

Bogotá D.C., 19 de enero de 2024

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN - SALA CIVIL FAMILIA
ATN. MAGISTRADA PONENTE DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
E.S.D.

Referencia: Proceso Declarativo Resolución Contrato de Promesa.

Radicado: 190013103004**20220003501** .

Demandante: Lorena Ballesteros Salazar.

Demandados: Fiduciaria Davivienda S.A., Procal Constructores S.A.S.

Litisconsorte necesario: Brent Robert Harding Carvajal

Llamado en garantía: Procal Constructores S.A.S. (llamado por Fiduciaria Davivienda S.A.)

Asunto: Sustentación del recurso de Apelación.

ANDRÉS FELIPE PADILLA ISAZA, mayor de edad, vecino de Bogotá D.C, identificado como aparezco al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderado especial de **Fiduciaria Davivienda S.A.** en calidad de Vocera y Administradora del Fideicomiso Centro Comercial TERRAPLAZA, (en adelante la “Fiduciaria”), me permito presentar ante su despacho la sustentación del recurso de **APELACIÓN** en contra de la sentencia de primera instancia proferida en el proceso en referencia de conformidad con los siguientes argumentos:

I. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO.

De conformidad con el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, la oportunidad para presentar la sustentación del recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia es la siguiente:

“Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”.

En el caso en concreto, el Despacho mediante auto del 16 de enero de 2024 notificado el 17 de enero de 2024 procedió a correr traslado por el termino de 5 días para sustentar el recurso de apelación. Por tanto, los 5 días para sustentar el recurso transcurren los días 18, 19, 22, 23 y 24 de enero de 2024. Así, la presente sustentación al recurso de apelación se interpone en tiempo y oportunidad. Sin embargo, con la presentación de este escrito no se renuncia al término otorgado en la precitada norma, reservándose el

suscrito la facultad de modificar o complementar la presente sustentación.

II. SOBRE LOS REPAROS CONCRETOS A LA SENTENCIA.

1) Al declararse probada la excepción de mérito denominada “mutuo disenso tácito”, la Parte Vencida es la Parte Demandante, por lo cual la Parte Demandada no debió haber sido condenada en costas.

El numeral primero del artículo 365 del Código General del Proceso (en adelante “C.G.P.”), establece que la condena en costas es un asunto que se debe fijar de manera objetiva como necesaria compensación de la parte vencedora. De esta manera, dicha disposición establece que “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.*”

Así, no se comparte la condena en costas que la Sentencia de primera instancia le impuso a la parte demandada por cuanto la misma Sentencia en la parte considerativa manifiesta lo siguiente:

“Retomando entonces que en este caso se trata de dos partes incumplidas, por lo cual prospera la excepción planteada por la parte demandada Fiduciaria Davivienda, consistente en la aplicación del mutuo disenso tácito, pues se estructuran los requisitos que ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil para su decreto, pues se trata de dos partes incumplidas, que, de acuerdo a la conducta desplegada por cada una de ellas, tendieron a desistir del negocio celebrado” (Grabación 3 horas, 12 minutos de la audiencia Art 372).

De esta manera, es claro que en el presente proceso la Sentencia de primera instancia procedió a declarar probada la excepción de mérito planteada por mi representada. Y es que debe recordarse que según la teoría general del proceso, las excepciones de mérito son una forma de defensa cualificada que ataca la pretensión con hechos distintos o nuevos que se traen al debate, que unas veces desconocen la existencia misma del derecho o relación jurídica reclamados en la pretensión, pero otras veces, sin desconocer esa existencia, pretenden impedir su exigibilidad actual o buscar su aniquilación definitiva.¹

Por lo anterior, dentro del presente caso, el Despacho de primera instancia declaró avante la excepción de mérito planteada por Fiduciaria Davivienda, **pero adicionalmente procedió a manifestar que no iba a estudiar las demás excepciones de fondo, por cuanto la**

¹ Trámite de las Excepciones y Sentencia en el Proceso Ejecutivo del Código General del Proceso - Plan De Formación de la Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

excepción que prosperó hace improcedente las demás pretensiones de la demanda. Al respecto el Despacho considero:

*“No adelantando las acciones pertinentes para su cumplimiento de forma recíproca, tal como lo asienta la jurisprudencia traída en la premisa normativa. **Lo anterior exige al despacho de estudiar las demás excepciones planteadas** en el entendido que, frente a la excepción que prospera, es improcedente el pago de las multas solicitadas en la demanda. Recuérdese que los encontramos frente a una promesa pactada desde el año 2017, cuyo cumplimiento, en cuanto al pago, se daría en el momento de escrituración.”* (Grabación 3 horas y 13 minutos de la audiencia Art 372)

De lo anterior, no entiende este extremo procesal la decisión del Juzgado de Primera Instancia que declaró probada la excepción de mérito “mutuo disenso tácito”, pero en todo caso condenó al extremo demandado al pago de costas y agencias a favor de la parte demandante. Es claro que las excepciones de mérito, al ser los argumentos de defensa de la parte demandada, si salen prósperas, lógicamente las pretensiones no tuvieron éxito y es la parte demandante la parte vencida.

