



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CUARTA DE DECISIÓN
CIVIL FAMILIA LABORAL

M.P. ÉDGAR ROBLES RAMÍREZ

Proceso: DECLARATIVO - RESOLUCIÓN DE CONTRATO
Demandante: ARCELIA SEGURA ÁLVAREZ y OTROS
Demandados: VICTORIA ADMINISTRADORES SAS y OTRO
Radicación: 41001-31-03-003-2020-00180-01
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA
Procedencia: JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE NEIVA (H)

Neiva, veintinueve (29) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Aprobado y Discutido mediante acta N° 120 de 29 de agosto del 2022

1. ACLARACIÓN PRELIMINAR

El presente asunto, fue conocido primeramente por la Magistrada Enasheilla Polanía Gómez, ponente de la Sala Cuarta de decisión CIVIL FAMILIA Laboral, no obstante, mediante acta de discusión N° 014 de 25 de mayo de 2022, el proyecto por ella planteado fue derrotado, correspondiendo al siguiente en turno, esto es el suscrito Magistrado Ponente, emitir la sentencia correspondiente.

2. ASUNTO

Procede la Sala Cuarta de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, a resolver el recurso de apelación de la sentencia proferida el 1 de septiembre de 2021 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de La Neiva (H).



3. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

En el líbello introductorio del presente asunto, la parte demandante solicitó declarar resuelto el contrato promesa de compraventa y la cláusula adicional No.001, celebrados por los litigantes respecto de bien inmueble apartamento, ubicado en esta ciudad, por incumplimiento de la promitente vendedora demandada; en consecuencia, se condene a los demandados a restituir el dinero cancelado por los promitentes compradores demandantes, más la corrección monetaria, los intereses de 6% anual desde el incumplimiento hasta la fecha efectiva del pago, el 5% del valor del inmueble por cláusula penal, la suma equivalente al 1% del valor total de las sumas canceladas en virtud del contrato principal por tres meses y al pago de las costas, agencias en derecho.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las anteriores pretensiones, con las precisiones de cada caso en particular, narran que celebraron individualmente los demandantes con RAFAEL GARCÍA MURCIA en unos contratos, en calidad de representante legal de la sociedad INGENIAR GESTORES SAS, como promotor y en otros con DANIEL GIOVANNI RODRÍGUEZ CORAL como promotor y los futuros compradores demandantes, contrato de separación de apartamento y posteriormente con la persona jurídica VICTORIA ADMINISTRADORES SAS y la persona natural RAFAEL GARCÍA MURCIA, estos en calidad de promitentes vendedores, contrato promesa de compraventa del dominio y posesión que tiene y ejerce sobre bien inmueble apartamento y parqueadero, ubicado en la calle 11 No.55-179 de la ciudad de Neiva.

Que pactaron en la cláusula CUARTA del contrato preparatorio, la firma de escritura y la entrega del inmueble prometido, 18 meses después de la suscripción del referido negocio jurídico; el que no cumplieron, solicitaron los promitentes vendedores una prórroga,



accediéndose a la misma, mediante una CLÁUSULA ADICIONAL, estipulando algunos cambios, y otorgando un plazo de gracia de 120 días calendarios adicionales, contados a partir de la fecha estipulada para cumplir la obligación y, que de no efectuarse la entrega dentro del mismo, se le reconocería al promitente comprador (a), durante un término de 3 meses contados a partir de la fecha de vencimiento del plazo de gracia a título de compensación por todos los perjuicios que pudiere sufrir en razón de la demora, una suma mensual equivalente al 1% del valor total de las sumas que los promitentes compradores hayan cancelado en virtud del negocio principal; cumplido dicho término existe incumplimiento y daría facultad para exigir la aplicación de la cláusula penal prevista en el contrato.

Que, de acuerdo con la estipulación séptima, los promitentes compradores, realizaron abonos al precio a través de la cuenta de fiducia y en consignación, en la cuenta establecida por el promitente vendedor; en la novena estipularon, cláusula penal, para el caso de que alguno de los contratantes no cumpliera en todo o en parte sus obligaciones, dando lugar a la resolución del contrato y la cancelación a favor del contratante cumplido a título de pena del 5% del valor total del inmueble.

Finalmente, manifestaron, que es evidente el incumplimiento por parte de los demandados, quienes, hasta la fecha, no han entregado el inmueble prometido, causando perjuicios a cada uno de los demandantes que consignaron en la fiducuenta dispuesta en BANCOLOMBIA.

2.3. CONTESTACIÓN

3.3.1 LA SOCIEDAD VICTORIA ADMINISTRADORA SAS

Manifestó no constarle los hechos 1, 21, 28 y 35, toda vez que en esos acontecimientos no participó; acepta como verdaderos los hechos 2, 4, 5, 8, 9, 11, 12, 15, 17, 18, 22, 24, 25, 29, 31, 32, 36, 38 y 39; niega por falaces los hechos 3, 10, 16, 23, 30 y 37, destacando el



cumplimiento de su parte de la cláusula CUARTA de los contratos promesa de compraventa inicialmente suscritos, puesto que dicha cláusula fue consensuadamente modificada a través del documento OTRO SI; niega por ser contrarios a la realidad en cuanto a su génesis, los hechos 6, 13, 19, 26, 33 y 40; 7, 14, 20, 27, 34 y 42, porque fueron los actores quienes no cumplieron las obligaciones a su cargo, inherentes al pago del precio de los inmuebles prometidos en venta; niega el hecho 42, en tanto pregona mala fe de la demandada, cuando se confiesa la paralización en la inyección del flujo efectivo a cargo de los demandantes, que además de su incumplimiento, comportó la suspensión de las obras que se adelantaban.

Se opuso a las pretensiones y objetó el juramento estimatorio, dado que el soporte fáctico de las declarativas es el incumplimiento de la demandada, el que no ocurrió, debido a que de manera previa los demandantes debían satisfacer las obligaciones a su cargo, resultando infundadas por operar la circunstancia del artículo 1609 del Código Civil.

Finalmente, plateó las excepciones de mérito, que denominó "*(i) incumplimiento de los demandantes; (ii) exceptio non adimpleti contractus y (iii) genérica o innominada*".

3.3.2 EL DEMANDADO RAFAEL GARCÍA MURCIA

Mediante apoderado judicial el demandado aceptó como ciertos los hechos 1, 2, 4, 5, 9, 11, 12, 15, 17, 18, 21, 22, 24, 25, 28, 29, 31, 32, 35, 36, 38 y 39; no constarle los hechos 6, 8, 13, 19, 26, 33 y 40, debido a que no participó en esas negociaciones, ni en la producción de los documentos aludidos, los que le resultan extraños y ajenos; niega por falaces los hechos 7, 14, 20, 27, 34 y 41, advirtiendo que conforme excepciona, los demandantes no cumplieron las obligaciones a su cargo, correspondiente al pago del precio del inmueble prometido en venta, negando el hecho 42 en tanto pregona la mala fe de los demandados y, que por el contrario se confiesa que la paralización en la inyección de flujo de efectivo a cargo de los demandantes, además de su incumplimiento, comportó la suspensión de las obras que se adelantaban.



Se opuso a las pretensiones, objetó el juramento estimatorio y formulo las excepciones de mérito que denomino “(i) falta de causa para demandar por incumplimiento de los demandantes; (ii) exceptio non adimpleti contractus y (iii) genérica o innominada”.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Nieva (H), en sentencia de 1 de septiembre de 2021, declaró la resolución por incumplimiento recíproco de las obligaciones adquiridas por las partes con ocasión de la celebración de los contratos promesas de compraventa y OTRO SI No001; CONDENA a los demandados a pagar las sumas entregadas con ocasión de los mismos contratos, a los demandantes, debidamente indexadas; DECLARA no probados los hechos soporte de las excepciones de mérito FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEMANDANTES, EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS y GENÉRICA O INNOMINADA; DECLARA no probadas las tachas por sospecha formuladas; NIEGA las restantes excepciones; CONDENA en costas en un 70% a la parte demandada, FIJANDO las agencias en derecho y ORDENA el archivo del expediente.

