

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN
SALA CIVIL - FAMILIA

Magistrado ponente: JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA

Popayán, dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

(Discutido y aprobado en Sala de decisión de fecha 16 de noviembre de 2022, según acta No. 022)

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Popayán, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES de la DEMANDA y HECHOS RELEVANTES. Mediante demanda presentada el 4 de septiembre de 2018 (fl. 71 c. ppal.), NANCY, GERMAN, JUAN CARLOS, JULIAN, LUCY VICTORIA PABON GOMEZ, y GUDIELA GOMEZ DE PABON, por conducto de apoderado, solicitan: i) declarar resueltos por incumplimiento de GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S. - GRACOL los siguientes contratos: a) promesa de compraventa suscrita el 29 de junio de 2016 en relación con el inmueble ubicado en la Carrera 11 No. 19N -29 Barrio Catay de esta ciudad, distinguido con M.I. 120-3932; y b) compraventa contenida en la escritura pública No. 2419 del 5 de agosto de 2016 de la Notaria Segunda de Popayán, inscrita en el folio de M.I. 120-3932; ii) en consecuencia, ordenar la cancelación de la referida escritura; iii) ordenar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán la cancelación de la anotación No. 17 del folio de M.I. 120-3932; iv) como parte de las restituciones mutuas a que haya lugar, condenar a la demandada a restituir materialmente a los demandantes el bien objeto de la venta, en iguales o similares condiciones de uso y conservación que tenía al momento de su entrega; v) condenar a la demandada al pago de los frutos civiles producidos por el inmueble en mención, desde la data en que fue entregado a la misma – 5 de agosto de 2016, hasta la fecha de su restitución a los actores; vi) condenar a la demandada a pagar a la parte actora la suma de \$50.000.000, correspondientes a la cláusula penal pactada en la cláusula séptima del contrato de promesa de compraventa; vii) condenar a la pasiva al pago de los perjuicios materiales que ocasionó a los actores con el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa, adicionales a los estipulados anticipadamente en la cláusula penal del contrato, equivalentes al monto de la valorización comercial del apartamento 706 con parqueadero y depósito del Condominio Venezia, que se les prometió entregar, estimado en \$ 92'184.000; y viii) condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.

Como sustento de las anteriores pretensiones, se indica que los demandantes en calidad de promitentes vendedores, y la demandada como promitente compradora, celebraron contrato de promesa de compraventa el 29 de junio de 2016, respecto de la casa lote ubicada en la Carrera 11 No. 19N -29 Barrio Catay de esta ciudad, distinguida con M.I. 120-3932, acordándose un precio de \$ 500'000.000, de los cuales GRACOL canceló un total de \$ 300'000.000 (mediante sumas pagadas en diferentes fechas).

Que en la referida promesa se estipuló que el promitente comprador debía pagar el saldo de \$ 200'000.000 mediante permuta del apartamento No. 706, incluido parqueadero y depósito, ubicado en el Condominio Venezia, proyecto inmobiliario ejecutado por GRACOL S.A.S., que las partes estimaron en un precio de \$ 277'816.000, debiendo los demandantes pagar a la demandada la diferencia de \$ 77'816.000.

Para los efectos del cumplimiento de este último compromiso, los contratantes suscribieron el documento titulado *“contrato de acuerdo de intención de compra de vivienda”* con fecha 22 de julio de 2016, donde se consignó el precio del apartamento, parqueadero y depósito antes citado, y la obligación de los demandantes de pagar el valor de \$ 77'816.000 *“a la fecha de entrega de los bienes inmuebles objeto del acuerdo y posterior firma de un contrato de promesa para fijar la fecha de cumplimiento del mismo pago”*.

Que el mencionado acuerdo de intención de compra tenía una vigencia de 20 meses, según lo pactado, contados desde la fecha de suscripción del mismo, o hasta la data en que se suscribiera la promesa de compraventa respectiva, no obstante, dentro de ese interregno las partes nunca firmaron la promesa, por lo que tampoco se estableció fecha de entrega del apartamento ni del pago de la diferencia del precio del mismo.

Que el 12 de febrero de 2018, GRACOL remitió comunicación a NANCY PABON GOMEZ, informándole que la entrega material del apartamento estaba programada para el 28 de febrero siguiente, y que para proceder a ello se hacía necesario cancelar el saldo de \$ 77'816.000, a más tardar el 17 de febrero de 2018, sin embargo, por lo intempestivo de la mencionada misiva y la falta de acuerdo previo en ese sentido, los demandantes no pudieron cumplir con el pago exigido.

Que el 21 de febrero de 2018, GRACOL les informó que daba por desistida la negociación y que requería una cuenta bancaria para realizar la devolución de la suma de \$ 300'000.000 correspondiente al abono inicial del inmueble. Agrega, que con antelación a esa fecha, el apartamento 706 ya había sido vendido por GRACOL a terceras personas.

Que en razón de lo anterior, la demandada incumplió con el pago del saldo del precio de la casa con M.I. 120-3932 por valor de \$ 200'000.000, puesto que no realizó la tradición del apartamento que para esos fines se había acordado, y en ejercicio de la facultad que les otorga el artículo 1546 del C.C., los demandantes optan por pedir la resolución de la promesa de venta signada el 29 de junio de 2016, así como la compraventa contenida en la escritura pública No. 2419 del 5 de agosto de 2016.

Que la referida casa produce mensualmente por concepto de cánones de arrendamiento la suma de \$ 2'000.000, por lo que los frutos deben tasarse desde el día de la entrega material a la demandada – 5 de agosto de 2016, hasta la efectiva restitución a los actores.