Se reitera, la condena en costas es objetiva en contra de la parte vencida en el trámite y para su imposición es suficiente haber sido vencido en el proceso y demostrar su causación. De esta manera, si la presente demanda pretendía la resolución del contrato con una serie de multas, pero dentro del proceso se prueba el mutuo disenso tácito, es evidente que el demandante no logró lo que pretendía. Y es que no lo logró, precisamente, porque dentro del mismo proceso se demostró que la misma parte demandante era una parte incumplida dentro del contrato al no cumplir con sus obligaciones.

Recordemos que la Sentencia de primera instancia en parte considerativa manifestó lo siguiente:

*“Recuérdese que los encontramos frente a una promesa pactada desde el año 2017, cuyo cumplimiento, en cuanto al pago, se daría en el momento de escrituración. **Fecha en la cual ni la demandante contaba con el saldo debido o la intención de entregarlo** ni las demandadas podían cumplir el contrato prometido, **además de que no existe una justificación para no haberse presentado en la notaría**, actitudes que no asume alguien que desee persistir en la celebración de un negocio jurídico, pues lo propio era asistir siendo del caso y si así lo consentía la otra parte que se expondría al incumplimiento de sus obligaciones, firmar un nuevo otro sí a la promesa inicialmente pactada”* (Grabación 3 horas y 13 minutos Audiencia Art 372).

Y más adelante consideró lo siguiente:

“Por los puestos se ve que en el conflicto, pues esta consideración del despacho se presentó un incumplimiento recíproco de las obligaciones que cada uno de los extremos del negocio preparatorio tenía siendo imputable tal omisión a las dos partes y por tanto cualquiera de ellas estaba habilitada para demandar a la otra con el propósito de que se declarara la resolución del contrato que las vincula, de lo que se sigue, que deben volver las cosas al Estado que tenían antes de la celebración del contrato, acotando que si bien se resolverá el contrato en virtud.” (Grabación 3 horas y 15 minutos Audiencia Art 372).

Por lo anterior, este extremo procesal no entiende la condena en costas que se le impuso a mi representada, si dentro de la parte considerativa de la Sentencia; i) declaró probada la excepción de mérito mutuo disenso tácito, ii) consideró que las demás excepciones no se iban a estudiar al manifestar que es improcedente el pago de las multas solicitadas en la demanda y iii) declaró probado el incumplimiento recíproco de las dos partes procesales.

Si dentro del presente proceso se reconoció un mutuo incumplimiento de las partes, ¿cómo es posible que una parte sea la vencedora si precisamente en ella también recae un incumplimiento contractual?

Es evidente que el presente proceso iba exclusivamente encaminado a solicitar el incumplimiento contractual de la parte demandada más las sanciones contractuales pactadas por un supuesto incumplimiento de los demandados. No obstante, el Despacho bien consideró que ambas partes incumplieron el contrato ¿cómo es posible que la parte demandante, que también estaba incumplida, sea la parte vencedora y así tenga derecho a recibir la condena en costas?

Así, el superior debe tener en cuenta lo anterior para entender que la parte demandada no es la parte vencida dentro del proceso y como consecuencia no puede ser condenada en costas. Estamos frente a una sentencia que no sólo negó las pretensiones de la demandante, sino que declaró probada una de las excepciones propuestas por la Fiduciaria que mostraba que lo que debieron haber solicitado los demandantes era el mutuo disenso tácito. Aún no habiéndose solicitado en la demanda la terminación del contrato por mutuo disenso tácito (situación que más adelante será objeto de reparo), la funcionaria judicial de forma errónea consideró que la parte demandante era la parte vencedora y la parte demandada la parte vencida.

Es esta una situación que, además de desconocer la congruencia de la demanda, desnaturaliza la función del tan mencionado mutuo disenso tácito, que es en últimas el acuerdo entre las partes de desistir del negocio, por cual la parte demandante en ningún caso puede ser la parte vencedora.

2) El mutuo disenso tácito fue propuesto como excepción, por lo que la Sentencia debió limitarse a desestimar todas las pretensiones de la demanda y no condenar en costas a la Parte Demandada.

Ahora, debe ponerse de presente que las pretensiones y las excepciones son conceptualmente diferentes. Por tanto, su rol y efectos dentro del litigio son igualmente distintos. Así, tiene dicho la doctrina que la pretensión es una *“declaración de voluntad del demandante para que se sujete o vincule al demandado en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos mediante una sentencia”*². Más inteligiblemente, la pretensión no es otra cosa que la petición formulada por el demandante, que delimita el objeto del litigio y el sentido en el que el juez deberá proferir su fallo. De ahí que el mismo profesor Devis Echandía, más que de congruencia, prefiera hablar de identidad entre pretensiones y sentencia, por ser aquellas las que determinan la esfera en que podrá el juez moverse al momento de dictar sentencia³. Lo anterior, tiene asidero en el artículo 281 CGP.

