

Popayán, 11 de enero de 2024.

Doctora  
DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN  
Magistrada Ponente Sala Civil - Familia  
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán  
E. S. D.

REFERENCIA: Verbal resolución contrato de promesa de compraventa.  
DEMANDANTE: LORENA BALLESTEROS SALAZAR  
DEMANDADO: FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A. y otro.  
RADICACIÓN: 2022-00035-01

ASUNTO: Sustentación recurso de apelación.

JUAN CAMILO DORADO NAVARRO, de condiciones civiles conocidas por este despacho, actuando en mi calidad de apoderado especial de la demandante LORENA BALLESTEROS SALAZAR, por medio del presente mensaje de datos me permito presentar la sustentación del recurso de apelación interpuesto en contra de la Sentencia de Primera Instancia N° 0018 del 22 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán dentro del proceso de la referencia.

#### I. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Esta parte demandante apeló la sentencia por considerar que “*existió una obligación anterior no cumplida que corresponde a la protocolización del reglamento de propiedad horizontal y por lo tanto, **si se configuraba la figura de las obligaciones de ejecución sucesiva**, y por lo tanto, si contaba con legitimación en la causa por activa Lorena Ballesteros (...) al desconocerse que esta obligación era sucesiva no se atendió la jurisprudencia citada la cual indica que una vez incumplida una de la partes la otra parte queda exonerada de su cumplimiento, y por lo tanto, para la prosperidad de la acción resolutoria no se requiere de cumplimiento ni allanamiento pues porque el incumplimiento de la parte inicial pues exime de esta obligación en este caso a la señora Lorena Ballesteros (...) hubo una indebida valoración de los elementos materiales probatorios, como de la aplicación de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil y desatención sobre todo a la Jurisprudencia Citada en los alegatos de Conclusión...*”. Por lo tanto, la presente sustentación girará en torno a la valoración probatoria y la interpretación de las normas y la jurisprudencia que la Juez de primera instancia aplicó al caso en concreto.

#### II. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO.

Para esta parte demandante y apelante es claro que las obligaciones contenidas en la promesa de contrato objeto de la demanda, debían

ejecutarse de forma sucesiva y no simultánea como concluyó la Juez de primera instancia; la jurisprudencia de la corte ha dicho que “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”<sup>1</sup> (Subrayado y negrita extra-texto). La parte demandada incumplió con la obligación contenida en la cláusula tercera del capítulo segundo de la promesa de contrato, que consistía en la protocolización del reglamento de propiedad horizontal antes de la firma de la escritura pública de venta, tramite sin el cual le era imposible a la parte demandada cumplir con su obligación de escriturar; el incumplimiento a esta obligación cuya principal consecuencia era la imposibilidad de que la promitente vendedora pudiese escriturar, eximió a la parte demandante de su deber de ejecutar la siguiente prestación a su cargo, consistente en el pago del saldo del precio; circunstancia que motivó a la parte accionante a abstenerse de realizar pagos adicionales a los ya realizados hasta la fecha pactada para la escrituración (25 de octubre de 2017).

- La adecuada motivación de las sentencias es una obligación de los juzgadores la cual tiene relevancia constitucional a tal punto que su incumplimiento es considerado una violación al debido proceso, por ejemplo, en sentencia de segunda instancia N° STC 9607 del 06 de Julio de 2017 proferida dentro de un proceso de Tutela tramitado bajo el radicado N° 2017-00106-01, Siendo Magistrado Ponente el Doctor Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, la Corte Suprema de Justicia revoco un fallo de primera instancia y en su lugar concedió el amparo del derecho al debido proceso del accionante y ordenó al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Villavicencio que dentro del proceso de resolución de contrato promovido por Luis Elber Garzón Clavijo en contra de Gloria Eugenia Suescún, emitiera la determinación que correspondiera, **motivándola adecuadamente**, atendiendo las razones consignadas en esa decisión. Dentro de las razones consignadas la honorable Corte dijo que:

“En ese orden, **no se tuvo en cuenta que existían unas obligaciones que no eran simultáneas sino sucesivas**, y por tanto, se debía constatar, inicialmente, el cumplimiento del traspaso y entrega del vehículo, libre de todo gravamen, por parte de la promitente compradora, con la finalidad de resolver lo atinente a la resolución deprecada, **estudio que brilla por su ausencia**.”

Luego, no era dable que el juzgador acusado tuviera como no legitimado al ahora accionante por no acreditar que asistiera al Centro de Conciliación el 30 de octubre de 2008, pues debió, primero, **analizar las estipulaciones del contrato con el fin de determinar, se itera, si las obligaciones eran sucesivas o simultáneas**, conforme a la jurisprudencia atrás citada.”