Y los perjuicios causados a los promotores se calculan de acuerdo con el valor del inmueble que se les prometió entregar como saldo del precio de la casa, que para el año 2018 alcanzaría la suma de \$ 370'000.000, con lo cual lo dejado de percibir por concepto de valorización del inmueble para los demandantes ascendería a \$ 92'184.000.

2. CONTESTACIÓN de la DEMANDA y EXCEPCIONES DE MÉRITO. GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S. – GRACOL se notificó por aviso¹, y en el término de traslado de la demanda guardó silencio.

3. LA SENTENCIA APELADA. En ella se resolvió: i) Declarar que el contrato de promesa de compraventa de fecha 29 de junio de 2016, referido al inmueble con M.I. 120-3932 fue incumplido por la demandada GRACOL S.A.S.; ii) declarar que el contrato de compraventa contenido en la escritura pública No. 2419 del 5 de agosto de 2016, respecto al inmueble con M.I. 120-3932 fue incumplido por la demandada GRACOL S.A.S.; iii) declarar resueltos los contratos de promesa de compraventa y de compraventa determinados en los numerales primero y segundo, por incumplimiento de la demandada GRACOL S.A.S.; iv) decretar la cancelación de la escritura pública No. 2419 del 5 de agosto de 2016, y del

¹ Fs. 107 a 108 c. ppal.

registro que de ella se hizo en el folio de M.I.120-3932 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán; v) condenar a la demandada a restituir a los actores la casa lote ubicada en la Carrera 11 No.19N-29, Barrio Catay de esta localidad, identificada con el folio de M.I. 120-3932, *“restitución que la demandada hará en el mismo estado en que se hallaría dicho inmueble de no haberse celebrado los contratos que se resuelven, esto es, la parte demandada deberá adecuarlo a las condiciones de uso y conservación que tenía al momento de su entrega material”*; vi) condenar a la demandada a pagar a los demandantes los siguientes valores: a) \$2.000.000 mensuales, correspondientes a frutos civiles dejados de percibir, desde el 5 de agosto de 2016, fecha en que se recibió el inmueble, hasta el día en que se produzca la entrega del mismo a los demandantes; b) *“cada uno de los valores que por este concepto debe reintegrar la parte demandada a la demandante debe incluir la correspondiente indexación e intereses civiles a la tasa del 6% anual, desde la fecha de entrega de cada una de ellas hasta la del pago efectivo”*; y c) \$50.000.000 que corresponden a la cláusula penal o avalúo anticipado de perjuicios, *“con la correspondiente indexación e intereses civiles a la tasa del 6% anual, desde la fecha del incumplimiento, veintiuno (21) de febrero de dos mil dieciocho (2018), hasta la del pago efectivo”*; vii) negar la pretensión de perjuicios materiales relativos a la valorización del apartamento 706 del Condominio Venezia con parqueadero y depósito; viii) ordenar a los demandantes restituir a la parte demandada las sumas a ellos canceladas como parte del precio de la casa (que en total suman \$300.000.000), las que deberán reintegrar debidamente indexadas y con intereses civiles a la tasa del 6% anual, desde la fecha de entrega de cada una de ellas hasta la del pago efectivo, y ix) condenar a la demandada al pago de las costas del proceso, fijándose las agencias en derecho en suma equivalente a 6 SMLMV.

Lo anterior, tras considerar el funcionario de primer grado, que de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, y en atención al silencio de la pasiva durante la oportunidad para contestar la demanda con el cual se configura la presunción de que trata el artículo 97 del C.G.P., se determinó que, ese extremo procesal no canceló la totalidad del precio del inmueble referido en la escritura pública No. 2419 del 5 de agosto de 2016, incumpliendo con lo acordado en la promesa de compraventa y en el documento de intención de compra del apartamento del Condominio Venezia que está indiscutiblemente ligado al mismo, toda vez que, habiéndose pactado que el pago de la cuota final por valor de \$ 77'000.000 lo haría la parte demandante contra - entrega del

apartamento 706 y no antes como se exigió por la demandada, no podía entonces ésta última exigir el pago anticipado de esa suma y dar por desistida esa negociación, lo que en efecto hizo.

Que, al fracasar la entrega del mencionado apartamento, *“es claro que había un contrato que no se había cumplido”*, puesto que aún se hallaba pendiente de pago el saldo del precio de la vivienda que adquirió la parte demandada, y por consiguiente, la parte actora logró demostrar el incumplimiento de los contratos por ella referidos atribuible a la contraparte, razón por la que se acoge la pretensión resolutoria de dichos convenios y la de cancelación de las anotaciones respectivas del folio de matrícula inmobiliaria.

En cuanto a las restituciones mutuas a que tienen derecho las partes, señala, que corresponde a la sociedad demandada restituir a los actores la casa lote con M.I. 120-3932, en el mismo estado de uso y conservación que tenía al momento en que fue recibido por la misma; y en vista de que no objetó el juramento estimatorio atinente a los frutos civiles que presuntamente habría producido el inmueble, a razón de \$ 2'000.000 mensuales, suma que para ese operador judicial se considera razonable dado que es inferior al porcentaje que la ley establece como canon de arrendamiento tomando en cuenta el avalúo que los propios contendientes le dieron al bien, es viable ordenar el pago de frutos civiles por ese monto mensual, desde el 5 de agosto de 2016 – data en que la demandada recibió la vivienda-, hasta que se le produzca la restitución de la misma a los demandantes, valores que deberán reintegrarse con indexación e intereses civiles a la tasa del 6% anual.