Por su parte, las excepciones son las llamadas a ser propuestas por la parte demandada para ejercer su defensa contra las pretensiones. Esto es, para demostrar que las pretensiones del demandante carecen de vocación de prosperidad. Así, de acuerdo con la doctrina especializada una excepción es el *“poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él”*⁴. De acuerdo con lo anterior, debe anunciarse desde ya -y es este el foco del presente reproche- que las excepciones se limitan a controvertir y resistir las pretensiones. Luego, no constituyen las excepciones nuevas peticiones a las que la sentencia deba acceder, más allá de declararlas probadas o no para efectos de determinar la suerte de las pretensiones invocadas por el demandante.

Es esto así salvo contadas excepciones, como demuestra una lectura juiciosa del artículo 282 C.G.P. (antes artículo 306 del Código de Procedimiento Civil). Según este:

*“Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; **en caso contrario se limitará a declarar si es o no fundada la excepción**”* (negrillas propias).

² H. DEVIS ECHANDÍA, Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, 2ª ed., Bogotá, Editorial Temis S.A., 2009, pp. 255-256

³ *Ibid.*

⁴ E. COUTURE, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1958, p. 89

Es decir, salvo cuando se aleguen las excepciones de nulidad o simulación, el juez se deberá limitar a declarar si está o no fundada la excepción propuesta, sin entrar a dar aplicación o pronunciarse de fondo sobre la aplicación de la institución jurídica cobijada en aquella. Es claro que no fue esto lo que sucedió en el caso bajo estudio. Las pretensiones que delimitaban el sentido de la sentencia se circunscribían, simplemente, a declarar la resolución del contrato y, como consecuencia de la misma, ordenar la devolución de los recursos pagados junto con las sanciones a que hubiere lugar. Sin embargo, en abierta incongruencia, la sentencia expresa la tesis de que *“no hay lugar a declarar la resolución del contrato por incumplimiento de la parte demandada, como se pide en la demanda, pero sí a declarar su disolución por mutuo disenso tácito”*.

Nótese cómo la misma funcionaria de primera instancia **reconoce que lo que se pidió fue la resolución del contrato por incumplimiento de la demandada**; no obstante, **resuelve declarar la disolución del mismo con base en una de las excepciones planteadas por la demandada**. Y peor aun, condenado a la parte demandada en costas.

Hay que anotar, además, que ninguna de las pretensiones invocadas por la demandante incluían mención o petición alguna relacionada con el mutuo disenso tácito, figura completamente diferente a resolución. Para mayor claridad, aquí las pretensiones del escrito de demanda:

“

I. PRETENSIONES:

PRIMERA: *Que se declare resuelta la Promesa de Contrato de Compraventa celebrada el 06 de septiembre de 2016, entre: FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A, persona jurídica identificada con el NIT 800.182.281-5, como VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO COMERCIAL TERRAPLAZA, el cual se identifica con el NIT 830.053.700-6, en calidad de PROMITENTE VENDEDORA; - PROCAL CONSTRUCTORES S.A.S, persona jurídica identificada con el NIT 900.514.667-3, en calidad de FIDEICOMITENTE Y CONSTRUCTOR RESPONSABLE; y - BRENT ROBERT HARDING CARVAJAL, identificado con la cedula de ciudadanía N° 75.088.523, en calidad de PROMITENTE COMPRADOR, posición contractual de la cual es Cesionaria en un 50% la señora CLAUDIA LORENA RUANO SALAZAR, quien se identifica con la cédula de ciudadanía N° 24.348.087. Esto por el incumplimiento y la incapacidad de cumplir con las obligaciones a cargo de la PROMITENTE VENDEDORA y el FIDEICOMITENTE - CONSTRUCTOR RESPONSABLE.*

SEGUNDA: *Que se declare como consecuencia de la Resolución de la Promesa de Contrato, que la PROMITENTE VENDEDORA (FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A. - como VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO COMERCIAL TERRAPLAZA), debe hacer devolución o entrega a la Demandante y Cesionaria del PROMITENTE*

COMPRADOR, de la suma de CIENTO CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$152.750.000) M/CTE, correspondiente al 50% de lo pagado como precio del inmueble.

TERCERA: *Que se declare que como consecuencia del incumplimiento de los demandados a las obligaciones contraídas en la Promesa de Contrato objeto de resolución, estos deberán pagar a la Demandante y Cesionaria del PROMITENTE COMPRADOR (LORENA BALLESTEROS SALAZAR), por concepto de penas causadas por incumplimiento (clausula penal), el 50% de las establecidas en los literales a) y c) de la CLÁUSULA SÉPTIMA del Capítulo II de la Promesa de Contrato, así:*

-Por concepto de la pena contenida en el literal a) de la Cláusula Séptima, la suma de TREINTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$32.962.500) moneda corriente, correspondiente al 50% de la suma de \$65.925.000; ultima suma que corresponde al 20% del valor del precio de compra.