Para arribar a tales determinaciones, comenzó por analizar, sí era procedente declarar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato promesa de compraventa y el denominado OTRO SI No.001, por parte de los demandados y si como consecuencia de ello, se cumplían los presupuestos establecidos en el artículo 1546 del C.C., para tal efecto. Es así, como abordó el estudio de la aludida norma, trayendo a colación, reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en torno a los presupuestos de la resolución contractual apoyándose en la sentencia de la Alta Corporación, adiada el 14 de marzo de 1963, así como recientes pronunciamientos en los que ha sostenido que cuando ambas partes incumplen, hay lugar a desatar el contrato por mutuo disenso, acorde con la sentencia SC-1662 de 2019, de cuyos apartes hizo lectura.



En el caso concreto, observó que para respaldar la pretensión resolutoria se aportó prueba documental del mentado contrato celebrado y la cláusula adicional, de lo que es posible concluir que en efecto se celebró válidamente conforme al artículo 89 de la ley 153 de 1887, señaló que de conformidad con las pruebas recaudadas, los demandados incumplieron las obligaciones a su cargo derivadas del contrato y cláusula adicional, de entrega el inmueble prometido, como lo aceptaron en los interrogatorios de parte absueltos, se constató en la inspección judicial al sitio del proyecto habitacional y que, a la fecha pactada para la entrega, ninguna de las partes concernientes al negocio jurídico había concurrido a la Notaría a otorgar la escritura pública, en la forma y tiempo debidos, de donde concluyó que el incumpliendo había sido recíproco, toda vez, que los demandantes, tampoco habían honrado su obligación de pagar la totalidad del precio.

4. APELACIÓN

4.1 DEMANDANTE

Inconforme con la sentencia de instancia, la parte demandante la apeló, ante la absolución, del pago de la cláusula penal e intereses, resaltando en la sustentación por escrito¹ del recurso de apelación en la presente instancia, en los términos del artículo 14 del Decreto 806 de 2020, que de acuerdo con la cláusula cuarta del acuerdo contractual, para el 28 de marzo de 2020, cuando se cumplieron los 18 meses acordados en la misma, tenían los demandados que realizar la entrega material del inmueble, pero al observar que no podían cumplir con la entrega, solicitaron ampliación del plazo, motivo por el cual sus procurados de buena fe, lo otorgaron, en cláusula adicional No.001 de 12 de junio de 2019, en el que pactaron la cláusula segunda, un nuevo plazo para el 24 de julio de 2020, fecha en la que también incumplieron, por lo que acorde a dicho canon procedía, pasado el tercer mes, el reconocimiento de una indemnización equivalente al 1%, entendiéndose el incumplimiento del promitente vendedor, dando la opción incluso de exigir la cláusula penal, restando el despacho a lo pactado en la mencionada cláusula anexa.

¹ Documento 07, cuaderno de segunda instancia, expediente digital.



Expusieron que, fue la parte demandada la que de manera libre y voluntaria al momento de suscribir la cláusula adicional, manifestó que los promitentes compradores han cumplido con el contrato, dejando abiertamente la aceptación del incumplimiento por la parte pasiva, resultando procedente el reconocimiento de la cláusula penal e intereses reclamados y, de otra parte, indicaron que el despacho restó importancia a lo estipulado en el contrato promesa de compraventa, por ejemplo, la facultad de los promitentes vendedores de terminarlo en caso de no cumplir los promitentes compradores con las obligaciones contractuales, actuación que no realizaron, porque la parte actora si había cumplido, sin efectuar los demandados un reclamo o requerimiento por incumplimiento, pudiendo hacerlo para cobrar la cláusula penal, descontándola de los dineros depositados por la parte actora, indicios que dan muestra reiterativa con las demás pruebas, del cumplimiento de la parte demandante e incumplimiento de la pasiva, previsible este por la cantidad de retrasos en la obra, que estaba suspendida desde antes de la fecha estipulada para la entrega, como se evidenció en la inspección de 28 de marzo de 2020.

4.2 DEMANDADO

La parte demandada por conducto de apoderado común, sustentó por escrito² los reparos concretos formulados al fallo de primer grado, en orden a que se declaren probadas las excepciones propuestas y se condene en costas a la parte actora, para lo cual indica tres aspectos relevantes de la sentencia: (i) preterir el artículo 1609 del C.C.; (ii) quebrantar el principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del C.G.P. y (iii) violar el derecho de defensa de la parte demandada.

Para sustentar su punto de vista, sostuvo que, con las pruebas que reposan en el plenario resulta incontrovertible el incumplimiento de los accionantes en el pago del precio pactado, el que debía suceder de manera previa al cumplimiento de las obligaciones contraídas, por lo considera acertada de la decisión adoptada, ante el incumplimiento de

² Documento 10, cuaderno de segunda instancia, expediente digital.



los contratos por parte de los demandantes, conclusión que además de dejar en orfandad las pretensiones de la demanda, conducía inexorablemente al examen de las excepciones propuestas, partiendo la sentencia, - en su criterio- del presupuesto equivocado, que el pago debía suceder de manera coetánea o concomitante a las prestaciones a cargo de los demandados, razón por la cual, considera que la excepción de contrato no cumplido, regulada por el artículo 1609 del C.C., estaba llamada a prosperar.

También, consideró que excedió el juzgador *a quo* los límites de su competencia, dictando una sentencia incongruente por *extra petita*, al declarar la resolución por mutuo disenso, pretensión no consignada en el libelo genitor.

También precisó que, la sentencia que puso fin al proceso, trasgrede principios fundamentales de raigambre constitucional que hace referencia al debido proceso e igualdad de las partes, desplegando la demandada su derecho de defensa frente a las pretensiones enfiladas en el libelo genitor, *petitum y exceptio*, que constituían los únicos e indesbordables escenarios de la decisión judicial; por ello, a su juicio, si las pretensiones no tenían vocación de prosperidad, como atinadamente concluyó el *a quo*, así debió consignarse en la sentencia negándolas y, de contera debió abordar el examen de las excepciones, declarando probada la invocada *exceptio non adimpleti contractus*, y condenando a los actores al pago de las costas procesales.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. PROBLEMAS JURÍDICOS

los problemas jurídicos que acomete la Sala en esta oportunidad, consisten en

1. ¿Establecer, si las cláusulas adicionales N°001 calendadas el 12 de junio de 2019, de los contratos de compraventa de bienes inmuebles adiados el 31 de agosto, 6,10, 18, 19 y 28 de septiembre de 2018, pactada entre los promitentes compradores y uno



de los promitentes vendedores (VICTORIA ADMINISTRADORES SAS), le es oponible al otro vendedor que no la estipuló?

2. ¿Determinar, si el juez de primera instancia incurrió en error fáctico por indebida valoración probatoria, al declarar la resolución de los contratos promesa de compraventa de bienes inmuebles, adiados el 31 de agosto, 6,10, 18, 19 y 28 de septiembre de 2018, junto a sus cláusulas adicionales de 12 de junio de 2019, por mutuo disenso, ante el incumplimiento recíproco de las partes, que se tradujo en un fallo incongruente, al decidir sobre una pretensión que no había sido invocada en la demanda?
3. Y en tal evento, ¿si se han cumplido los presupuestos sustanciales y probatorios, para ordenar la indemnización de perjuicios pactada en las cláusulas penales de las promesas contractuales?