Que habiendo cumplido los demandantes las obligaciones a su cargo, es viable acceder a la indemnización de perjuicios en la suma por ellos deprecada, pero no así lo reclamado a título de afectación derivada de la valorización del apartamento 706, como quiera que la resolución que declara, pone a las partes en el mismo estado en que se hallarían de no haber celebrado el contrato, lo que para las resultas de esta pretensión se traduce en que los actores *“nunca habrían podido tener ese apartamento”*.

Por último, establece que los demandantes deben restituir a la demandada las sumas que arrojaron el total de \$300.000.000 que aquellos percibieron por concepto de precio de la vivienda, debidamente indexadas y con intereses a la

taza de 6% anual, desde la fecha de entrega de cada una de esas cuotas hasta el momento de la devolución efectiva.

4. LA APELACIÓN. La interpone la parte demandada expresando sus reparos de la siguiente manera:

- Que la sentencia adolece de defectos probatorios y jurídicos, en tanto tuvo por demostrado sin estarlo, que existió un incumplimiento contractual de la parte demandada, y que los actores honraron cada una de las obligaciones adquiridas en los convenios objeto del litigio.

- Que el Juzgado desbordó su competencia, por cuanto dio por probado *"el incumplimiento de un contrato mediante la declaración de incumplimiento de otro contrato que no ha sido debatido en esta instancia"*, so pretexto de considerar *"el carácter indisoluble de ese negocio jurídico que las partes tuvieron a bien denominar acuerdo intención de compra"*, cuando no existe una prueba inequívoca de que dicho acuerdo se incumplió, dado que no hubo confesión y las documentales tampoco dan cuenta de ello.

- Aplicación indebida del artículo 1592 del C.C., toda vez que, si en gracia de discusión se aceptara que se logró demostrar un incumplimiento contractual parcial de la pasiva, la condena por la cláusula penal como tasación anticipada de perjuicios *"no podría ser total"* sino *"a prorrata"* de las obligaciones insatisfechas.

- Interpretación errada del artículo 1518 del C.C. respecto a los requisitos de las obligaciones, su sentido y alcance, para determinar su validez y efecto vinculante frente a las partes.

- Que el Juzgado omitió apreciar que se trataba de dos negocios jurídicos diferentes, y aplicar el artículo 1687 del C.C., en vista de que estaba demostrado que las partes *"negociaron una promesa y que a través de sus actos negociales fueron modificando el sentido y el alcance de sus obligaciones"*, es decir que se produjo la *"novación"* de las obligaciones, fenómeno que extingue los compromisos anteriores y que debió declararse de oficio, lo cual *"daba al traste con la tesis principal del incumplimiento del contrato"*.

- En relación con las costas, considera que, ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, dicha condena no procedía en los términos dispuestos por el Juzgado.

En consecuencia, solicita de manera principal revocar la decisión apelada, y en forma subsidiaria, realizar las correcciones pertinentes en relación con la indemnización reconocida, la cláusula penal, y las costas procesales.

5. ACTUACIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA. Ejecutoriado el auto que admitió la alzada, y entrado en vigencia el Decreto legislativo 806 del 4 de junio del 2020 ², se prorrogó el término para proferir sentencia, se dispuso el traslado para la sustentación escrita de la apelación ³, y la manifestación que frente a la misma tuvieron los no apelantes, oportunidad que fue utilizada por las partes en la siguiente forma:

5.1. SUSTENTACIÓN DE LA ALZADA. El apoderado del extremo pasivo manifiesta que no existe prueba fehaciente que acredite el incumplimiento injustificado que sirve de base a la decisión de primera instancia, en tanto que, por tratarse de un contrato de tracto sucesivo con obligaciones recíprocas, el incumplimiento en el que incurrió la parte actora liberó a la demandada del cumplimiento de los compromisos subsiguientes.

Que en el contrato de promesa de compraventa suscrito el 29 de junio de 2016, la cláusula cuarta prevé una serie de obligaciones a cargo de los demandantes, sin que los mismos demostraran que realizaron *“el levantamiento topográfico del inmueble, amarrado de las coordenadas geodésicas para realizar la aclaración de área y linderos en el Agustín Codazzi”*, ni *“la aclaración de la nomenclatura del inmueble ante la Curaduría No. 2 de la ciudad de Popayán”*, por consiguiente, fue la demandada quien padeció *“el incumplimiento primigenio de la parte activa en punto a uno de los elementos estructuradores del negocio, esto es, la delimitación de área y linderos del inmueble”*. Apoya su argumento en lo normado en el artículo 1609 del C.C. y las sentencias SC4420-2014, SC6906-2014, y SC1209-2018, entre otras.

En cuanto al contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública No. 2419 del 5 de agosto de 2016, afirma, que está *“plenamente acreditado”* que la sociedad demandada pagó el precio pactado en el contrato, esto es, \$164.812.000, tal y como se desprende del tenor literal de ese documento, y los actores entregaron la cosa vendida, por lo que *“no existe duda alguna”* de que

² Por el cual se adoptaron entre otras, diversas medidas para *“...agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*.

³ Traslado dispuesto mediante auto de fecha 9 de abril de 2021, en la forma y términos señalados en el Art. 14 del D.L. 806 del 4 de junio de 2020.

dicho convenio *“fue honrado íntegramente por ambas partes”*, por lo que *“mal haría el juzgado en declarar su incumplimiento”*.

Que los referidos contratos son diferentes e independientes uno del otro, precisamente porque uno de los elementos esenciales, como lo es el precio, varió, de tal suerte que, *“no puede predicarse una unidad jurídica entre la promesa y el contrato de compraventa ya que, se insiste, no se cumplen los requisitos de determinación del contrato de promesa y, por ende, no puede afirmarse, sin caer en los yerros aquí expuestos, de que el contrato de compraventa perfecciona la promesa celebrada. Son, sin duda alguna, dos contratos independientes y así han de tratarse en sede judicial... Cualquier otra conclusión a la que pudiera llegar el despacho en punto al carácter indisoluble de estos negocios cae en la suposición”*.