---

<sup>1</sup> Sentencia SC 1209 del 20 de abril de 2018, radicado 2004-00602-01, MP. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO.

- El error de la juez de primera instancia nace en el momento en que concluye que es en el otrosí suscrito el 07 de septiembre de 2017 “donde se determinan las obligaciones de los contratantes”, ignorando las demás cláusulas contenidas en la promesa de contrato y que no fueron objeto de modificación con ese otrosí, en especial la cláusula tercera del capítulo II de la promesa de contrato sobre la cual esta parte demandante hizo énfasis en la demanda, los interrogatorios de parte y los alegatos de conclusión. Al proferir sentencia la A Quo delimitó el caso en concreto y redujo el estudio de la prueba documental al citado otrosí, lo cual la condujo a que sus conclusiones sólo estuvieran basadas en las obligaciones contenidas en ese documento modificatorio y no en toda la promesa de contrato. Estas conclusiones resultan palmarias al escuchar las consideraciones y/o leer el resumen de las mismas en el acta de la audiencia, en las que la juez de primera dijo:

**“(Min: 3:01:26) Caso Concreto:** Se Plantea a esta judicatura el estudio de la resolución de contrato que obra en documentos aportados, constitutivos de la promesa de compraventa firmada el 6 de septiembre de 2016, misma que fue objeto de modificación, en cuanto a las características del bien prometido en venta, la forma de pago del precio, la fecha de entrega y la fijada para la firma de la escritura pública de compraventa **mediante otrosí, suscrito el 7 de septiembre de 2017, donde se determinan las obligaciones de los contratantes**, las que para los promitentes vendedores se contraen en la entrega del bien inmueble y la firma de la escritura pública de compraventa para la fecha pactada, esto es el 25 de octubre de 2017 y para los promitentes compradores, pagar el saldo del precio y para ambos vinculados, comparecer en la fecha pactada a las 2:00 p.m. a la Notaría 3a del Círculo de Popayán a suscribir la respectiva escritura.

Los hechos probados en el presente proceso, nos llevan a concluir que la parte demandante que en este caso la constituyen el inicial promitente comprador y su cesionaria en el 50%, según lo autorizado por el promitente vendedor, dentro del contrato cuya resolución ha sido demandada, de manera inicial dio cumplimiento a la promesa de compraventa firmada y debidamente modificada, pues pagó según lo indicado en el otrosí. Por su parte los demandados afirman haber cumplido con la obligación de entrega del inmueble, al haberlo puesto a disposición del promitente comprador según lo pactado en el contrato, **obligaciones que como bien lo afirma el apoderado de la parte demandante en sus alegatos eran sucesivas.**

Pero el meollo del asunto es **que en cuanto al momento de cumplir las obligaciones subsiguientes que se plantearon en el otrosí estas son simultáneas, es decir pagar el saldo y escriturar en el mismo momento** observamos entonces que puede considerarse que ninguna de las partes estaba en disposición de allanarse a cumplir esta obligación, la demandante con el saldo del precio, consistente en \$124.125.000 el 25 de octubre de 2017, en tanto, en primer lugar la cesionaria conforme a lo dicho en su interrogatorio, desconocía que eso era lo debido, pues si

bien afirmó en dicho acto a la pregunta del apoderado de Procal Constructores realizada en el minuto 01:09:00 que si contaba con el dinero para hacer las escrituras, afirmó que tenía \$29.000.000 y que si hubiera sido más afirma, lo habría solucionado. "(Subrayado y resaltado por el abogado).

La juez de primera instancia falló en su deber de analizar todas las estipulaciones del contrato, pues se centró únicamente en las del otrosí, por lo que no pudo vislumbrar que se trataba de obligaciones de ejecución sucesiva y no simultánea; por lo tanto, debía primero constatar el cumplimiento o no de la obligación de protocolizar el reglamento de propiedad horizontal - está probado en este proceso que esta obligación no se cumplió-; segundo, debía determinar cómo este incumplimiento afectaba la continuidad del contrato, es decir, si ante el incumplimiento de esta carga contractual los demandados podrían o no cumplir su siguiente obligación y si esta obligación eximia a los promitentes compradores de la obligación de ejecutar la siguiente prestación (pago del saldo del precio) -; Está probado en este proceso<sup>2</sup> y respaldado por las normas que regulan la materia, que conjuntamente con el trámite de protocolización tiene lugar el desenglobe de los inmuebles que conformarían la copropiedad y que sin el desenglobe no es posible la escrituración, por lo tanto, como no se protocolizo el Reglamento de Propiedad Horizontal a tiempo tampoco ni se desenglobó el objeto de la promesa, quedando probado que para el 25 de octubre de 2017 a la parte accionada le era imposible escriturar. La visión reduccionista del caso como del elemento material probatorio genera que la A Quo ignore totalmente que la obligación de protocolizar el reglamento de propiedad horizontal hacía parte de las obligaciones de ejecución sucesiva y que debía ser cumplida antes del 25 de octubre de 2017.