5.2. MARCO NORMATIVO:

Artículo 964, 1546, 1602, 1609, 1611, 1617, 1746 del C.C., artículo 206 del C.G.P.; artículo 18 de la Ley 820 de 2003; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de Septiembre de 1979, M.P. Alberto Ospina Botero; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de febrero de 1991. M.P. Rafael Romero Sierra; Corte Suprema de Justicia, sentencia del 7 de diciembre de 1982, M.P. Dr. Jorge Salcedo Segura, sentencias SC 3251 de 2020 y SC 3644 de 2021, Magistrado Ponente Octavio Augusto Tejeiro Duque.

5.3. RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO.

¿Establecer, si las cláusulas adicionales N°001 calendadas el 12 de junio de 2019, de los contratos de compraventa de bienes inmuebles adiados el 31 de agosto, 6,10, 18, 19 y 28 de septiembre de 2018, pactada entre los promitentes compradores y uno



de los promitentes vendedores (VICTORIA ADMINISTRADORES SAS), le es oponible al otro vendedor que no la estipuló?

Frente a la inoponibilidad, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia explicó que la misma guarda relación en que los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; también agregó que es una garantía que tienen los terceros adquirentes de buena fe para que un negocio del que no hicieron parte no los afecte cuando no se cumplió el requisito de publicidad.

Entonces, ni su celebración ni su eventual nulidad pueden perjudicarlos, por lo que la declaración judicial que se haga respecto de la validez no tiene la aptitud de afectar su propio derecho legítimamente conseguido. La inoponibilidad valora la confianza razonable de los terceros de buena fe en aquellos negocios que se presentan objetivamente como válidamente celebrados. Así lo planteó la Corte en Sentencias SC 3251 de 2020 y SC 3644 de 2021, con ponencia del Magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque, en las que señaló:

“La inoponibilidad, guarda relación con que los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros. Respecto a esta figura, en CSJ SC9184-2017 reiterada en SC3201-2018 y SC3251-2020, se expuso que,

(...) es la ineptitud frente a terceros de buena fe, de un negocio jurídico válido entre las partes, o de su declaración de invalidez.

Es decir que la inoponibilidad es una garantía que tienen los terceros adquirentes de buena fe para que un negocio del que no hicieron parte no los afecte cuando no se cumplió el requisito de publicidad; de suerte que ni su celebración ni su eventual nulidad pueden perjudicarlos, por lo que la declaración judicial que se haga respecto de la validez de aquel acto no tiene la aptitud de afectar su propio derecho legítimamente conseguido. La inoponibilidad valora la confianza razonable de los terceros de buena fe en aquellos negocios que se presentan objetivamente como válidamente celebrados.



«En términos generales, terceros son todas aquellas personas extrañas a la convención. Todos aquellos que no han concurrido con su voluntad a su generación. Toda persona que no es parte, es tercero» (Raúl Diez Duarte. La simulación de contrato en el Código Civil Chileno. Santiago de Chile, 1957. p. 64.). Son terceros relativos quienes no tuvieron ninguna intervención en la celebración del contrato, ni personalmente ni representados, pero con posterioridad entran en relación jurídica con alguna de las partes, de suerte que el acto en el que no participaron podría acarrearles alguna lesión a sus intereses, por lo que les importa establecer su posición jurídica frente al vínculo previo del que son causahabientes, y esa certeza sólo la pueden adquirir mediante una declaración judicial; como por ejemplo el comprador, el acreedor hipotecario, el acreedor quirografario, el legatario, el donatario, el cesionario, etc. Son terceros absolutos (penitus extranei) todas las demás personas que no tienen ninguna relación con las partes, por lo que el vínculo jurídico no les concierne ni les afecta de ninguna manera, pues sus consecuencias jurídicas no los alcanzan en virtud del principio de relatividad de los efectos del negocio jurídico; o sea que carecen de todo interés en la causa.

Para que una persona pueda beneficiarse de la invocación de la inoponibilidad, tiene que ser un tercero relativo al que la celebración del contrato, su nulidad, simulación, o cualquier efecto entre las partes, no puede degradar su posición jurídica por ser un adquirente in loco domini, es decir que su derecho deriva legítimamente del dominus; de manera que la suerte que corra el acto ajeno (válido o inválido entre las partes) en virtud de una declaración judicial, tendrá que respetar y reafirmar el carácter incuestionable de su propio derecho.”³

En el caso particular, se demanda la resolución de seis (6) contratos de promesa de compraventa de bienes inmuebles apartamentos y parqueaderos, en el conjunto residencial (SAN JOSÉ DE LA SIERRA), ubicado en la ciudad de Neiva, suscritos por los demandantes de manera individual como promitentes compradores y como promitentes vendedores a los demandados (VICTORIA ADMINISTRADORES S.A.S. y RAFAEL GARCÍA MURCIA), calendados el 31 de agosto, 6,10, 18, 19 y 28 de septiembre de 2018, y seis (6) cláusulas adicionales (OTRO SI) N°001, adiados el 12 de junio de 2019, suscritos en la misma

³ Sala de Casación Civil Corte Suprema de Justicia, Sentencias SC 3251 de 2020 y SC 3644 de 2021, Magistrado Ponente Octavio Augusto Tejeiro Duque.



forma por los promitentes compradores, pero como promitente vendedor, sólo fue suscrito por VICTORIA ADMINISTRADORES S.A.S.

En ese orden y conforme fue formulado el problema jurídico a resolver, la controversia recae en que si las cláusulas adicionales, le son oponibles al demandado RAFAEL GARCÍA MURCIA quien no las estipuló, obteniéndose como respuesta que no le son oponibles a este, dado que los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros, por lo que las obligaciones pactadas en las cláusulas adicionales N°001 de 12 de junio de 2019, en la que se estableció que:

"CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. - EL PROMITENTE VENDEDOR transfiere a título de venta al PROMITENTE COMPRADOR (A), el derecho de dominio y la propiedad plena que tiene sobre el inmueble... SEGUNDO: Adicionar la cláusula cuarta el siguiente PARÁGRAFO N 01: "No obstante la fecha establecida, PROMITENTE VENDEDOR y el PROMITENTE COMPRADOR (A), otorgan un plazo de gracia de CIENTO VEINTE (120) días calendarios adicionales, contados a partir de la fecha antes estipulada para cumplir con la obligación del PROMITENTE VENDEDOR, estableciéndose por tanto como fecha final de entrega el 24 de julio de 2020. Transcurrido el plazo de gracia adicional sin que se hubiere efectuado la entrega deberá reconocer y pagar al PROMITENTE COMPRADOR (A), durante un término máximo de TRES (3) meses, contados a partir del de la fecha de vencimiento del plazo de gracia en mención, a título de compensación por todos los perjuicios que pudiere sufrir en razón de la demora, una suma mensual equivalente al UNO por ciento (1%) del valor total de las sumas que el PROMITENTE COMPRADOR haya cancelado en virtud del contrato principal. Pasado el TERCER mes de estarse reconociendo la indemnización sin que se produzca la entrega efectiva de (los) inmuebles, se entiende que hay incumplimiento por parte del PROMITENTE VENDEDOR y da facultad al PROMITENTE COMPRADOR para exigir la aplicación de la cláusula penal prevista en el contrato."

Solo, son exigibles a la demandada VICTORIA ADMINISTRACIONES S.A.S., por cuanto, esta asumió la obligación de la entrega de los bienes inmuebles prometidos en venta, sin que ello quiera decir que se trate de un nuevo negocio jurídico distinto a los inicialmente suscritos el 31 de agosto, 6,10, 18, 19 y 28 de septiembre de 2018, por cuanto de dichas



estipulaciones, se desprende con claridad que solo se adicionan algunas cláusulas de este último, sin que se deje sin efecto o valor dichas promesas de compraventa, conservando el señor RAFAEL GARCÍA MURCIA, las que se obligó a cumplir, esto es la de suscribir las escrituras públicas de venta de los inmuebles prometidos.