Por otro lado, cuestiona que el fallador tuviera por probado el incumplimiento de la promesa de compraventa, mediante la declaración de incumplimiento de otro contrato denominado *“acuerdo de intención de compra”*, bajo el supuesto carácter indisoluble de ambos convenios, cuando en realidad ese último no ha sido debatido en este juicio, pues ninguna de las pretensiones del libelo versa sobre el mismo, y sin contar con pruebas suficientes que conduzcan a esa conclusión.

Que con la prueba recabada en este asunto, se puede evidenciar que las partes *“modificaron el sentido y el alcance de sus obligaciones”*, lo que conlleva a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1687 del C.C., *“por cuanto la intención de las partes fue, indudablemente, la de novar las obligaciones al modificar un elemento esencial del contrato de compraventa, esto es: el precio... lo cual, emerge, sin duda alguna, del texto de la Escritura Pública 2419 del 5 de agosto de 2016”*, y por ello, el Juez de primer grado debía declarar la configuración de ese fenómeno extintivo de las obligaciones de la promesa de venta.

De manera subsidiaria, pide tener en cuenta, que de llegar a considerarse probado el incumplimiento de la obligación principal de alguno de los contratos sobre los cuales versa las pretensiones de la demanda, *“estaría absolutamente claro que dicho incumplimiento no fue total y, en gracia de discusión, si la tesis del incumplimiento parcial que está defendiendo el juzgado fuera cierta, la condena por la cláusula penal no podría ser total, tendría que ser a prorrata de las obligaciones incumplidas”*, con fundamento en lo previsto en el artículo 1596 del C.C., y lo señalado por la Corte en sentencia SC3047-2018, por lo que el punto

atinente a dicha condena debe revocarse y tasarse proporcionalmente al incumplimiento.

En torno a las restituciones mutuas, solicita de manera subsidiaria, ordenar también a los demandantes la restitución de las sumas de dinero canceladas por concepto de servicios públicos e impuesto predial unificado por parte de la constructora demandada, a fin de que el patrimonio de la misma no resulte afectado en virtud de *“la suscripción de un contrato que fue declarado resuelto”*.

Por último, sostiene que al tenor del numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., *“cuando la prosperidad de las pretensiones es parcial, el juzgado de todas formas, tiene la obligación de evaluar la procedencia o no de las costas”*, por lo tanto, *“en el remoto caso de que llegare a compartirse la conclusión sobre la prosperidad parcial de la demanda, la condena en costas debe ceñirse a lo previsto en la norma previamente citada, esto es, que se imponga una absolución de la condena en costas o la misma se haga de forma parcial y atendiendo a criterios de equidad”*.

5.2. ALEGATOS DEL NO APELANTE. El apoderado de la parte demandante manifiesta, que los alegatos de su contraparte y los planteamientos de la alzada, constituyen un hábil pero tardío intento de suplir la falta de contestación de la demanda y la omisión en allegar oportunamente los elementos de juicio que demuestren sus afirmaciones, olvidando *“las graves consecuencias que su actitud contumaz produjo respecto de su posición jurídica frente a la demanda y sus pretensiones y, además, sobre la formación y efecto en el acervo probatorio respecto de los derechos debatidos procesalmente”*, como lo establecen los artículos 96 numeral 2, y 97 del C.G.P.

Que el apelante nada menciona sobre la confesión expresa y espontánea del representante legal de la sociedad demandada, mediante la cual *“afirma con contundencia y claridad que no pagó parte del precio establecido, esto es, la suma de doscientos millones de pesos”*.

Con relación al *“acuerdo de intención de compra”*, dice que fueron las mismas partes contratantes quienes desistieron de esa negociación, y por consiguiente, *“la única obligación que continuó vigente entre ellas fue la consagrada en la promesa de venta inicial, en la cual se fijó el monto real del precio de venta y el saldo adeudado para completarlo. Y el fallo recurrido recoge con total claridad esta realidad y le da a la situación planteada la única decisión justa y*

jurídicamente posible, que es la considerar incumplido el contrato por falta de pago de la totalidad del precio".

Que contrario a lo expuesto por el impugnante, "la sentencia apelada en este caso no refleja en forma alguna ningún "desborde" en relación con lo decidido por el juez, pues tal como se solicitó en la demanda la decisión adoptada corresponde a las peticiones deprecadas y al fundamento probatorio que respalda los hechos y el derecho invocados".

Que "no es cierto que el precio fijado en el contrato de promesa haya sido anulado y sustituido por otro, sino que simplemente se le otorgó al comprador la posibilidad de pagar el precio de venta en un plazo y bajo la condición de entregar un inmueble de su propiedad, al cual el monto o saldo adeudado se abonaba como parte de pago y se pagaba por los vendedores, a su entrega material, una suma para completar el precio... es claro que no existe la novación alegada... Tampoco los contratantes consignaron en el supuesto nuevo contrato cláusula expresa en el sentido de considerar abolida la obligación de pago del precio pactada en la promesa de venta. En tales condiciones, la obligación antigua o anterior de pagar el precio pactado en su totalidad siguió subsistiendo entre ellos y el comprador demandado simplemente la incumplió."

