

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN  
SALA CIVIL - FAMILIA**

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR: MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES**

Popayán, veintidós (22) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

**OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Corresponde resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, frente a la Sentencia dictada en primera instancia por el JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, el 25 de agosto de 2021 [*remitida a este Tribunal y por múltiples requerimientos, solo el 10 de febrero de 2022*], dentro del proceso ejecutivo singular promovido SANDRA LILIANA HURTADO LONDOÑO, CRISTOBAL SOLARTE BOLAÑOS y CARLOS FERNANDO PEREZ RUIZ, en contra de LIGA CAUCANA DE FÚTBOL.

**LA DEMANDA Y SUS PRETENSIONES<sup>1</sup>**

Solicitó la parte demandante, librar mandamiento de pago en contra de la **LIGA CAUCANA DE FÚTBOL**, cuyo presidente es el señor **FREDY ORLANDO GÓMEZ CANENCIO**, por la suma de **DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS m/cte**

---

<sup>1</sup> Acta de reparto en primera instancia el 05 de noviembre de 2019.

**(\$200.000. 000.00)**, valor de la cláusula penal por incumplimiento, pactada en el contrato de promesa de compraventa celebrada entre los ahora ejecutantes y ejecutada.

Paralelamente, pidieron librar mandamiento de pago por los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal sobre la suma anterior, desde el 28 de agosto de 2019, hasta el pago total de la obligación y condenar en costas a la parte vencida<sup>2</sup>.

### **LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA DEMANDA**

Para la Sala, tienen la calidad de hechos y es relevante reseñar los siguientes:

1. El 28 de enero de 2015, en reunión de asamblea ordinaria, se autorizó al comité ejecutivo vender una parte de los predios que pertenecen a la Liga Caucaña de Fútbol, denominada comúnmente como "*parque de la salud*".

2. Los señores SANDRA LILIANA HURTADO LONDOÑO, CRISTOBAL SOLARTE BOLAÑOS y CARLOS FERNANDO PEREZ RUIZ, celebraron un contrato de promesa de compraventa con el señor FREDY ORLANDO GÓMEZ CANENCIO, en calidad de representante legal de la Liga Caucaña de Fútbol.

3. En la promesa de compraventa se pactó la siguiente cláusula penal:

---

<sup>2</sup> El juzgado de primera instancia libró mandamiento de pago mediante auto interlocutorio del 04 de diciembre de 2019 en la forma pedida en la demanda.

*"Quinta - cláusula penal: Las partes acuerdan que el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la cláusula tercera y cuarta del presente contrato darán lugar al reconocimiento y pago de la parte cumplida o que se haya allanado a cumplir de una pena de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000), los cuales deberán ser pagaderos al día siguiente del incumplimiento de esta obligación y, en caso de no pagarse, generarán intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida y certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia..."*.

4. El dos (2) de agosto de dos mil diecinueve (2019), las partes suscribieron un otrosí al contrato de promesa de compraventa, donde, entre otras, se modificaron las cláusulas primera y cuarta del contrato inicial, dejando vigente la cláusula penal por incumplimiento.

5. La parte demandante manifiesta que se "allanó" a cumplir sus obligaciones y que, al no hacerlo la demandada, debe pagar la citada cláusula penal.

#### **LA POSICIÓN DE LOS EJECUTADOS**

Frente al mandamiento ejecutivo librado por el despacho, el apoderado de la ejecutada, se refirió a los hechos de la siguiente manera:

1. En reunión extraordinaria de la Asamblea de Asociados de la Liga Caucaña de Fútbol realizada el 28 de marzo de 2015, se autorizó al comité ejecutivo para la venta parcial del predio denominado "Parque de la Salud", decisión adoptada con el ánimo de sanear las deudas que aquejan a la Liga Caucaña de Fútbol.

2. El día 13 de julio de 2019 se firmó la promesa de compraventa con los señores CRISTÓBAL SOLARTE BOLAÑOS y la señora SANDRA LILIANA HURTADO LONDOÑO, por un valor de DOS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$2.455.000.00), valor adeudado por la LIGA CAUCANA DE FÚTBOL por concepto de impuesto predial a la Alcaldía de Popayán y servicios públicos de acueducto y alcantarillado a la Empresa de Acueducto de Popayán S.A. E.S.P.; los demandantes se comprometieron a realizar el pago del valor fijado como precio el día 15 de noviembre de 2019.

3. Se fijó como fecha de perfeccionamiento de la promesa de compraventa y protocolización de la Escritura Pública el 30 de diciembre de 2019, a las 10:00 A.M. en la Notaría Segunda del Círculo Registral de Popayán.

4. El día 02 de agosto de 2019 se hizo un otrosí al contrato de promesa de compraventa, en él se incluyó al señor CARLOS FERNANDO PEREZ RUIZ como promitente comprador, y se modificaron cláusulas de la promesa de compraventa. No se realizaron variaciones en lo referente a la fecha del pago del precio en la forma estipulada en la cláusula tercera, ni de la suscripción de la Escritura Pública el día 30 de diciembre de 2019, la cual no se firmó por incumplimiento de los ahora ejecutantes, razón por la cual, la obligación ejecutada es inexistente e inexigible.