- Por concepto de la pena contenida en el literal c) de la Cláusula Séptima, el equivalente al 50% del salario mínimo diario del año 2017 (\$12.295,28) por cada día de mora, causados desde el 26 de septiembre de 2017 y hasta que se profiera la sentencia que declare la resolución del contrato. Sanción pecuniaria que a la fecha de la presentación de esta demanda asciende a la suma de \$19.807.696,08 pesos.

JURAMENTO ESTIMATORIO: *Bajo la gravedad de juramento estimo el monto de las penas a cargo de la parte demandada y a favor de la parte demandante, en la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON CERO OCHO CENTAVOS (\$52.769.696,08); monto de dinero que resulta de la suma de las penas pactadas por incumplimiento en la Promesa Objeto de Resolución.*

CUARTA: *Que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas por haber dado lugar al presente proceso."*

Visto lo anterior, es claro que la sentencia apelada viola el principio de congruencia, otra vez, constituyéndose como *extra petita* la aplicación del mutuo disenso tácito, cuando este no fue incluido dentro de las pretensiones de la demanda, sino simplemente como una excepción que debió haber sido declarada probada únicamente para fundamentar el fracaso de las pretensiones de la demanda. Así, en ningún momento es la parte demandante la parte vencedora y la parte demandada la parte vencida. Lo anterior para la imposición de la condena en costas a favor de la demandante.

Al respecto, no puede dejarse de lado que la resolución y el mutuo disenso tácito son instituciones jurídicas distintas, con efectos y presupuestos diversos, aunque anti-técnicamente se hable a veces de “*resolución por mutuo disenso tácito*”. Así lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia⁵:

“[N]o se debe confundir la disolución del contrato por resolución, con la disolución del contrato por mutuo disenso. Se reitera que la primera se produce por el cumplimiento de una condición resolutoria, o sea, por una causa legal (C.C. art. 1546) y la segunda, por el mutuo consenso de las partes (C.C. art. 1602). De suerte que siendo diferentes la resolución del contrato y la resciliación o mutuo disenso, es impropio hablar de la resolución del negocio jurídico por mutuo disenso, pues en el primer evento el aniquilamiento de la convención se produce como efecto del cumplimiento de la condición resolutoria por la inejecución por parte de uno de los contratantes de las obligaciones de su cargo y, en el segundo, se produce por el acuerdo mutuo para dejarlo sin efecto” (negrillas propias).

Aclarado este punto, es claro que no se puede llegar al extremo de pretender que, al pedir la resolución del contrato, el extremo demandante contempló implícitamente un mutuo disenso tácito, al que también se le puede denominar resciliación, pero jamás resolución. Es por eso que la demandada es, en este caso, la vencedora dentro del proceso. Siendo esto además imposible, pues la pretensión se fundamentaba en el supuesto incumplimiento unilateral por parte de la demandada. Por lo anterior, la demandada es, en este caso, la vencedora dentro del proceso.

Por otra parte, es claro que no procede la declaración oficiosa del mutuo disenso tácito. Como también lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia⁶ en un caso similar:

“si bien dejó sentado, y ello no es materia de reproche, el incumplimiento de las obligaciones de ambos extremos contractuales, dicha circunstancia no le imponía aplicar automáticamente la figura del mutuo disenso tácito, cual lo pregonan la reiterada doctrina de la Corte, más aún cuando, como desde el comienzo lo indicó el ad-quem, la pretensión de los reclamantes tuvo por objeto la resolución de la convención con el consecuente reconocimiento de perjuicios, súplica de linaje y secuelas diferentes al ‘mutuo disenso’” (negrillas propias).

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de noviembre de 1979. M.P. Alberto Ospina Botero.

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia SC 15762 del 14 de noviembre de 2014. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

En este mismo sentido se han hecho multitud de pronunciamientos por parte de la misma Corte^{7 8}. Sale a relucir, entonces, lo que ha sido tan reiterado en este reparo: no podía la Sentencia declarar y aplicar la disolución por mutuo disenso tácito si esto no había sido incluido dentro de las pretensiones de la demanda. **Pero tampoco podía hacerlo aún siendo alegado como excepción, ni aún de oficio.** Explicadas ya las diferencias entre pretensiones y excepciones se tiene, otra vez, que la Corte Suprema de Justicia⁹ se ha decantado por la tesis de que:

*“[E]n tratándose de la figura del distracto contractual [mutuo disenso tácito], su alegación como excepción no daba para fulminar el correspondiente acuerdo de voluntades, pertinente es destacar que si ese hubiese sido el querer del legislador, habría dado a dicho mecanismo defensivo el mismo tratamiento que otorgó en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil [ahora artículo 282 CGP] a las excepciones de nulidad y de simulación del contrato fuente de la relación jurídica debatida (...) Circunscrito ese régimen a las excepciones explicitadas en la norma - nulidad y simulación-, se sigue de ello que **a las demás, no les es aplicable el mismo y que, por ende, en el supuesto de su demostración, el acogimiento que de ellas se haga sólo puede traducir en su declaratoria de fundadas**”* (negritas propias).