Que si bien es cierto el artículo 1596 del C.C. establece el derecho a una rebaja proporcional de la pena cuando el incumplimiento ha sido parcial, esa prerrogativa debía invocarse por la parte demandada mediante la contestación del libelo, las excepciones de mérito y la objeción al juramento estimatorio (art. 206 C.G.P.), cosa que en este caso no hizo, y en vista de que en el texto de la promesa de venta no se estableció ninguna reducción o descuento respecto del monto de esa sanción, la aplicación de la misma "debe ser por su monto total y hacerse bajo la literalidad del contrato", toda vez que, "no habiendo utilizado la pasiva los mecanismos procesales a su alcance, "no le corresponde al juez reemplazarlo en esa gestión, ni aun bajo la facultad oficiosa a la que hace mención el recurrente, pues dicha facultad tiene otros alcances y propósitos distintos a suplir la contumacia de alguna de las partes en litigio".

Respecto a la solicitud del apelante de reconocer a favor de la parte demandada los valores que pagó por concepto de servicios públicos e impuesto predial durante el tiempo en el que tuvo en su poder el inmueble objeto de la venta, sostiene que carece de todo fundamento y constituye un "exabrupto", dado que, si la demandada mantenía la titularidad del bien era su obligación

frente al Estado pagar ese impuesto, y cubrir los costos por el uso y goce del mismo, con la nota adicional, que una petición de esa naturaleza debe estar respaldada con elementos de prueba que obren en el proceso, *“nada de lo cual hay constancia en el sumario”*.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales están satisfechos en este asunto, luego no hace falta pronunciamiento particularizado al respecto distinto al de mencionar, que tampoco se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta este momento ni las partes presentaron alegato en tal sentido.

2. Es además a esta Colegiatura a la que le corresponde conocer en segunda instancia de la apelación en contra de la sentencia proferida por el *a quo* bajo la órbita de la competencia fijada en razón del factor funcional consagrado en el art. 31-1 en concordancia con el 35 del CGP, siendo del caso pronunciarse en principio **“solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”** (inciso primero del Art. 328 *ibídem*), para revocar o reformar la decisión, si a ello hubiera lugar.

3. Tras estas precisiones iniciales, los problemas jurídicos que se plantean para resolver el recurso de apelación, se contraen a establecer: i) si fue acertada la determinación del funcionario de primer grado, de declarar resueltos tanto el contrato de promesa datado el 29 de junio de 2016, como el de compraventa celebrado mediante escritura pública No. 2419 del 5 de agosto de 2016; en caso afirmativo, ii) si es procedente reducir el monto a reconocer en favor de los demandantes por concepto de cláusula penal; iii) si es viable condenar a los demandantes a restituir a la sociedad demandada, los valores cancelados por aquella por concepto de servicios públicos e impuesto predial del inmueble; y iv) si resulta procedente eximir de la condena en costas de primera instancia a la parte demandada, o en su defecto, condenarla parcialmente.

4. La tesis de la Corporación es: que al haberse materializado el negocio prometido mediante el otorgamiento de escritura pública de compraventa, los efectos de la promesa se extinguieron, por lo que la decisión de declarar resuelto dicho contrato y condenar a la pasiva al pago de la cláusula penal allí estipulada no encuentra razón en el derecho, como sí ocurre con la

resolución de la compraventa, toda vez que se acreditó el incumplimiento de la compradora en el pago del saldo del precio. Además, se determina que no es procedente reconocer a favor de la demandada monto alguno por concepto de servicios públicos e impuesto predial del inmueble, ante la ausencia de solicitud expresa en tal sentido en la oportunidad procesal para pronunciarse frente al libelo y soporte probatorio que fundamente la misma; y, por último, que sí es viable imponer condena en costas de manera parcial a cargo de la demandada. A la anterior conclusión se arriba luego de realizar el siguiente análisis jurídico y probatorio:

4.1. En cuanto a los efectos jurídicos del contrato de promesa una vez celebrado el convenio prometido, de antaño tiene enseñado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

*“El objeto de la promesa –según lo tiene establecido la jurisprudencia– es la conclusión del contrato posterior. De ahí que “siendo **el contrato de promesa** un instrumento o contrato preparatorio de un negocio jurídico diferente, tiene un **carácter transitorio o temporal**, característica esta que hace indispensable, igualmente, la determinación o especificación en forma completa e inequívoca del contrato prometido, individualizándolo en todas sus partes por los elementos que lo integran”. (Sentencia de 14 de julio de 1998. Exp.: 4724)*

(...)

*Por ello, ha sido reiterada la posición de esta Corte al considerar que **la promesa tiene un “carácter preparatorio o pasajero, lo cual implica por naturaleza una vida efímera y destinada a dar paso al contrato fin, o sea, el prometido...”** (Sentencia de 14 de julio de 1998. Exp.: 4724) **LA PROMESA Y EL CONTRATO PROMETIDO JAMÁS PUEDEN COEXISTIR EN EL TIEMPO, PUES EL NACIMIENTO DE ÉSTE ACARREA LA EXTINCIÓN DE AQUÉLLA.***

Sin embargo, nada obsta para que las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, pacten en un mismo documento, además del compromiso de celebrar el contrato definitivo, otras prestaciones destinadas a regir en vigencia de éste. Tal circunstancia no significa en modo alguno que la promesa subsista luego de perfeccionarse el acuerdo principal sino, tan solo, que en la fase de conclusión del negocio los contratantes deciden ratificar las cláusulas contenidas en el arreglo preliminar, sin que sea necesario volver a pronunciarse sobre lo que convinieron con anterioridad.”⁴ (Resaltado fuera del texto)

4.2. En el caso concreto, ninguna discusión existe en cuanto a la celebración de la promesa de compraventa entre las partes, respecto del inmueble ubicado en la Carrera 11 No.19N-29 con folio de M.I. 120-3932 de la Oficina de

⁴ CSJ SC 16 dic. 2013, rad. No. 11001-3103-023-1997-04959-01 MP. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, criterio reiterado en CSJ SC2221-2020, 13 jul. 2020, rad. No. 76001-31-03-011-2016-00192-01 MP. LUIS ALONSO RICO PUERTA.