En conclusión, mal podría decirse que el contrato de promesa de compraventa, es un negocio independiente al señalado en las cláusulas adicionales mencionadas, pues lo que ciertamente si ocurre es que las obligaciones que se estipuló la empresa VICTORIA ADMINISTRACIONES S.A.S., no le son oponibles al señor GARCÍA MURCIA, por cuanto este no las suscribió, - se reitera- sin que lo haya relevado de las demás adquiridas.

5.4. RESPUESTA AL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO.

¿Determinar, si el juez de primera instancia incurrió en error fáctico por indebida valoración probatoria, al declarar la resolución de los contratos promesa de compraventa de bienes inmuebles adiados el 31 de agosto, 6,10, 18, 19 y 28 de septiembre de 2018,, junto a sus cláusulas adicionales de 12 de junio de 2019, por mutuo disenso, ante el incumplimiento recíproco de las partes, que se tradujo en un fallo incongruente, al decidir sobre una pretensión que no había sido invocada en la demanda?

Respecto al alcance del recíproco incumplimiento, existen dos corrientes jurisprudenciales que tratan de darle solución y que han sido planteadas por este tribunal en sentencia de 11 de noviembre de 2014⁴. En efecto, la primera sostiene que no existe legitimación en la causa para pedir la resolución del contrato sinalagmático el contratante que ha incumplido.

⁴ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Civil Familia Laboral, proceso Ordinario – Resolución Promesa de Compraventa de Arnulfo Parra Chimbaco vs Fabio Augusto Medina Andrade, radicado N° 41001-31-03-004-2013-00056-01



Se funda esta corriente jurisprudencial, en lo dispuesto en sentencia del 5 de noviembre de 1979, con ponencia del Dr. Alberto Ospina Botero⁵, en la interpretación del artículo 1546 del Código Civil, que establece que en los contratos bilaterales va implícita la condición resolutoria, para el caso en que uno de los contratantes incumpla, evento en el cual, el otro, es decir, el que ha cumplido está legitimado para pedir o bien que se resuelva el contrato, ora que se dé cumplimiento al mismo, y en ambos eventos, con indemnización de perjuicios.

Argumentan quienes sustentan esta tesis, que nadie puede alegar ante la justicia su propio dolo, ni tampoco su propia inmoralidad o torpeza. De suerte que, en eventos como el que aquí se plantea no es procedente la acción de resolución, por falta de legitimación en la causa, si quien la promueve ha incumplido total o parcialmente las obligaciones que de su parte deba satisfacer, y esto porque según ellos, de la interpretación del artículo 1546 del Código Civil, norma general que gobierna la resolución de los contratos, exige la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que se trate de contrato bilateral válido; b) Que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o haya estado dispuesto a cumplirlas; y c) Que el otro contratante haya incumplido las suyas.

La Corte en la referida sentencia acomete el estudio del asunto, haciendo una retrospectiva histórica de los fundamentos que sustentan su tesis, partiendo desde el derecho Romano hasta abordar el estudio del Art. 1184 del Código Civil Francés, el cual considera como el resultante de todo un proceso histórico en el que la acción resolutoria se le otorgó al contratante cumplido, frente al incumplido como de manera reiterada lo han sostenido la doctrina Francesa encabezada por RIPERT y BOULANGER, a quienes cita en un extenso pasaje en el que se concluye que *"Si la causa es imputable a la culpa de una de las partes, es natural que esa pida la resolución por voluntad de la otra, sin poder demandarla. La parte a la que pertenece la acción de resolución no está reducida a ese solo medio. Tiene la elección de hacer resolver el contrato o de exigir su cumplimiento, suponiendo que la falta del deudor no haya hecho imposible tal cumplimiento"*. (Ob. cit., t. IV, núms. 536 y 537)".

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de septiembre de 1979, M.P. Alberto Ospina Botero.



"Igual criterio al precedente ha sido el sentado por R. J. POTHIER (Tratado de las obligaciones, núm. 672), COLÍN y CAPITANT (Derecho civil, t. ni, 741 y 742) y por los tribunales franceses

Seguidamente en esa memorable sentencia, el Magistrado OSPINA BOTERO, acomete el estudio de la condición resolutoria establecida en nuestro sistema jurídico, en el Art. 1546, y la forma como ANDRÉS BELLO, lo redactó con el objeto de dilucidar su verdadera inteligencia, apoyado en la jurisprudencia entonces vigente para puntualizar que, en los contratos bilaterales, al contratante incumplido no se le concede la acción para pedir la resolución del contrato.

Sostuvo en aquella oportunidad que:

"15. Entonces, examinando de conjunto toda la legislación existente en torno a la consagración de la acción resolutoria en los contratos bilaterales, fácilmente se observa que ella se concede al contratante cumplido o que ha estado presto a cumplir frente al incumplido.

"16. Acudiendo a los antecedentes doctrinales, la jurisprudencia de la Corte, salvo la sentencia de 29 de noviembre de 1978, al fijar el verdadero sentido y alcance del art. 1546 del Código Civil, en más de un centenar de fallos ha sostenido que constituyen presupuestos indispensables, para el buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita, los siguientes: a) que el contrato sea bilateral; b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas; y c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponden.

"Según los antedichos requisitos, que aparecen diáfananamente contemplados en el citado artículo por el aspecto activo, el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden, y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la referida acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor.



"El precepto contentivo de la acción resolutoria (art. 1546 del C. C.) no permite entenderlo, porque no lo dice, que dicha acción puede promoverla con éxito cualquiera de los contratantes cuando se da el caso de incumplimiento recíproco de obligaciones simultáneas. En este evento [sic], la mencionada acción no ha nacido para ninguno de los contratantes. Dentro de la más precisa y clara posición doctrinal, aplicable al punto que se viene tratando, dijo la Corte en fallo de 25 de marzo de 1950 que «en caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todas de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2° del art. 1546 del C. C..."

Los argumentos centrales de ésta tesis aparecen en el siguiente pasaje jurisprudencial:

"La primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan «mutuo disenso», «resciliación» o «distracto contractual», es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del art. 1625 del C. C., en cuanto dice que «toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula».

"18. La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. La primera forma no requiere la intervención judicial, comoquiera que la disolución se produce por el acuerdo expreso; en cambio, la segunda forma sí requiere de decisión judicial. Esta última manera de disolverse el contrato se da entre la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, sólo puede considerarse y, por ende, traducirse, como una manifestación clara de anotar el vínculo contractual.

"En efecto, si los contratantes al celebrar la convención lo hacen inspirados en el cumplimiento mutuo de las obligaciones nacidas de ella, la posición tozuda y



recíproca de las partes de incumplir con sus obligaciones exterioriza un mutuo disenso de aniquilamiento de la relación contractual. Esto es así, porque no es propósito de la ley mantener indefinidamente atados a los contratantes cuyo comportamiento, respecto de la ejecución de las obligaciones, sólo es indicativo de desistimiento mutuo del contrato.

"Precisamente, la doctrina de la Corte, al considerar que el incumplimiento recíproco y simultáneo de los contratantes con sus obligaciones trae como consecuencia la disolución por mutuo disenso tácito, sentó como fundamento el hecho de que «las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando, por el contrario, la intención y los fines perseguidos por quien los ejecuta; de ahí por qué es preciso darle a la recíproca inejecución de las obligaciones contractuales la significación exacta de la desistencia tácita» (Cas. Civil del 23 de septiembre de 1974, 'G. J.', t. CXLVIII, p. 246).