Es así plenamente claro que, aún habiéndose alegado el mutuo disenso tácito por vía de excepción, **no le era dable al Juzgado de primera instancia más que declarar dicha excepción como fundada y negar las pretensiones del accionante.** No, como en efecto hizo, dar plena aplicación a la figura jurídica que fue invocada como excepción y cuya única función era controvertir y enervar las pretensiones de la demandante. Distinto habría sido si la demandada hubiera pedido el mutuo disenso tácito, por ejemplo, como pretensión en una demanda de reconvención, algo que obviamente no sucedió en este caso.

⁷ “[S]iendo las pretensiones de tales demandas la resolución del mismo contrato, no le es dado al sentenciador variar la causa petendi para deducir de oficio la disolución del contrato por mutuo disenso” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de abril de 2002. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

⁸ “Descendiendo al caso sub examine advierte la Corte que el Tribunal enjuiciado cometió un desafuero que amerita la injerencia de esta jurisdicción, por cuanto, tal y como lo esgrimió el tutelante, desconoció abundantes pronunciamientos de esta Corporación, en los que ha descartado la posibilidad de declarar, oficiosamente, la resolución de un determinado acuerdo de voluntades por mutuo disenso”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia STC18977 del 7 de marzo de 2000. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia SC 1662 del 5 de julio de 2019. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

3) En la medida en que no fue solicitado en la demanda, no debió ordenarse la indexación de la suma a ser devuelta a los promitentes compradores.

La congruencia de las sentencias judiciales se erige como un deber para el funcionario judicial y una garantía para las partes en litigio. Como bien sostiene el artículo 281 C.G.P.:

“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta” (negritas propias).

Así, dicho deber consiste, para el juez, en proferir un fallo en armonía y concordancia con lo solicitado por las partes demandante y demandada. Lo dicho tiene tal envergadura que funge incluso como una de las causales de casación previstas en el artículo 336 del Código General del Proceso. Como ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia¹⁰:

“la incongruencia como causal de casación ha de buscarse necesariamente confrontando la parte resolutive de la sentencia, que es la que contiene la decisión del conflicto sometido a la jurisdicción, con los hechos y las pretensiones deducidas en la demanda y en las demás oportunidades que la ley contempla, o con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.

Del mentado deber, se deriva la garantía para las partes de que no serán condenadas bajo motivaciones o pretensiones que no han sido discutidas en el proceso y sobre las cuales, por tanto, no han tenido oportunidad de pronunciarse. Garantiza el principio de congruencia, entonces, el derecho a la defensa y al debido proceso de las partes. En otras palabras, y como bien lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia¹¹, la congruencia constituye:

“un límite al poder decisorio del fallador, que impone que haya correspondencia entre lo resuelto y lo que oportunamente plantearon los litigantes como materia de la controversia sin perjuicio de las facultades oficiosas atribuidas por normas especiales”

En el caso en concreto, se tiene que la sentencia de primera instancia ordenó devolver las sumas pagadas por la parte demandante en virtud de la promesa, pero indexadas desde la

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Auto AC5149 del 4 de diciembre de 2019. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia SC4257 del 9 de noviembre de 2020. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

fecha en que se hizo cada uno de los pagos, a la fecha inicial de ejecutoria de la sentencia. Sin embargo, el escrito de demanda no contempla que la suma a devolver por parte de los demandados debiera actualizarse. Muy por el contrario la pretensión segunda de la demanda se limita a pedir la *“devolución o entrega a la Demandante (...) de la suma de CIENTO CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$152.750.000) M/CTE, correspondiente al 50% de lo pagado como precio del inmueble”*, sin solicitar en momento alguno la corrección o actualización monetaria de la suma pretendida.

Como quedó probado en el proceso la suma pretendida por la demandante era evidentemente superior respecto del 50% de los \$205.500.000 que efectivamente habían sido pagados. Luego, la sentencia yerra al no limitarse a ordenar la devolución a la demandante del dinero que le correspondía, en tanto al ordenar su devolución indexada excedió los límites de lo pretendido por la demandante. Constituye esto una condena *extra petita* sin fundamento alguno.

Ahora bien, existe jurisprudencia que ha admitido casos en los que, por la naturaleza de las pretensiones (prestaciones de índole laboral, indemnización de perjuicios y daño resarcible), la indexación puede hacerse de oficio. Sin embargo, tal excepción no es dable a una sentencia que no sólo negó las pretensiones de la demandante respecto de una acción resolutoria, sino que declaró probada una de las excepciones propuestas por la Fiduciaria que mostraba que lo que debieron haber solicitado los demandantes era el mutuo disenso tácito.