Registro de Instrumentos de Popayán, convenio preparatorio que dio lugar al posterior otorgamiento de la escritura pública No. 2419 del 5 de agosto de 2016, debidamente inscrita el 15 de septiembre siguiente, con lo cual se materializó la transmisión de la propiedad a favor de la demandada GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S. – GRACOL.

El punto central de la controversia radica en el incumplimiento que le atribuyen los actores a su contendiente, específicamente en cuanto al pago del saldo del precio estipulado en la promesa, por lo que reclaman la resolución de ese acuerdo preliminar y de la subsecuente compraventa.

4.3. Conforme el precedente jurisprudencial antes citado, es claro para esta Corporación que **los efectos del contrato preparatorio que se acaba de mencionar, se extinguieron ante la celebración del negocio prometido**, pues al margen de la discusión que aquí se plantea en cuanto al saldo del precio que se halla insoluto, no puede perderse de vista que las partes perfeccionaron la tradición del inmueble con M.I. 120-3932, el que incluso se entregó materialmente a su adquirente, **relevando así al operador judicial de ahondar en el estudio de la pretensión resolutoria de ese convenio preliminar, en atención a que cumplió su fin.**

Por consiguiente, las determinaciones del funcionario de primer grado de declarar el incumplimiento y resolución de la extinguida PROMESA de venta, así como la condena impuesta a cargo de la parte demandada por el valor de la cláusula penal pactada en dicho contrato, resultan desacertadas, toda vez que obedecen a un negocio jurídico cuyos efectos eran temporales y que consumó efectivamente su objeto. De manera que, **esos puntos se revocarán para en su lugar negar las pretensiones de la demanda elevadas en ese sentido.**

Es de resaltar además, que en la forma en la que quedó estipulada la cláusula penal en el contrato de PROMESA suscrito el 29 de junio de 2016, no es dable predicar que su alcance llegó a extenderse a la eventualidad del incumplimiento del contrato definitivo allí previsto –el de compraventa finalmente celebrado el 5 de agosto siguiente–, por lo que sus efectos quedaron circunscritos al contrato preparatorio y fenecieron con aquel.

4.4. Ahora bien, cosa diferente ocurre con el contrato de compraventa plasmado en la ya mencionada escritura pública cuya resolución se demanda, respecto del cual la Sala precisa lo siguiente:

4.4.1. Presupuestos para la procedencia de la acción resolutoria. El artículo 1602 del C.C. consagra que, *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, y el artículo 1546 de la misma Codificación establece que, *“en los contratos bilaterales va envuelta la **condición resolutoria** en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso **podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios**”*.

En desarrollo de las citadas disposiciones, la Jurisprudencia establece unos requisitos o presupuestos para la procedencia de la acción resolutoria a saber: **“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 obligaciones que le corresponden”**⁵.

4.4.2. En el sub examine, ningún reparo le mereció a las partes y tampoco a la judicatura, la validez del contrato de compraventa materia de estudio, puesto que revisado su contenido, se advierte que cumplió con todas las formalidades legales y sustanciales para su plena eficacia jurídica.

4.4.3. Los dos restantes presupuestos atañen a la legitimación en la causa de ambos extremos del litigio, dado que facultan para incoar la acción al contratante cumplido o que se allanó a cumplir, contra la parte que inobservó sus obligaciones, siempre teniendo en cuenta la forma de ejecución de lo pactado, pues como lo ha señalado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“Como regla general y en tratándose de compromisos que deben ejecutar las partes simultáneamente, es menester, para el buen suceso del reclamo del demandante, que este haya asumido una conducta acatadora de sus débitos, porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria prevista en el aludido precepto, en concordancia con la excepción de contrato no cumplido (exceptio

⁵ CSJ SC11287-2016, 17 ago. 2016, rad. No. 11001-31-03-007-2007-00606-01 MP. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

non adimpleti contractus) regulada en el canon 1609 de la misma obra, a cuyo tenor **ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.**

Ahora, en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino **sucesiva**, se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, **quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque ésta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada**

(...)

Así las cosas, el contratante que primero vulneró la alianza queda desprovisto de la acción resolutoria, mientras que su contendor sí la conserva a pesar de que también dejó de acatar una prestación, siempre que su actuar se encuentre justificado en su inexigibilidad por la previa omisión de aquel.”⁶ (Resaltado fuera del texto)

En cuanto a la observancia de las obligaciones contractuales por parte de quien promueve la presente acción, es decir, de los vendedores, de la lectura de la escritura pública No. 2419 del 5 de agosto de 2016 y el certificado de tradición con M.I. 120-3932, se evidencia que aquellos cumplieron con la tradición y entrega del inmueble a la compradora aquí demandada, protocolizando con dicho instrumento el respectivo certificado de nomenclatura actualizado, y Resolución No. 19-001-1003-2016 del 30 de junio de 2016 expedida por el IGAC, mediante el cual se rectificó el área y linderos del terreno.

Contrario a lo aseverado por el apelante, **del texto del referido contrato no se evidencia ninguna otra obligación a cargo de los enajenantes que pueda considerarse inejecutada o cumplida de forma tardía**, reiterando en este punto, que no es procedente volver sobre los compromisos plasmados en la promesa de compraventa, dado que en su mayoría, aquellos se desvanecieron al materializarse el negocio prometido.