De igual talante, es la tesis defendida por la Corte en sentencia del 25 de febrero de 1991, con ponencia del Dr. Rafael Romero Sierra, en un caso similar al que aquí se decide, frente al incumplimiento recíproco del promitente comprador y del promitente vendedor en sus obligaciones. En aquella oportunidad, sostuvo esa Corporación:

"Es indudable que por participar la promesa de contratar de la estirpe de los contratos bilaterales, en dicho negocio jurídico va implícita la condición resolutoria tácita, por lo que el fenómeno del incumplimiento de una de las partes de las obligaciones a su cargo coloca a la otra en posición de poder solicitar su resolución, con apoyo del 1546 del Código Civil, que es una norma de carácter general, para lo cual se requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que se trate de contrato bilateral válido; b) que quien promueve la acción haya cumplido con la obligaciones o haya estado dispuesto a cumplirlas; c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponden. De tal suerte que, conforme a los referidos presupuestos que aparecen meridianamente consignados en el precitado artículo 1546 del C. C., el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones (sic) que le corresponden, acción que incuestionablemente debe dirigirse contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención, surge del



cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado..." (Negrilla fuera de texto original)⁶.

Sin embargo, para la aludida sentencia y para esta Sala, en circunstancias como la presente, en que ambas partes han incumplido, la aplicación jurisprudencial no resulta justiciera, y el actor cualquiera que este sea, estaría ante la dificultad de deshacer el contrato cuando materialmente ninguna de las partes ha cumplido, ni se ha allanado a cumplir. En efecto, si opta por la resolución del contrato, le proponen la excepción de falta de legitimación en la causa, y si en cambio, se decide por la ejecución del contrato le proponen la excepción de contrato no cumplido; quedando de esta forma ambos contratantes, en un laberinto sin salida y el contrato estancado o suspendido en una especie de hibernación esperando a que las partes lleguen a un acuerdo, ya sea para ejecutar o para resolver el negocio jurídico; y supeditado no a la decisión del juez, sino a la voluntad de las partes.

Esta posición jurisprudencial, no es novedosa pues tiene sus raíces en el antiguo derecho Canónico, adoptado en las primeras decisiones de la Corte y defendida aún en la actualidad por algún sector de la Magistratura, como quedó demostrado.

Advertida esta insalvable dificultad, la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en memorable sentencia ya citada⁷, reiterando la inveterada y constante jurisprudencia de esa misma Corte; dio una solución equitativa al problema jurídico planteado, haciendo una interpretación sistemática de los artículos 1546, 1602 y 1609 del Código Civil, señalando que, no se puede admitir que el contrato quede estancado, pues al tenor del artículo 1602 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado puede resolverse por mutuo consentimiento o por causas legales, por tanto, si ambas partes han incumplido, las mismas pueden de manera expresa o tácita dejar sin efectos la relación contractual.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Rafael Romero Sierra. 25 de febrero de 1991.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de septiembre de 1979, M.P. Alberto Ospina Botero.



Igualmente, que el incumplimiento simultáneo y recíproco de las partes denota un consentimiento tácito en resolver el contrato, lo que se ha denominado el *mutuo disenso*, aunque precisa dicha jurisprudencia que no puede hacerse *tabula rasa* de dicha afirmación, sino que solamente es aplicable para los casos en que de alguna manera se patentiza o materializa la voluntad de las partes en desistir del contrato.

Otra corriente jurisprudencial, no menos autorizada, partiendo de la hermenéutica de los precitados artículos 1546, 1602 y 1609 del Código Civil, llega a conclusiones que riñen frontalmente con la anterior, con fundamentos distintos.

Sostiene esta corriente jurisprudencial, que el artículo 1546 del Código Civil, señala nítidamente que en los contratos bilaterales va implícita la condición resolutoria (tácita); en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, acaecimiento en el cual el otro contratante, es decir, el cumplido podrá pedir a su arbitrio, la resolución del contrato o la ejecución del mismo y en ambos casos con indemnización de perjuicios. En manera alguna señala la norma que el contratante incumplido, no tenga acción, es decir, no esté legitimado en la causa por activa para optar por cualquiera de los dos derechos alternativos que señala la aludida preceptiva.

Acertadamente critica a la corriente jurisprudencial primigeniamente expuesta en esta providencia, por dos aspectos fundamentales, el primero, el confundir dos fenómenos jurídicos con perfiles claramente diferenciados y con consecuencias jurídicas dispares; el incumplimiento y la mora. En efecto, en los contratos bilaterales hay incumplimiento cuando cualquiera de las partes no honra a las prestaciones debidas, por cualquier incumplimiento no imputable a él, o por simple retardo; mientras que la *"mora debitoria, es el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de su obligación unido a la reconvención de parte del acreedor"*⁸, siendo sus elementos esenciales el retardo, la culpa y la reconvención.

⁸ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1980. pg. 101.*



El segundo reproche que se formula a la mentada jurisprudencia, se sustenta en la afirmación de una errónea interpretación de los artículos 1546, 1602 y 1609 del Código Civil, que tuvo su origen en una equivocada apreciación y traslación de la doctrina de los canonistas a la nuestra. Sostiene que la falta de legitimación en la causa para pedir la resolución del contrato que adoptó la corriente jurisprudencial que se combate, tuvo su origen en el derecho Canónico, en el juramento, puesto que quien empeñaba su voluntad, empeñaba también su palabra, la fe y en cumplir de manera rigurosa la prestación debida, de suerte que, al no honrar sus obligaciones faltaba al juramento y por ende, no se le podía abrir la exclusiva de la administración de justicia para pedir, o bien la resolución, ora el cumplimiento del contrato.

Se arguye que las normas transcritas deben interpretarse de manera sistemática y armónica, y que de su verdadera inteligencia se infiere diamantinamente que, en los contratos bilaterales, cuando ambas partes han incumplido, cualquiera de las partes puede deprecar, resolución o ejecución de la voluntad contractual. Así mismo, existen eventos muy esporádicos, por cierto, en que las partes quieren desatar el lazo jurídico que los une por el mutuo acuerdo de voluntades de manera expresa o tácita. Que las más de las veces, las partes del negocio jurídico persisten en este, y aún defienden con vehemencia la subsistencia del contrato, al punto que aparece manifiestamente expresada una voluntad contraria a la resolución del mismo, por lo tanto, en una situación jurídica como la que acaba de verse, no es dable aplicar el fenómeno del *mutuo disenso tácito*. El distrato contractual tácito, se aplicaría a aquellas situaciones negociales, en que de manera ostensible e irrefutable aparece la voluntad concorde de quienes quieren destruir el lazo jurídico que los une, pues las cosas en derecho se deshacen como se hacen y la autonomía de la voluntad, tiene el poder suficiente para destruir o aniquilar los efectos jurídicos que surgen de la relación contractual y el único límite que tienen es, las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. De manera pues que, en circunstancias distintas a las anteriormente expuestas, no es dable aplicar el fenómeno jurídico del *mutuo disenso*.



La interpretación más acorde de las normas transcritas, es dotar a las partes de legitimación en la causa para resolver el negocio jurídico en casos como el incumplimiento simultáneo y recíproco de los contratantes, diferenciando de una manera fundamental el incumplimiento y la mora, así pues que, los contratos incumplidos pueden resolverse por mutuo acuerdo sin que se puedan pedir los efectos de la mora, esto es, la indemnización de perjuicios o la cláusula penal cuando así se ha pactado; y en circunstancias de incumplimiento moroso, es decir, incumplimiento imputable a alguna de las partes, aquél contratante que ha cumplido y que se ha allanado a cumplir y que hace uso de la acción alternativa de resolución o cumplimiento, puede pedir, los efectos propios de la mora, que al tenor del artículo 1615 del Código Civil, se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor está en mora y si la obligación es de hacer, desde el momento de la contravención; tal es la posición jurisprudencial enarbolada por el Magistrado Jorge Salcedo Segura en sentencia del 7 de Diciembre de 1982.