- Respecto a que, quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, la reiterada jurisprudencia de la corte ha venido sosteniendo que:

*"El ejercicio de la acción resolutoria no se limita al caso de que el demandante haya cumplido ya e intente, en virtud de la resolución, repetir lo pagado; se extiende también a las hipótesis en que el actor no haya cumplido ni se allanó a cumplir porque a él ya se le incumplió y por este motivo legítimamente no quiere continuar con el contrato.*

*No es siempre necesario que el contratante que demanda la resolución con indemnización de perjuicios haya cumplido o se allane a hacerlo. **Puede negarse, en los casos ya explicados, a cumplir si todavía no lo ha hecho y no está dispuesto a hacerlo porque el demandado no le cumplió previa o simultáneamente.**"<sup>3</sup> (Negrita fuera del texto)*

---

<sup>2</sup> En el interrogatorio de parte el representante legal de Procal Constructores explico que la protocolización del RPH y el desenglobe se realizan en el mismo acto.

<sup>3</sup> Sentencia SC 1209 del 20 de abril de 2018, radicado 2004-00602-01, MP. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO.

Como vemos, el criterio de la Corte es que ante el incumplimiento previo o simultáneo no se está obligado a cumplir o a allanarse a cumplirle a quien no honro a tiempo sus compromisos, quedando legitimado para reclamar la resolución con indemnización de perjuicios.

Respecto de las motivaciones que tuvo la parte demandante para no cumplir o ejecutar su obligación de pagar el saldo del precio, no tuvo en cuenta la Juez de primera instancia que, desde antes de la fecha pactada en el otrosí para la escrituración (25 de octubre de 2017) la demandante Lorena Ballesteros, ya estaba enterada de que el local prometido en venta no había sido desenglobado, trámite que tendría lugar con la protocolización del reglamento de la propiedad horizontal; ignoró que este fue el motivo principal por el cual la accionante decidió no pagar el saldo del precio; dicho en otros términos, ante el incumplimiento previo de los accionados la accionante se abstuvo de ejecutar con la siguiente obligación a cargo. Veamos lo dicho por ella en el interrogatorio de parte:

*“... Para la segunda fecha que ellos tenían para hacer papeles, me comunico con la Notaría de la ciudad de Popayán donde se iba hacer los documentos, me hacen claridad en el tema, que no se iba poder hacer dichos documentos **ya que se encontraba sin desenglobe la propiedad** sino aparecía el R12 que teníamos nosotros como local, entonces que, dicho, el proceso no se iba a poder hacer, de hacer documentos porque no estaba desenglobado, a parte que, me hicieron saber que TERRAPLAZA tenía un proceso en ese momento jurídico abierto, a lo que pues obviamente pregunto y me dicen es mejor que, o sea, que no sigas dando más dinero porque está en riesgo porque tienen un proceso jurídico ya, porque no está desenglobado, **entonces me hacen saber esto y decido por eso digamos que esperar que a lo que sucedía con el proceso de TERRAPLAZA...**”<sup>4</sup>*

(...)

*“Hay que tener en cuenta que se habla que ya están con procesos jurídicos abiertos, que en ese momento no había un desenglobe y que claramente para uno no había certeza de que realmente no pasarán temas jurídicos con TERRAPLAZA, que realmente es la realidad del centro comercial hoy, porque no es solo mi proceso el que tienen en curso, **Entonces es claro que era delicado el tema de seguir dando plata a algo que se estaba mostrando, que tenía problemas legales.** Y que en ese momento tenía problemas legales y que ahora los sigue teniendo con diferentes procesos. Entonces, **ahí es cuando tomo la decisión de no hacer el pago del restante,** aparte que la suma como lo dice el otro Sí, la suma estaba para pago en el momento de escrituración. (...)”<sup>5</sup>*

<sup>4</sup> Minuto 54:06 de la Audiencia Inicial – Archivo: 89Audiencia372Interrogatorios del expediente digital.

<sup>5</sup> Minuto 57:12 de la Audiencia Inicial – Archivo: 89Audiencia372Interrogatorios del expediente digital.