4.4.4. Frente al incumplimiento de la demandada, advierte la Corporación, que si bien en la cláusula quinta del instrumento público de venta las partes señalaron como precio del inmueble la suma de \$ 174'812.000 que los vendedores declararon “*recibidos a manos de la entidad compradora*”, lo cierto es, que **las pruebas obrantes en el plenario revelan que el rubro allí**

⁶ CSJ SC1209-2018, 20 abr. 2018, rad. No. 11001-31-03-025-2004-00602-01 MP. AROLDI WILSON QUIROZ MONSALVO

señalado no corresponde a la realidad, pues el precio convenido fue de \$ 500'000.000, de los cuales, GRACOL aún adeuda un monto de \$ 200'000.000.

En efecto, en la promesa de venta allegada como prueba, documento que el Juez está obligado a examinar pero no desde los presupuestos de la acción resolutoria **sino como otro medio de convicción** cuyo contenido no ha sido desvirtuado por la contraparte, se indica que **el precio del bien acordado por los firmantes es de \$ 500'000.000, de los cuales la demandada pagó \$ 300'000.000.**

Ese hecho fue **aceptado expresamente por el propio representante legal de GRACOL en el interrogatorio de parte**, y excluido del debate probatorio en la etapa de fijación del litigio, destacándose además, que **aquel representante también confesó, que la Sociedad GRACOL le debe a los actores la suma de \$ 200'000.000 por la venta del inmueble.**

4.4.5. A lo anterior se suma, que **ante la falta de contestación del libelo por parte de la demandada, opera en su contra la presunción de certeza de los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda** (art. 97 C.G.P.), esto es, el precio real de la cosa vendida (\$ 500'000.000) y el incumplimiento del comprador en el pago de \$ 200'000.000, lo que guarda correspondencia con la confesión que en esos términos realizó la pasiva en el interrogatorio de parte.

4.4.6. En este aspecto no son admisibles los planteamientos del apoderado de la demandada, encaminados a que se tenga el precio del bien pagado en su totalidad, tomando en consideración exclusivamente la manifestación que se hizo en la escritura de venta, como quiera que tal proceder contraviene abiertamente lo previsto en el artículo 164 del C.G.P., según el cual **toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso**, elementos de juicio que como acaba de verse, demuestran palmariamente la real intención de los contratantes en cuanto al monto de la contraprestación por la enajenación del inmueble, y el saldo que se halla pendiente de pagar por parte de la compradora.

4.4.7. Es patente que la apariencia de cumplimiento que sobre el pago total del precio del negocio se aduce en sus últimas intervenciones por el

apoderado de la pasiva, fincada en la insular mención que se hace en la cláusula quinta de la escritura de compraventa, se desvanece por completo ante el mayor vigor demostrativo que en conjunto ofrece la prueba documental y declarativa ya comentada, siendo vano igualmente adentrarse en explorar una hipotética novación invocada a última hora por el mismo extremo, al no ser de recibo que a través del recurso de apelación se introduzcan inconformidades que no fueron planteadas dentro de los términos y oportunidades legalmente consagradas para ello.

Cabe simplemente volver a destacar que en la primera instancia la demandada convocada a juicio no contestó la demanda, con los efectos adversos que ello le implica de conformidad con el art. 97 del CGP como bien lo indicó en el proveído impugnado el *a quo* ⁷, y además, que hasta los alegatos de conclusión de su apoderado en primera instancia, nada se esgrimió de manera explícita en torno a una hipotética novación ⁸ a la que solo vino a aludirse con la interposición y sustentación de la alzada y que en las concretas circunstancias fácticas de la presente Litis, lejos se encuentra de tenerse por configurada, al fallar el requerimiento del art. 1693 del Código Civil, cuyo texto es explícito en que *“Para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar...”*, siendo que ni lo uno ni lo otro se puede predicar en el presente caso.

4.5. Así las cosas, emerge diáfana la inobservancia de las obligaciones contractuales por parte de la demandada GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S. – GRACOL, puntualmente frente al pago de la totalidad del precio del bien por ella adquirido, y en consecuencia, deviene la confirmación de la declaratoria de incumplimiento dispuesta por la primera sede, como también la resolución de la compraventa decretada como resultado de ello.

4.6. De otro lado, en cuanto al pedimento de la alzada de adicionar o modificar el fallo apelado a efectos de condenar a los actores a restituir a la demandada los valores cancelados por concepto de servicios públicos e

⁷ La presunción de veracidad de los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda.

⁸ Puede verse en el record de la Audiencia de instrucción y juzgamiento, del 1:40' al 2:01'22''.

impuesto predial del inmueble, están llamados al fracaso, dado que ninguna solicitud se elevó en ese sentido en la oportunidad para contestar el libelo, y tampoco se allegó al infolio prueba alguna que ilustre al operador judicial sobre ese particular, sin que sea admisible desde ningún punto de vista, hacer uso de las facultades oficiosas del Juez con el propósito de “*corregir o subsanar el incumplimiento de una carga procesal de una de las partes*”, puesto que “*la parte que alega hechos que fundamentan su pretensión o excepción debe aportar los medios de prueba que permita llevar al juez el conocimiento sobre el mismo*”⁹, de conformidad con lo previsto en el artículo 167 del C.G.P.

4.7. Por último, y en virtud de lo previsto en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., la Corporación accederá al pedimento del apelante de modificar la condena en costas a cargo del extremo pasivo para hacerlo en forma parcial, más no el de exonerarla de esa carga, como quiera que las pretensiones de los actores prosperaron parcialmente, y que si bien no hubo oposición en el término de traslado de la demanda, en las etapas posteriores del proceso GRACOL si expresó su desacuerdo, dando lugar al despliegue de toda la etapa instructiva, y por consiguiente, se modificará ese ítem del fallo apelado para en su lugar condenar a la convocada en porcentaje del 40% de las costas que arroje su liquidación.