En aquella oportunidad, la Sala de Casación Civil, al decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 15 de julio de 1981, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá dentro del proceso ordinario de L.G.A. contra A.E., sostuvo:

"El Código Civil consagró como el modo por antonomasia de extinción de toda obligación el negocio jurídico o «convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula» (art. 1625, inciso primero). Ese negocio jurídico o convención ha sido denominado por la doctrina y la jurisprudencia con la expresión «mutuo disenso». Lo novedoso del aspecto puede ser, entonces, la forma como se denomina, pero no la institución misma, que es tan antigua como el régimen de la creación de obligaciones a través de declaraciones de voluntad. Simplemente, si el negocio jurídico pluri-voluntario tiene la connotación jurídica de servir como fuente de obligaciones (el contrato), otro negocio jurídico de los mismos contratantes puede extinguir las obligaciones que surgieron de aquél. Las cosas en derecho se deshacen como se hacen.

"Ahora bien, el mutuo disenso puede ser expreso o tácito, siguiendo los mismos principios que sobre el particular rigen en punto a la formación del contrato, vale



decir, respetando las formas o solemnidades consagradas por el legislador como requisito para la validez del negocio jurídico.

"Ha venido aplicando la jurisprudencia colombiana la institución del mutuo disenso tácito como un remedio, por demás justo, a la situación de hecho que se presentaba cuando un contrato bilateral era incumplido simultáneamente por ambos contratantes, para evitar el estancamiento del contrato a que daba lugar la aplicación del artículo 1609 del Código Civil con la interpretación que desde el siglo pasado vino dando la Corte a esa norma, según la cual, el contratante que ha incumplido no tiene derecho para deprecar la resolución ni la ejecución.

"Sea lo primero advertir cómo tal interpretación conduce necesariamente a un estancamiento en las relaciones contractuales, pues si ambos contratantes incumplieron, ninguno puede incoar la resolución ni el cumplimiento, es decir, el contrato queda estancado, pese a su recíproco incumplimiento. En la medida en que se mantenía la aludida interpretación del artículo 1609, la tesis del mutuo disenso tácito como modo de disolver el contrato fue indudablemente una forma justiciera de evitar el estancamiento de los contratos, evento que daba lugar a serias injusticias. Empero, la aplicación de esa doctrina pugna generalmente con la realidad. Si ambas partes estuvieran ciertamente de acuerdo en deshacer el contrato, lo resuelven por mutuo acuerdo, con fundamento en el inciso primero del ya citado artículo 1625 del Código Civil, y obviamente sobra la intervención de la rama jurisdiccional del poder público. Es posible, nadie podría negarlo, que las partes hubieran llegado a un acuerdo en tal sentido, pero luego una de ellas quisiera desconocerlo. En tal evento [sic] sí habría que deprecar del juzgador que dé por probada esa circunstancia fáctica y como consecuencia la disolución del contrato. Pero como en todo proceso, la prosperidad de la pretensión recabada depende de la prueba. Lo que no es aceptable es que, al simple incumplimiento, sin ningún acuerdo expreso o tácito, el juzgador le dé connotación de negocio jurídico específicamente encaminado a disolver el contrato incumplido. Una cosa es el incumplimiento y otra muy distinta el acuerdo de los contratantes para disolver un contrato. El incumplimiento, aisladamente considerado, no tiene connotación en relación con la posible voluntad de resolver el contrato. Para que tal connotación surja es menester que junto con el incumplimiento haya hechos que inequívocamente demuestren que además de la voluntad de incumplir hubo la de resolver. Eso, precisamente, es lo que se echa de menos en el caso de autos en que una de las partes incumplidas recabó la resolución y otra se opuso con vehemencia, sin que haya, como hecho adicional, ni siquiera el más leve indicio que demuestre la intención de disolver el contrato por mutuo



disenso. Es más, una de las pruebas allegadas al proceso, la certificación de la Administración de Hacienda Nacional (folio 38 del cuaderno principal), da cuenta de que ninguno de los contratantes estaba en situación tributaria de obtener paz y salvo para el día en que ha debido cumplirse el contrato prometido. De suerte que la verdadera interpretación de la voluntad contractual es que ninguno de los contratantes pudo cumplir; pero de allí a inferir que ambos quisieron resolver el contrato hay un abismo, que el Tribunal llenó suponiendo la prueba del hecho del acuerdo tácito en tal sentido. Lo anterior indica que cuando el tribunal dedujo el mutuo disenso tácito, inequívocamente del incumplimiento recíproco de los contratantes erró de hecho suponiendo la prueba de un hecho que nadie invocó en las instancias y que se halla huérfano hasta del más leve indicio.

"Etiología de la jurisprudencia glosada. — ¿De dónde sacó la Corte la interpretación aludida, según la cual en los contratos bilaterales si ambos han incumplido ninguno tiene derecho a pedir la resolución ni el cumplimiento? El origen de la doctrina es bien conocido. Fueron los canonistas, en la alta Edad Media, los que la crearon, con fundamento en que los contratantes, cuando adquieren una obligación, comprometen el cumplimiento de su palabra bajo la gravedad del juramento. El que incumple, pues, es un perjuro y como a tal, el orden jurídico lo sanciona condenándolo a las pretensiones exigidas por el acreedor. El contratante incumplido, el perjuro, el que ha faltado a la fe en su palabra, el reo, no tiene derecho a pedir el amparo de la justicia. Esta solución, que emerge como consecuencia de la institución del contrato juramento, recibe desde esa época el nombre de teoría de los correlativos.

"Los post glosadores, en la baja Edad Media, acogen la teoría de los correlativos, pero trocando el aspecto ético del perjurio por uno de carácter jurídico: la teoría de la causa.

"Si en los contratos bilaterales la causa de la obligación de uno es la obligación del otro, fácil era llegar a la conclusión de que, si ambos contratantes habían incumplido, sus correlativas obligaciones quedaban sin causa. Tal fue la razón jurídica que le dieron a la teoría los juristas de esta escuela, que, además, bautizaron la institución con el nombre de exceptio non adimpleti contractus o excepción de contrato no cumplido. Los anteriores principios fueron reforzados por los juristas franceses anteriores a la Revolución, Domat y Pothier, particularmente el primero, con sus aportes a la teoría de la causa clásica.



"La época moderna de los grandes códigos civiles se inicia con el de Napoleón de 1804. Este estatuto consagró por primera vez en la historia, la condición resolutoria tácita para el evento del incumplimiento de uno solo de los contratantes en el contrato bilateral. Pero no dijo nada respecto al incumplimiento de ambos contratantes. Hecho fundamental que permite entender la razón de ser de la doctrina francesa. Ante la laguna de la ley sobre el particular, los juristas franceses siguieron dando la solución que en el siglo XIX ya era milenaria, la de los correlativos, la exceptio non adimpleti contractus, según la cual el contratante incumplido no tiene derecho a pedir la resolución ni el cumplimiento.

"El Código de don ANDRÉS BELLO fue el primero en el mundo que reguló el fenómeno del mutuo incumplimiento en los contratos bilaterales. Es nuestro famoso artículo 1609. Bien o mal regulado (luego se verá su bondad y su sabiduría), es lo cierto que la diferencia fundamental entre nuestro sistema jurídico y el francés es que éste carece de norma que regule el fenómeno del mutuo incumplimiento, al paso que en Colombia existe norma expresa.

"Lo que le ocurrió a la Corte en el siglo pasado fue que, encontrándose frente al fenómeno de la excepción de contrato no cumplido, trasplantó a Colombia, sin modificación alguna, toda la doctrina francesa sobre el particular. Y desde luego, en respaldo de su tesis puede invocar toda la extensa literatura jurídica de ese país. Pero si se lee la muy breve motivación del fallo de 1897 que quedó transcrita, fácilmente se llega a la conclusión de que la Corte le hizo decir al artículo 1609 lo que en parte alguna dice.

