso al

imperativo legal de la vigencia y observancia plena e inequívoca del principio de relatividad contractual a que refiere el artículo 1602 del código civil.

No obstante, si se hace una revisión simple de los documentos de la demanda y su contestación por nuestra parte, es fácil evidenciar que **NINGUNA DE LAS PARTES**, solicitó la resolución del contrato de promesa de compraventa.

Dicho de otra manera, ni el demandante promitente comprador, ni el señor juez oficiosamente, como lo hizo en la causa, podía disponer la resolución del contrato de promesa de compraventa. En primer lugar, porque no fue una pretensión inicial principal o subsidiaria de la demanda, ni del debate probatorio y jurídico puede deprecarse que constituye una decisión judicial consecuencial obligatoria o imperativa.

En el derecho privado civil, si bien, el principio dispositivo no es absoluto, tampoco, el juez de la causa puede incursionar por vía de interpretación del debate jurídico, en terrenos del principio inquisitivo para reconocer pretensiones no consecuenciales ni formuladas en la petición del libelo introductorio de la acción judicial.

La resolución del contrato de promesa de compraventa hecha por el juez de conocimiento con base en la figura sustancial del mutuo disenso tácito, constituye una decisión extrapetita, pues, se reitera no se pidió por ninguno de los extremos de la relación jurídica procesal que son los que integran la relación jurídica sustancial (contratantes).

SEGUNDO.- EN CUANTO A LA DECISION DE DECLARAR EL MUTUO DISENSO

El mutuo disenso tácito, es una institución que no tiene una regulación legal a diferencia del mutuo disenso expreso que señala el código civil en su artículo 1625, pero la corte suprema de justicia ha señalado que para que sea declarado el mutuo disenso tácito se requiere que de la conducta de los contratantes emerja nítidamente la voluntad negativa en cumplir el contrato; es decir, “que ese negligente u omisivo actuar los lleve a determinar de manera inequívoca el no ejecutar el contrato”.

Ahora bien, acaso la sociedad demandante Posmobay S. A. ha dado muestras inequívocas de **NO** querer terminar el contrato, la presentación de la demanda y su pretensión de lograr el **CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

hace que sea a todas luces una mala y errada interpretación de la doctrina jurisprudencial la aplicación de la figura del mutuo disenso tácito.

No existe una mutua voluntad de no continuar con el vínculo contractual. La sociedad demandante pidió lo contrario, es decir la sentencia deslegitima las actuaciones de las partes demandantes y demandadas, no se puede pregonar la figura del mutuo disenso tácito si no hay conductas negativas que a su juicio reflejen la voluntad de disolver implícitamente el contrato, la demanda con la pretensión (fallida) de lograr el cumplimiento del contrato, el cumplimiento parcial inferido de los testimonios practicados, las declaraciones de parte y la escritura de compraventa de parte de los inmuebles prometidos en venta son señales inequívocas que desestiman la aplicación de la figura mencionada

Al respecto la corte suprema de justicia indicó que, para que pueda declararse desistido el contrato por mutuo disenso tácito, se requiere que, con el comportamiento de ambos contratantes, frente al cumplimiento de sus obligaciones, pueda naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato, de no llevarlo a cabo.

Así las cosas, no basta el recíproco incumplimiento, sino que es necesario que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean expresivos (prueba contundente inequívoca), de manera tácita o expresa, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato.

En conclusión, además de la desatención o abandono contractual, debe aparecer como hecho concluyente del mutuo disenso el inequívoco interés de las partes por no continuar con el negocio jurídico. Su deseo por desistir del mismo y de las obligaciones que allí se incorporan (M. P. Álvaro Fernando García Restrepo).

Corte Suprema de Justicia Sala Civil, Sentencia, SC-36662021 (66001310300320120006101), 25/08/2021.

TERCERO.- EN CUANTO A LA DECISION DE OTORGAR RESTITUCIONES MUTUAS.

Como consecuencia de lo anteriormente, si la resolución de contrato de promesa de compraventa y la aplicación de la figura del mutuo disenso no era posible aplicarla para el fallo que apelamos, no se podría hablar en esta sentencia de restituciones mutuas, estas surgen como consecuencia del

supuesto mutuo disenso tácito, figura erróneamente utilizada en la sentencia por el Juez de primera instancia y debe correr la misma suerte de esta.

De otro lado, el Juez de primera instancia debió de tener en cuenta que los dineros entregados a mi poderdante, sociedad RB Constructores S.A.S, fueron imputados a la compra de otros bienes inmuebles, que no son del supuesto negocio prometido y fueron escriturados a persona jurídica diferente a la demandante, por instrucción de esta.

Por lo que es imposible hablar de restituciones mutuas, pues los dineros fueron utilizados en negocio jurídico diferente.

CUARTO.- EN CUANTO A LA FIJACION DE AGENCIAS EN DERECHO.

En cuanto a la condena en costas, y en concreto, en agencias en derecho, a las voces del numeral 4 del artículo 366 del código general del proceso, concordante como el artículo 365 ibidem, hay que decir, que el valor fijado es notoriamente inferior a las tarifas del consejo superior de la judicatura, hay que tener en cuenta que se surtió todo el proceso hasta su fallo en primera instancia y la cuantía de la demanda fue tasada en el juramento estimatorio en más de **VEINTE MIL MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$20.000.000.000.00)** y se estaban pidiendo perjuicios por varios miles de millones de pesos, presentando pruebas periciales de ello, las cuales afortunadamente se pudieron desvirtuar en las audiencias realizadas, por lo que no se entiende como se fijan como agencias en

derecho la suma de un salario mínimo mensual, si se declaran probadas las excepciones propuestas y vencido en juicio la parte demandante, las tarifas usadas para estos fines son notoriamente más altas que la suma concedida, la cual a nuestro entender castiga a la parte demandada, pues sus gastos fueron mucho más altos.

QUINTO.- EN CUANTO LA SENTENCIA NO SE PRONUNCIO SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO

Respecto al juramento estimatorio, hay que decir, que el señor juez de conocimiento guardó silencio tanto en el Ober dicter como en la ratio decidendi, motivo por el cual, siendo un tema procesal y por ende imperativo y de orden público, está obligado a hacer pronunciamiento sobre el particular, fiel a lo literal del artículo 206 del código general del proceso (ley 1564 de

NESTOR RAUL FRANCO RUIZ
ABOGADO
UNIVERSIDAD DEL CAUCA

2012). Por lo tanto, solicito se dé cumplimiento a dicho evento jurídico, puesto que, es una pretensión consecuencial de origen legal procesal.

Por todos los motivos de inconformidad expuestos anteriormente, solicito se modifique la sentencia conservando el sentido del fallo condenatorio para la parte demandante y se declare probadas las excepciones propuestas, se nieguen las pretensiones de la demanda y se condene en costas a la parte demandante, de la manera como se solicitó en el libelo de contestación de la demanda.

Atentamente,



NESTOR RAUL FRANCO RUIZ
C.C. No. 16'744.648 de Cali
T.P. No. 88.155 del C.S. de la J.