Es así que, salvo en excepcionalísimos casos, no es de recibo faltar al principio de congruencia de la demanda y ordenar de oficio la indexación de las sumas pretendidas. Así lo tiene dicho la jurisprudencia:

“En el presente caso se advierte que la única pretensión incoada fue la del pago de los intereses moratorios (f. 7) y en ningún momento se hizo alusión a la actualización de esos valores, razón por la cual la Juez de primera instancia, no podía incluirlos oficiosamente. (...) En otras palabras, en el sub lite la a quo dictó una decisión extra petita en lo que tiene que ver con la orden de indexación de los intereses moratorios, que comporta una vulneración al debido proceso y al derecho a la defensa de la entidad ejecutada; cuestión que debe ser corregida por esta Corporación”¹² (negritas propias).

Aún no habiéndose solicitado en la demanda la terminación del contrato por mutuo disenso tácito (situación que ya fue objeto de reparo), ni la corrección monetaria de las sumas a devolver, la funcionaria judicial decidió dar aplicación a esta figura y ordenar la indexación

¹² TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, Sala de Decisión 4, Rad. 15001-33-33-014-2017-00152-001, M.P. José Ascención Fernández Osorio

como si las sumas a devolver se debieran desde el momento en el que habían sido pagadas. Es esta una situación que, además de desconocer la congruencia de la demanda, desnaturaliza la función del tan mencionado mutuo disenso tácito, que es en últimas el acuerdo entre las partes de desistir del negocio, pero que por ser tácito requiere declaración judicial.

Así, los recursos que el extremo demandante quedó obligado a devolver, únicamente eran los involucrados en el negocio a partir de su desistimiento, el cual solo llegó a partir de la sentencia objeto de esta apelación. Esto, todavía más, en tanto los recursos pagados reposaron en la cuenta correspondiente del Fideicomiso, sin dar lugar a rendimiento alguno, mientras que los demandados tampoco recibieron rendimiento alguno del inmueble prometido, pues para todos los efectos de la promesa este se había entregado materialmente.

4) El llamamiento en garantía a Procal Constructores S.A.S. no debió haberse desestimado.

Respecto a la condena que se le impuso a la Fiduciaria, se reitera claramente que las causas primigenias que han llevado a la demora en la escrituración del inmueble y por consiguiente a la condena, fueron i) la falta del desenglobe del inmueble de mayor extensión y ii) la falta de protocolización del Reglamento de Propiedad Horizontal. Así incluso lo reconoce la sentencia objeto de apelación. Sin embargo, como aparece en el Contrato de Promesa y en el escrito de demanda, **eran estas obligaciones exclusivas del Fideicomitente Constructor, frente a las cuales la Fiduciaria como vocera y administradora del Fideicomiso o como entidad fiduciaria, no asumía responsabilidad alguna.**

Se configura así el hecho de un tercero en cabeza de Procal Constructores S.A.S. y la necesidad de que sea este quien salga a responder por cualquier condena impuesta a la Fiduciaria con ocasión a que los presuntos incumplimientos de la misma tuvieron como causa los incumplimientos previos de la constructora.

Quedó probado dentro del proceso que el Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable Inmobiliario de Administración y Pagos celebrado entre Procal y la Fiduciaria se establece de manera expresa que la responsabilidad en la construcción, desenglobe del predio, elaboración del reglamento de propiedad horizontal y entrega del inmueble, recae exclusivamente en PROCAL CONSTRUCTORES S.A.S, quien también es parte demandada en el presente litigio.

Partiendo de que el Contrato de Promesa objeto de este litigio y el de Fiducia se encuentran coligados, no es difícil concluir que quien es el directo y exclusivo responsable del desarrollo del proyecto inmobiliario, con todo lo que ello conlleva, es PROCAL CONSTRUCTORES S.A.S. Son estas, junto con el pago total del inmueble por parte de los promitentes compradores,

obligaciones cuyo cumplimiento era indispensable para que la Fiduciaria pudiera proceder con la escrituración del inmueble. Es, entonces, el mentado constructor el llamado a responder por cualquier contingencia o incumplimiento derivado de la construcción, desenglobe del predio y elaboración del reglamento de propiedad horizontal. Obligaciones estas cuyo incumplimiento, en últimas, derivó en la imposibilidad de escriturar el inmueble y generan la necesidad de que en caso de cualquier condena sea el Fideicomitente Constructor el que salga a responder, incluso aunque la demandante quiera reprocharle dichos incumplimientos injustificadamente a la Fiduciaria.

Así, no son pocas las cláusulas del Contrato de Fiducia que, como se transcribió en la contestación de la demanda y en el llamamiento en garantía, pero no se repetirá aquí su contenido textual para efectos de brevedad, dejan constancia expresa de que las actividades descritas anteriormente son responsabilidad del Fideicomitente Constructor.