No puede olvidarse que está debidamente probado que el reglamento de propiedad horizontal como el desenglobe de los locales comerciales solo fue protocolizado hasta el 27 de diciembre de 2018, esto mediante escritura pública N° 5735 de la Notaría Tercera de Popayán; además que, según lo dicho por el representante legal de Procal Constructores solo hasta el mes de enero de 2023 empezaron con las escrituraciones de los locales comerciales del proyecto Terraplaza; por lo tanto, las dudas de la accionante no eran infundadas ni su actuar caprichoso, pues los hechos probados y mencionados en este párrafo le terminaron dando la razón.

- Si bien es cierto que dentro de su interrogatorio de parte la demandante Lorena Ballesteros manifestó que desconocía que el saldo del precio pendiente correspondía a la suma de \$124.500.000 y que solo contaba con la suma de \$29.000.000 para la fecha de escrituración (25 de octubre de 2017), no puede ignorarse que ella estaba convencida de que ese era el saldo pendiente, prueba de ello es que así se expuso en la demanda y lo manifestó al rendir su interrogatorio de parte, esto porque así se lo había manifestado su cesionario y expareja, por lo tanto, no puede decirse o **concluirse que ella no estaba en disposición de cumplir**, pues a pesar de su error en cuanto al monto, su conducta fue ajustada al principio de la buena fe, su actuar por el contrario es muestra de que su intención era darle continuidad del negocio.

Ahora bien, hemos venido planteando que la Corte ha dicho que en las obligaciones de ejecución sucesiva, quien primero incumple **automáticamente** exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación y/o de tener que allanarse al cumplimiento para que pueda reclamar la resolución con indemnización de perjuicios, en consecuencia, la accionante no tiene la carga de probar su cumplimiento ni su allanamiento, pues de esa carga quedó exonerada automáticamente cuando su contrario dejó de ejecutar su obligación de protocolizar el reglamento de propiedad horizontal; bajo estas circunstancias es preciso decir que la suma con la que contaba la demandante para la fecha de escrituración resulta irrelevante, pues ella, ante el incumplimiento previo de los accionados que hizo evidente que los demandados no cumplirían con su obligación de escriturar, decide que no entregará ninguna suma de dinero adicional, postura que es válida conforme a la jurisprudencia citada y acorde con la actual postura de la corte.

En otros términos, por tratarse de obligaciones de ejecución sucesiva, no le era dable a la juzgadora de primera instancia tener como NO legitimada a la demandante para reclamar la resolución de contrato con indemnización de perjuicios, teniendo como base que no se acreditó que tenía la totalidad del saldo del precio para la fecha de escrituración.

Con base en lo anteriormente expuesto, respetuosamente me permito solicitar se acceda a las siguientes

### III. SOLICITUDES:

PRIMERO: Revóquese el fallo de primera instancia en el que se decretó la resolución de la promesa de contrato a título de mutuo disenso tácito (recíproco incumplimiento) y en su lugar, decrétese la resolución de la promesa de contrato objeto de este proceso, teniendo como parte incumplida a los demandados FIDUCIARIA DAVIVIENDA S.A, como VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO COMERCIAL TERRAPLAZA, y PROCAL CONSTRUCTORES S.A.S en calidad de FIDEICOMITENTE Y CONSTRUCTOR RESPONSABLE, conforme a los motivos expuestos en la presente sustentación.

SEGUNDO: Que se mantenga la solidaridad de los demandados y se ordene la restitución a los señores Brent Robert Harding Carvajal y Lorena Ballesteros la suma de DOSCIENTOS CINCO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$205.500.000), **indexada y/o incrementada con la variación del IPC** a razón del 50% a cada uno de ellos.

TERCERO: Se condene a los demandados, como consecuencia de su incumplimiento a las obligaciones contraídas en la Promesa de Contrato objeto de resolución, a pagar ar a la Demandante y Cesionaria del PROMITENTE COMPRADOR (LORENA BALLESTEROS SALAZAR), por concepto de penas causadas por incumplimiento (cláusula penal), el 50% de las establecidas en los literales a) y c) de la CLÁUSULA SÉPTIMA del Capítulo II de la Promesa de Contrato, en la forma solicitada en la pretensión tercera de la demanda; haciendo extensiva la decisión al litisconsorte necesario Brent Robert Harding Carvajal.

CUARTO: Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados en ambas instancias.

De la señora Magistrada, con toda atención,



---

JUAN CAMILO DORADO NAVARRO  
C.C. N.º 1.063.809.279 de Timbío – Cauca.  
T.P. N.º 270.671 del C. S. de la J.