5. Así las cosas, como ya se anunció, se revocará en su totalidad el ordinal primero, y parcialmente el tercero, y el literal c) del sexto del fallo apelado, los cuales conciernen al presunto incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de promesa, que como se indicó, decayó ante el perfeccionamiento de la compraventa acordada, y se modificará el ordinal noveno, para en su lugar ajustar la condena en costas de primera instancia a las previsiones del art. 365-5 del C.G.P.¹⁰

5.1. Frente a los demás aspectos, en lo esencial se confirmará la decisión impugnada, no sin antes advertir, que en este caso no hay lugar a actualizar los valores de las condenas que se ratifican (inciso 2º del artículo 283 del

⁹ Sentencia T-615 de 2019 MP. ALBERTO ROJAS RÍOS.

¹⁰ “*En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión*”.

C.G.P.¹¹), en tanto que, para cada uno de dichos rubros, el a quo estableció la respectiva indexación e intereses civiles a la tasa del 6% anual, “desde la fecha de entrega de cada una de ellas hasta la del pago efectivo”.

5.2. Sin embargo, sí se ajustará lo atinente a la data desde la cual se ordena el pago de dichos intereses, toda vez que en asuntos declarativos contenciosos en los que se reclama el reconocimiento y pago de obligaciones dinerarias, tales réditos moratorios a cargo de la accionada deben reconocerse desde la fecha de notificación de la demanda, que en este caso tuvo lugar el 23 de octubre de 2018¹², atendiendo la expresa regla jurisprudencial según la cual:

*“El límite previsto para el reconocimiento de los réditos moratorios, surge de la conducta asumida por la accionada luego de ser noticiada de la existencia del pleito, puesto que en lugar de solucionar la obligación tan pronto tuvo conocimiento de él, optó por resistirlo, o como lo reiteró la Corte en fallo CSJ SC 7 jul. 2005, rad. 1998-00174-01, «si el demandado asume la posibilidad de afrontar el pleito, en lugar de pagar la obligación que se demanda, **en caso de acogerse la pretensión, los efectos de la sentencia, en lo que atañe a la mora, se retrotraen a la etapa de la litiscontestatio, es decir, al estadio en que aquel asumió el riesgo de la litis, con todo lo que ello traduce**»”*¹³ (Resaltado fuera del texto).

5.3. Ante la prosperidad parcial de la alzada, se condenará en costas de esta instancia a la demandada aquí apelante, en el mismo porcentaje dispuesto para la primera sede.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 18 de agosto de 2020 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Popayán, por las razones expuestas en la parte motiva, para en su lugar:

¹¹ “ARTÍCULO 283. CONDENA EN CONCRETO... El juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado”.

¹² Según certificación visible a folio 107 del c. ppal., el aviso se entregó el 20 de octubre de 2018, día no hábil (sábado), por lo que debe entenderse entregado el 22 siguiente, y notificado el 23 (inc. final art.118, art. 292 C.G.P. y art. 62 Ley 4 de 1913).

¹³ CSJ SC15032-2017, 22 sept. 2017, rad. No. 08001-31-03-002-2011-00049-01 MP. LUIS ALONSO RICO PUERTA.

“NEGAR la declaración de incumplimiento del contrato de promesa de compraventa suscrito entre las partes el 29 de junio de 2016, en relación con el inmueble distinguido con M.I. 120-3932 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán”.

Segundo: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal tercero del referido fallo, el cual quedará del siguiente tenor:

“TERCERO: DECLARAR RESUELTO el contrato de compraventa plasmado en la escritura pública No. 2419 del 5 de agosto de 2016, debidamente inscrito en el folio de M.I. 120-3932 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán, referido en el numeral segundo de esta parte resolutive.

SE DENIEGA LA PRETENSIÓN RESOLUTORIA respecto del contrato de promesa de compraventa suscrito entre las mismas partes el 29 de junio de 2016, en relación con el inmueble distinguido con M.I. 120-3932 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán”.

Tercero: REVOCAR PARCIALMENTE el literal c) del ordinal sexto de la sentencia impugnada, el cual quedará así:

“C. NEGAR la condena solicitada por concepto de cláusula penal estipulada en el contrato de promesa de compraventa.”

Cuarto: MODIFICAR el literal b) del ordinal sexto del fallo atacado, el cual quedará del siguiente tenor:

“b. Cada uno de los valores que por este concepto debe reintegrar la parte demandada a la demandante, debe incluir la correspondiente indexación e intereses civiles a la tasa del 6% anual, desde el 23 de octubre de 2018 hasta la fecha del pago efectivo”.

Quinto: MODIFICAR el ordinal noveno de la sentencia apelada, en el sentido de señalar, que la condena en costas y agencias en derecho allí dispuesta, lo será en porcentaje equivalente al 40% que arroje la liquidación respectiva.

Sexto: CONFIRMAR en todo lo demás el fallo atacado.

Séptimo: Condenar a la demandada GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S. – GRACOL aquí apelante a pagar las costas de esta instancia en porcentaje del 40% de lo que arroje su liquidación. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 3 SMLMV, la que

será incluida en la liquidación correspondiente (arts. 366 del C.G.P. y Acuerdo No. PSAA16-10554).

Octavo: Una vez ejecutoriado el presente proveído, DEVUÉLVASE el expediente al despacho de origen, previas las desanotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado ponente



DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
Magistrado

AB.