Tampoco debe perderse de vista que, aunque ya quedó completamente establecido que las actividades de construcción, trámites administrativos y entrega del inmueble quedaron en cabeza de Procal Constructores, igualmente el Contrato de Fiducia es claro en limitar las obligaciones y responsabilidad de la Fiduciaria. En este sentido, cláusulas como la PRIMERA del capítulo QUINTO, junto con sus respectivos párrafos, y las cláusulas QUINTA y SEXTA del capítulo QUINTO del Contrato de Fiducia son claras en dejar indemne a la fiduciaria frente a cualquier responsabilidad derivada del incumplimiento o cumplimiento imperfecto de las actividades antes relacionadas. Asimismo, al ser preguntado el Fideicomitente Constructor, en su respectivo interrogatorio, respecto de la relevación expresa efectuada en el Contrato a la Fiduciaria de responder frente a terceros por cualquier saneamiento o reclamo por parte de los adquirientes del proyecto, aquel confesó que en efecto la Fiduciaria se encuentra relevada de cualquier responsabilidad.

Luego, teniendo en cuenta la coligación contractual existente entre la Promesa y el Contrato de Fiducia, puede concluirse que Procal Constructores S.A.S. es el único y exclusivo responsable por el desarrollo del proyecto inmobiliario, por su construcción, solicitud de permisos, desenglobe del inmueble de mayor extensión, entrega de las unidades privadas, y por las demás obligaciones que como constructor le corresponden. Siendo así, no asume la Fiduciaria responsabilidad alguna por la supuesta demora en la escrituración del inmueble objeto del litigio. Esto, ya que las causas que le atribuye la propia sentencia a la demora en la escrituración son obligaciones que le corresponden exclusivamente al Constructor, quien fue llamado en garantía y no contestó dicho llamamiento.

Finalmente, al no haber ningún incumplimiento imputable a la Fiduciaria sino, a lo sumo al Constructor, es esta la llamada a responder por cualquier condena a la primera.

5) **Se debió haber dado aplicación a la sanción prevista en el parágrafo del artículo 206 C.G.P., por falta de demostración de los perjuicios estimados en el juramento estimatorio.**

Como bien se ha venido decantando doctrinal y jurisprudencialmente, el juramento estimatorio tiene una doble naturaleza. Es, a una misma vez, un requisito de admisibilidad para cualquier demanda que involucre indemnización, compensación, frutos o mejoras, y un medio de prueba encaminado a demostrar sus respectivas cuantías económicas.

El propósito de este juramento no es otro que demostrar el valor económico de las pretensiones en los casos antes anotados, pero su finalidad va mucho más allá. Esta última busca lograr una administración de justicia ecuánime en la que los apoderados no exijan en sus pretensiones sumas ilusorias, muy por encima de aquellas a las que efectivamente sus poderdantes podrían tener derecho. Como bien lo expuso la Corte Constitucional¹³:

*“El Código General del Proceso exige un juramento estimatorio en aquellos eventos en los que se pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, constituyéndose el juramento estimatorio además de un medio de prueba en un requisito de admisibilidad de la demanda, situación que en modo alguno restringe el derecho a la administración de justicia, habida cuenta que **su finalidad es la de permitir agilizar la justicia y disuadir la interposición de demandas temerarias y fabulosas**, propósitos que claramente se orientan a los fines de la administración de justicia”* (negritas propias).

La vocación disuasoria de esta norma respecto de los apoderados viene prevista en el mismo artículo 206 CGP. Esto, bajo la figura de una sanción para los apoderados que, en su elaboración del juramento estimatorio, pidan un valor muy superior al que resulte luego probado, o para los casos en que se nieguen las pretensiones por el fracaso del apoderado a la hora de demostrar los perjuicios alegados. Lo anterior, según el cuarto inciso y el parágrafo del mentado artículo 206 CGP:

*“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, **se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial**, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.*

PARÁGRAFO. *También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, **en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de***

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C-279 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte” (negrillas propias).

En el caso en concreto, el apoderado de la demandante realizó juramento estimatorio respecto de su solicitud de pago de los perjuicios resultantes de la aplicación de dos de las cláusulas penales previstas en la promesa. En el respectivo juramento, el apoderado calculó dichas penas en la suma de “CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON CERO OCHO CENTAVOS (\$52.769.696,08)”. Este juramento fue oportunamente objetado por la Fiduciaria en su contestación de demanda, en tanto no sólo no tenía derecho al cobro de penas, sino que el juramento realizado carecía del sustento y razonamiento exigidos en la precitada norma.

No obstante, como quedó probado en el proceso, la demandante no tenía derecho al cobro de cláusula penal alguna, por no darse los supuestos fácticos para su cobro, y porque lo que finalmente resultó probado fueron los incumplimientos mutuos de las partes. Dichos incumplimientos de ambas partes no daban lugar al cobro de penas por parte de ninguno de los extremos procesales. Se acredita así el primer supuesto para la aplicación de la sanción prevista en el párrafo del artículo 206 CGP; esto es, se negaron las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios.