"La verdadera interpretación del artículo 1609. — La Corte entra ahora a interpretar el artículo citado, que dice: «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 allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos».

"La norma es de una claridad extraordinaria, como producto de la pluma maestra de don ANDRÉS BELLO. Con su simple lectura se encuentra su verdadero sentido. Que, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos está en mora. En parte alguna el artículo dice que en los contratos bilaterales los contratantes pierden la acción resolutoria o ejecutiva dejando de cumplir.

"Si ambos han incumplido, ninguno de los dos contratantes está en mora. ¿Qué es la mora? Es un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias



jurídicas. No todo incumplimiento produce mora; pero sí toda mora supone un incumplimiento. Los efectos del incumplimiento son unos, los de la mora son otros. En consecuencia, lo que el artículo 1609 dice es que, en los contratos bilaterales, si ambos han incumplido, de ninguno se podrán predicar los efectos que surgen de la mora, únicamente se les pueden aplicar los efectos propios del incumplimiento. ¿Cuáles son los efectos de la mora? Tres, a saber: 1) Permite cobrar perjuicios (arts. 1610 y 1615 del C. C.). 2) Hace exigible la cláusula penal (arts. 1594 y 1595 del C. C.). Y 3) Invierte el fenómeno de la carga del riesgo sobreviniente respecto de la cosa debida (arts. 1731 y 1733). Es decir, en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicán las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente. Eso, y nada más, pero tampoco nada menos, es lo que dice el artículo 1609. Entonces, surge el gran interrogante: ¿Se puede exigir judicialmente el cumplimiento de una obligación si el deudor no está en mora? Obvio que sí. La exigibilidad surge del incumplimiento, no de la mora. Ello es claro. Pero si alguna duda quedare sobre el particular, la despeja el artículo 1594 del C. C., que dice: «Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal». ¿Puede quedar alguna duda? Antes de constituirse el deudor en mora el acreedor puede demandar la obligación principal, pero no puede demandar la pena.

"En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, como ha ocurrido con el demandado en este proceso.

"Resolución por mutuo disenso tácito o resolución por incumplimiento mutuo de ambos contratantes, es, en la práctica, una misma cosa, pues ni en una ni en otra institución hay lugar a condena en perjuicios ni a cláusula penal. En el fondo, pues, la Corte no está cambiando su última doctrina que permitía en los supuestos indicados resolver el contrato para evitar el estancamiento del mismo;



simplemente a la misma solución se llega pero con fundamento en normas y principios diferentes, evitando el yerro fáctico evidente que se advierte cuando contra la enérgica conducta de un litigante en un sentido, oponerse a la resolución, el fallador le dice que lo que él realmente quiere es lo contrario, como ocurrió en la sentencia acusada."

Uno de los principios, el más trascendental quizás en materia contractual, es el de la fuerza obligatoria del contrato o *pacta sunt servanda*, que ha sido recogido por el Código Civil en el artículo 1602; norma que establece que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, y no se puede "invalidar"⁹ sino por el consentimiento mutuo y las causas legales; lo cual significa que las partes no pueden romperlo unilateralmente, por manera que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, los contratantes pueden resolver por mutuo acuerdo, mediante un nuevo negocio jurídico por virtud del cual el anterior se deje sin efectos, y que debe reunir los mismos requisitos de existencia y validez del primero.

Como consecuencia de los anterior, para decretar el desistimiento tácito, debe aparecer de manera clara, expresa, la voluntad tácita de abandonar el contrato y querer su resolución.

Por averiguado que tiene la doctrina, y en ello no halla discrepancia la jurisprudencia, que, en los contratos bilaterales, va implícita la condición resolutoria para el caso del incumplimiento de uno de los contratantes de lo pactado, evento en el cual el otro, el cumplido podrá deprecar a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del mismo, y en ambos casos, con indemnización de perjuicios, sin embargo, la discusión se centra, en hipótesis en las cuales ambos contratantes han incumplido.

Esta Sala se adhiere a la posición jurisprudencial encabezada por el Magistrado Jorge Salcedo Segura, para fundamentar su decisión, y estima que cuando las partes concernidas en el negocio jurídico, dejan de ejecutar recíproca y simultáneamente las prestaciones debidas, no pierden legitimación por la parte activa, para suplicar cualquiera de las

⁹ A juicio de la doctrina y la jurisprudencia el término invalidar está mal empelado debe entenderse como resolver.



alternativas, a las que faculta el artículo 1546 del Código Civil, pues como emana de la hermenéutica de la mencionada regla, en ninguno de sus apartes se dispone que aquél que ha incumplido pierde legitimación en la causa por activa, por el contrario, lo que se deduce de manera incuestionable es que las partes conservan legitimación para pedir la resolución contractual.

Ahora bien, - se insiste -en tratándose del *mutuo disenso* o resciliación, como así también se le llama, en los contratos sinalagmáticos en los que ambas partes han incumplido, la voluntad concorde, simultánea y recíproca debe patentizarse en hechos de los cuales se infiera de manera inequívoca e incontestable, el propósito de desistir del negocio jurídico, y revestir la forma solemne que exige la ley para que produzca plenos efectos, como quedó señalado en párrafos anteriores, so pena, de que esas declaraciones de voluntad no produzcan el efecto jurídico deseado, artículo 1501 del Código Civil; mal podría deducirse una voluntad tácita de la inejecución sistemática de las obligaciones por parte de las personas concernidas en el negocio jurídico sinalagmático, máxime si por otro lado, alguna de las ligadas jurídicamente deja explícita su voluntad de persistir en el negocio jurídico; con mayor razón si esa parte se resiste vehementemente a la resolución del mismo.

Puestas, así las cosas, para la Sala es claro que cuando el incumplimiento es recíproco, cualquiera de las partes contratantes, pueden pedir la resolución del contrato, disponiéndose desde luego, las prestaciones mutuas, sin que haya lugar a pedir indemnización de perjuicios, ni la exigencia de cláusula penal alguna.

Tal postura, fue adoptada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SC1662-2019, SC4801 – 2020 y recientemente en la providencia SC3666 de 2021, en la que se precisó:

“Establecido como quedó con el correspondiente recorrido cronológico jurisprudencial, que en el ordenamiento jurídico patrio es de recibo, al día de hoy, la figura iuris de la simple resolución contractual en situación de recíproco



incumplimiento de las partes, resta por precisar algo más y que es trascendental a la hora de evaluar cualquier caso con pretensiones de encuadrar en el criterio doctrinal vigente de la Corte; esto es, que no basta un incumplimiento en cada uno de los extremos contractuales para propiciar una resolución, sino que se requiere que ese desconocimiento de las obligaciones sea recíproco y simultáneo, porque si contractualmente los interesados establecieron un orden prestacional, no hay manera de predicar un incumplimiento mutuo, ya que la infracción contractual del primero en el tiempo justifica la renuencia del segundo a cumplir, y permite que este último ejercite las acciones alternativas previstas en el artículo 1546 del Código Civil: ejecutar o resolver, con indemnización de perjuicios.

Lo anterior se revalidó expresamente en el muy reciente fallo de casación de 7 de diciembre de 2020 (SC4801), donde a manera de síntesis se dijo sobre la resolución del contrato, lo siguiente:

"En resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió; así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; y puede demandarla en el evento de desacato recíproco y simultáneo si se funda en el desacato de todas las partes, en este evento sin solicitar perjuicios (CS SC1662 de 2019) ..." (se subraya).