Es claro, además, que la falta de demostración de los perjuicios tiene que ver con un actuar abiertamente temerario por parte del apoderado de la demandante. Este se dedicó descuidadamente a pedir altísimas sumas a lo largo y ancho de su escrito de demanda, sin hacer un ejercicio juicioso en determinar si en efecto tenía su poderdante derecho a tan altas sumas. Y es que su actuar temerario no sólo se demuestra en el hecho de que, por haber incumplimientos mutuos, no había lugar a la solicitud de las penas, ni en la cantidad que estimó, ni en ninguna cantidad. Muy por el contrario incluso en el pedimento de la suma a devolver, el apoderado de la demandante solicitó un monto exagerado de \$305.500.000, sin aportar prueba alguna que sustentara dicha pretensión, mientras que quedó probado que la suma a devolver era de \$205.500.000. Un desfase, de \$100.000.000, ni más ni menos. Sirve esto para demostrar que la falta de demostración de los perjuicios, que dio lugar a que se negara la pretensión objeto del juramento estimatorio, se debe exclusivamente al actuar temerario del apoderado de la demandante en todo su proceder. Esto, no sólo en la estimación del juramento estimatorio sino a lo largo de todo su escrito de demanda. Es este, precisamente, el ejercicio descuidado y negligente que la norma pretende prevenir y sancionar. Se acredita así el segundo supuesto para la aplicación de la

sanción prevista en el párrafo del artículo 206 CGP; esto es, que la falta de demostración de los perjuicios es imputable al actuar temerario del apoderado.

Visto todo lo anterior, yerra la sentencia cuando expresa que *“no hay lugar a dar aplicación a las sanciones previstas en el artículo 206 del CGP al no presentarse en el proceso ninguna de las premisas fácticas necesarias para ello”*. Todo lo contrario, estas premisas fácticas se dieron claramente y hay lugar a aplicar al apoderado de la demandante la sanción prevista en el párrafo del artículo 206 CGP. Así, el apoderado de la demandante elevó juramento estimatorio por valor de *“CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON CERO OCHO CENTAVOS (\$52.769.696,08)”*, correspondiente a las supuestas penas que debían pagar los demandados. No obstante, el apoderado, con su actuar temerario, fracasó en la demostración de dichos perjuicios. Luego, el apoderado está sujeto a pagar como sanción, a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, el 5% del valor pretendido; es decir, la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON OCHENTA CENTAVOS (\$2.638.484,80).

Por todo lo anterior, la sentencia adolece de incongruencia y debe ser subsanada en lo pertinente. Es decir, debe declararse probada la excepción invocada de ‘mutuo disenso tácito’, pero sin aplicarse la misma por no haber sido pedida como pretensión. En consecuencia, deben simplemente negarse todas las pretensiones de la demandante, con las correspondientes condenas en costas y agencias a favor de la parte demandada. Además, debe darse aplicación a la sanción prevista en el cuarto inciso y el párrafo del artículo 206 CGP.

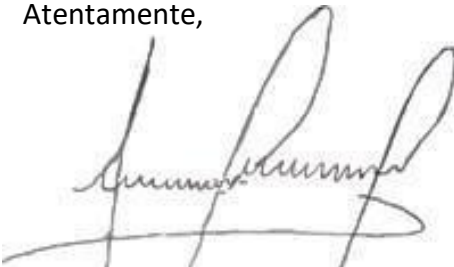
III. SOLICITUD.

Expuesto todo lo anterior, respetuosamente se solicita al Honorable Tribunal revocar parcialmente la Sentencia de primera instancia proferida el 22 de noviembre de 2023 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán - Cauca en el marco del proceso en referencia. Dicha revocación parcial debe darse en siguiente sentido:

1. Declarar probada la excepción de “mutuo disenso tácito” propuesta por la demandada.
2. Condenar en costas a la parte demandante por resultar vencida en el presente proceso.
3. Ordenar que, para resciliar o “resolver” el contrato por la vía del mutuo disenso tácito, debe acudir a la jurisdicción civil mediante proceso declarativo poniendo de presente dicha pretensión.

4. Sancionar al apoderado de la parte demandante, en aplicación del inciso cuarto y el parágrafo del artículo 206 CGP, a pagar a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, el 5% del valor pretendido.
5. Subsidiariamente, de considerar que las anteriores solicitudes no son de recibo, declarar procedente el llamamiento en garantía formulado contra PROCAL CONSTRUCTORES S.A.S., condenándolo a responder por cualquier concepto que la Fiduciaria deba pagar a cualquier título, incluyendo costas y agencias en derecho, y efectuando la eventual devolución de dinero sin indexación.

Atentamente,



ANDRÉS FELIPE PADILLA ISAZA

C.C. 1.020.770.857

T.P. 298.777 del C.S.J.