Como corolario, hasta aquí es posible decir que, conforme al criterio actual de la Sala, la procedencia de la resolución del contrato por mutua desatención de sus obligaciones, presupone la hipótesis de dos contratantes puestos en el mismo plano de incumplimiento (habida cuenta la naturaleza de la prestación desatendida y el tiempo para acatarla), con lo que ninguno de ellos está en mora, y por lo mismo, sin posibilidad de reclamar del otro nada diferente a la restitución de las cosas al estado anterior del respectivo convenio".

En el caso bajo examen, al realizar un examen minucioso de los elementos de prueba aportados con la demanda, se encontraron seis (6) contratos de promesa de compraventa de bienes inmuebles apartamentos y parqueaderos, en el conjunto residencial (SAN JOSÉ DE LA SIERRA), ubicado en la ciudad de Neiva, suscritos por los demandantes de manera individual como promitentes compradores y como promitentes vendedores a los demandados (VICTORIA ADMINISTRADORES S.A.S. y RAFAEL GARCÍA MURCIA),



calendados el 31 de agosto, 6,10, 18, 19 y 28 de septiembre de 2018, y seis (6) cláusulas adicionales (OTRO SI) N°001, adiados el 12 de junio de 2019, suscritos en la misma forma por los promitentes compradores, pero como promitente vendedor, sólo fue suscrito por VICTORIA ADMINISTRADORES S.A.S.

En los contratos primigenios, se estableció en la cláusula cuarta (4), denominada "FIRMA DE LA ESCRITURA PÚBLICA Y ENTREGA MATERIAL DEL INMUEBLE", que: *" la escritura pública de compraventa del inmueble prometido en venta se otorgara en la notaria 4 de Neiva, Dieciocho (18) meses contados desde la fecha en que se suscriba la presente promesa de venta, de 3:00 pm a 6:00 pm, o antes si las partes así lo acuerdan, siempre y cuando EL PROMITENTE COMPRADOR haya cumplido con los trámites necesarios para su otorgamiento y haya cancelado la totalidad del valor de los inmuebles prometidos en venta, hecho que se verificará mediante copia del recibo de caja expedido debidamente por el PROMITENTE VENDEDOR. la entrega del inmueble se hará en la misma fecha pactada para la escrituración del mismo, siempre y cuando se haya cumplido con los trámites para dicha entrega y se haya efectuado la escritura de venta – PARÁGRAFO1: El PROMITENTE VENDEDOR queda exonerado de toda responsabilidad por la no entrega de los inmuebles prometidos en venta, en la fecha pactada por motivos de fuerza mayor o caso fortuito, caso en el cual el PROMITENTE VENDEDOR se obliga a comunicar previamente dicha situación al PROMITENTE COMPRADOR. PARÁGRAFO 2: La fecha de entrega y escrituración podrá prorrogarse si las partes así lo acuerdan"* (sic).

Conforme lo anterior, fluye con nitidez de la anterior cláusula, que la voluntad de las partes, desde su misma denominación de "FIRMA DE LA ESCRITURA Y ENTREGA MATERIAL DE LOS INMUEBLES", fue pactar obligaciones recíprocas para igual momento de ejecución del contrato prometido, esto es el pago del valor de los inmuebles y el perfeccionamiento del contrato, como de la entrega material de lo que se prometió vender, en un término de 18 meses, desde la suscripción de las promesas contractuales. No obstante, ello no tuvo lugar, por lo que fue voluntad de las partes, insistir en el perfeccionamiento del negocio, suscribiendo cláusula adicional el 12 de junio de 2019, como se indicó en líneas anteriores,



en la que se convino, otorgar un plazo adicional para la entrega de los inmuebles, dejando incólume la obligación de otorgar la escritura pública en la fecha y hora señalada.

En ese orden de ideas, correspondía entonces a los promitentes compradores, realizar los trámites necesarios para el otorgamiento de la escritura pública y pagar la totalidad del saldo del valor de los inmuebles, y los promitentes vendedores, otorgar la escritura pública en la fecha, hora y notaría señalada, así como, realizar la entrega de los bienes prometidos, conforme lo acordado, pero, dichos actos no tuvieron ocurrencia, en efecto en el escrito genitor de la demanda, esto es mediante confesión mediante apoderado judicial, conforme el artículo 193 del Código General del Proceso, sumado a que al rendir interrogatorio de parte los demandantes, confesaron haber infringido el acuerdo contractual, pues no realizaron el pago total de los inmuebles, y haber efectuado los trámites necesarios para el otorgamiento de la escritura pública, en fecha, hora y notaría señalada, conforme el negocio jurídico.

Igualmente, la parte demandada al contestar la demanda, rendir interrogatorio de parte y, sustentar la alzada, confesaron que no cumplieron las obligaciones contractuales de otorgar la escritura pública de venta y hacer entrega de los bienes inmuebles, también así se puede constatar directamente por el juzgador *a quo* en la diligencia de inspección judicial¹⁰, efectuada el 13 de mayo de 2021, de la que se extractó: *"una estructura en concreto de varios pisos, en obra negra, inconclusa, rodeada de maleza, con rastros de oxidación en las varillas de hierro que sobresalen de las columnas, en donde no se observa ningún tipo de personal trabajador de la construcción, ni maquinaria, ni material de construcción"*, hecho claramente indicador del abandono en el cumplimiento contractual de los promitentes vendedores, para realizar la entrega; como tampoco, se aportó prueba de que comparecieran a la notaría, en la hora y fecha señaladas, con el fin de dar cumplimiento al contrato, acompañados de los documentos necesarios para tal fin.

¹⁰ Documento 64, cuaderno de primera instancia, expediente digital.



Así, como se dijo en párrafos anteriores, se configura, un incumplimiento simultaneo de los contratantes, en la materialización del negocio prometido, pese a que las partes concernientes en el negocio jurídico, insistieron en su realización, otorgando plazo adicional para la entrega de los bienes inmuebles prometidos, lo que conlleva a que se declare la resolución de la promesa de compraventa, pero no por configurarse mutuo disenso tácito, como lo señaló el juez de primera instancia, si no, en aplicación del artículo 1609 del Código Civil, que dispone que en los contratos bilaterales ningunos de los contratantes esta en mora de cumplir, siempre y cuando uno de ellos no se allane al cumplimiento en forma y tiempo debido, por lo tanto no hay lugar a la indemnización de perjuicios a tono con los establecido en el artículo 1615, que establece *"se debe indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención"*

Colorario de lo anterior, la Sala confirmara la decisión de primera instancia, pero no por las razones expuestas, si no por los motivos que aquí se expresan.

5.5. RESPUESTA AL TERCER PROBLEMA JURÍDICO

¿Si se han cumplido los presupuestos sustanciales y probatorios, para ordenar la indemnización de perjuicios pactada en las cláusulas penales de las promesas contractuales?

Por sustracción de materia no se hará ningún pronunciamiento frente a este problema jurídico.

6. COSTAS

De conformidad con el artículo 365 numeral 1 del C.G.P, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandada, en favor de la demandante y a la demandante en favor de la demandada, al no salir avante sus apelaciones.



Sin más consideraciones, la Sala Cuarta Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

7. RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR sentencia proferida el 1 de septiembre de 2021 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva Huila, pero por las razones acá expuestas, conforme la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a la parte demandada, en favor de la demandante y a la demandante en favor de la demandada, al no salir avante sus apelaciones. En firme este proveído vuelva las diligencias el juzgado de origen para lo de su cargo.

TERCERO. En firme este proveído vuelva las diligencias el juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE

EDGAR ROBLES RAMÍREZ

ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA

ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ

(Con salvamento de voto)

Firmado Por:

Edgar Robles Ramirez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila

Enasheilla Polania Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila
Firma Con Salvamento De Voto

Ana Ligia Camacho Noriega
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila

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: **20cfeff6dffaac5a6449788691fe5794d7bc9588856aa1e533e3bd2d4c50d1e**

Documento generado en 29/08/2022 03:57:17 PM

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