Con fundamento en ello, la demandada interpuso como excepciones las que denominó CONTRATO NO CUMPLIDO e ILEGALIDAD DEL COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL CON

INTERESES, última frente a la cual añadió que de aceptarse el cobro de intereses *"estaríamos frente al evidente cobro doble de una sanción"*.

### **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La *A quo*, el veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiuno (2021), dictó sentencia por escrito, declarando probada la excepción de mérito propuesta por el apoderado de la parte demandada: *"EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO"*.

Subrayó la juez de primera instancia que, en la formulación de las excepciones, la promitente vendedora allegó documentos que dan cuenta que los promitentes compradores no pagaron el precio acordado, pues a 31 de diciembre de 2019 continuaban adeudando impuesto predial, y, a la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Popayán, erogaciones que debían hacerse como parte del precio pactado en el contrato preparatorio.

En ese orden, expresó: ... *"Como los promitentes compradores no cumplieron con su obligación principal que es la de pagar el precio, en consecuencia no están facultados por activa para interponer la demanda ejecutiva para el cobro de la cláusula penal, en cuanto que el artículo 1594 solo los faculta para demandar la obligación principal del vendedor si ellos hubieran cumplido con el pago del precio, no encontrando eco el argumento de que la demandada engañó a los compradores, manifestándoles que en el lote de terreno se podían adelantar obras de construcción, en cuanto que la liga los autorizó para adelantar los trámites pertinentes para lograr permisos de uso del suelo, petición que si bien fue negada, indicó a los compradores, que la petición debía*

*ser llevada ante el consejo municipal, no allegándose por los demandantes que hubieran realizado la solicitud ante el órgano municipal competente, por lo cual no era pertinente que esa carga procesal se revirtiera a la demandada en cuanto que esta los autorizó para adelantar las gestiones pertinentes para que se les permitiera hacer el uso del suelo en el terreno prometido en venta, además los promitentes no cumplieron con la carga impuesta que era la de pagar el precio..."; todo ello aunado a que los ejecutantes, a diferencia de la ejecutada, no comparecieron "el 30 de diciembre de 2019 en la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Popayán" a firmar la escritura pública correspondiente.*

### **LA APELACIÓN**

La parte ejecutante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia solicitando revocarla y, en su lugar, aceptar las pretensiones propuestas y seguir adelante con la ejecución.

Al desarrollar los reparos concretos formulados al interponer el recurso, expuso que:

1. La A Quo desconoció o aplicó indebidamente las normas y la jurisprudencia relativa a la excepción de contrato no cumplido.

2. La A quo valoró en forma indebida las pruebas practicadas y: (i) dejó de aplicar el otrosí al contrato de promesa de compraventa que se celebró válidamente; (ii) Alteró la causa del negocio jurídico, el contenido obligacional del contrato y su sentencia; (iii) desconoció que la parte ejecutante se allanó a

cumplir sus obligaciones; (iv) Ignoró que el ejecutado desconoció las suyas y, en especial, aquellas que, válidamente, adquirió en el otrosí; (v) desconoció que estaban reunidos los presupuestos sustanciales para seguir adelante con la ejecución.

3. La juez de primera instancia se equivoca al señalar que la obligación de reconocer y pagar la cláusula penal no ha nacido y confunde la causa del negocio jurídico con las obligaciones que de él se desprenden.

Explicó que conforme a la prueba documental anexa al expediente y lo confesado por el representante legal de la ejecutada, puede verificarse que fue la Liga Caucana de Fútbol la que incumplió *"con una obligación previa y esencial del contrato que servía de base para la ejecución ..., esto es, la obtención de la viabilidad de uso de suelo, que permitiera cumplir con la esencia de lo contratado"*, máxime cuando lo prometido en venta según reza el contrato sería utilizado para realización de proyectos urbanísticos, concluyendo que se trataba de un contrato con obligaciones sucesivas sin que fuera válido alegar la excepción de contrato no cumplido por quien incumplió primero la obligación, pues en ese evento, la otra parte queda eximida de ejecutar la siguiente prestación.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**PRESUPUESTOS PROCESALES.** Se advierte que las exigencias necesarias para que se estructure la relación jurídico-procesal, se cumplen y ello permite adoptar decisión de fondo. El juzgado de primera instancia era el

competente para emitir Sentencia en primera instancia, en razón a la cuantía del proceso y el domicilio de la ejecutada, la capacidad para comparecer se observa cumplida y se acata el requisito de la demanda en forma - artículos 82 y siguientes del CGP.

**La legitimación en la causa** se encuentra cumplida pues el promitente comprador es el que alega el pago de la cláusula penal por parte del promitente vendedor, con fundamento en un título ejecutivo recogido en la promesa de compraventa y su otro sí, suscritos por ambas partes.

#### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO**

Con las anteriores precisiones, acorde con lo resuelto por la *A quo* y, especialmente, conforme a los motivos expuestos por el apelante, corresponde a la Sala resolver el siguiente interrogante:

**¿Debe revocarse la sentencia que declaró probada la excepción de contrato no cumplido interpuesta por la parte ejecutada, y, en su lugar llevar adelante la ejecución?**

**TESIS DE LA SALA:** No debe revocarse la sentencia de primera instancia, al estar probada la excepción de contrato no cumplido, propuesta por la parte ejecutada, lo que impedía llevar adelante la ejecución, atendiendo la literalidad en que fue pactada la cláusula penal que dio lugar a la presente ejecución.

**EL PROCESO EJECUTIVO Y SU REGULACIÓN LEGAL.**

El proceso ejecutivo, a diferencia de los demás procesos, parte de la existencia de un derecho cierto y definido, cuya finalidad se circunscribe a la satisfacción de ese derecho, en virtud de lo cual la acción ejecutiva solo la tiene el titular de una obligación ceñida a las reglas formales y sustanciales que prevé el artículo 422 del C.G.P., disposición legal que delimita los documentos que prestan mérito ejecutivo y señala los requisitos que éstos deben contener.

Al tenor del aludido precepto, sólo pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles, que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba en su contra, o las emanadas de una sentencia judicial o de la confesión, en los términos del artículo 184 *ibidem*.

De esa manera, cuando la acción ejecutiva se impulsa al cumplimiento de una obligación de pagar determinada suma líquida de dinero, así como las demás prestaciones de dar, hacer, o no hacer, necesariamente debe tener como fuente la existencia de un documento que recoja en su integridad las condiciones determinadas por el legislador en el citado artículo 422, demarcadas por elementos sustanciales y formales; los primeros, conocidos como los requisitos básicos relacionados con la claridad, expresividad y exigibilidad de la obligación, en tanto que su aspecto formal, se refiere a la necesidad de que el derecho subjetivo reclamado, conste en un documento que provenga del deudor o de su

causante, o que se trate de alguna de las actuaciones judiciales o administrativas expresamente determinadas en ese precepto.

Los elementos sustanciales implican entre otros aspectos y como ya se dijo, que la obligación sea: clara, esto es, que sea inteligible, patente, evidente obvia, por su simple lectura y no devenga de suposiciones; expresa, es decir, que se indique la voluntad inequívoca de crearla y la forma en que debe ser satisfecha, y, exigible, por haberse verificado el plazo o la condición fijados para su cumplimiento, o siendo una obligación pura y simple se haya reconvenido al deudor judicialmente.

#### **CASO CONCRETO:**

-En el *sub examine*, se arrió como título ejecutivo el contrato de promesa de compraventa suscrito el 13 de julio de 2019, entre SANDRA LILIANA HURTADO LONDOÑO, CRISTOBAL SOLARTE BOLAÑOS y CARLOS FERNANDO PEREZ RUIZ, y, la LIGA CAUCANA DE FÚTBOL y el otro sí firmado el 02 de agosto de 2019.

-El citado contrato expresa en el "ítem" denominado "consideraciones", "que en reunión extraordinaria correspondiente a la Asamblea de afiliados del pasado 28 de marzo de 2015, se reconoce la difícil situación que atraviesa la LIGA CAUCANA DE FÚTBOL con ocasión de las deudas correspondientes al impuesto predial y los servicios públicos, y por tal razón, se autorizó al Comité Ejecutivo ... "vender una parte del parque de la salud con el fin de quedar a paz y salvo con la deuda

*predial y salvar los predios de la liga y no poner en riesgo el patrimonio e intereses de la liga”, en ese orden la cláusula primera del acuerdo es del siguiente tenor:*

*“Cláusula primera: Objeto: El prometiende vendedor se obliga a vender a los prometientes compradores, y a su vez, los prometientes compradores se obligan a comprar, común y pro indiviso, una parte del predio de mayor extensión identificado con matrícula inmobiliaria 120-11146, la cual tiene asociadas dos cédulas catastrales 0102036100100 y la 010200310003000, el cual se vende y compra como cuerpo cierto, según la siguiente descripción: Lote de terreno ubicado en la carrera 6 No. 22N-20 de conformidad con los siguientes linderos: i) Por el sureste en la calle 22N, 36-93 metros desde el andén que, en esa esquina, corresponde al establecimiento de comercio el Cafetal Burguer en línea recta hasta donde termina un establecimiento de comercio destinado al Gimnasio Romanos y que colinda con la ciclovía, ii) Por el noreste, 42.95 metros en línea recta sobre el lindero de la esquina de la Calle 22 N con la carrera 6N y 6.5 metros en línea curva sobre el lindero de la bahía vehicular de la calle 6N iii) Por el sureste, 57.87 metros en línea recta que colinda con la ciclovía; iv) Por el noreste, 43.83 metros en línea recta desde el lindero de la ciclovía hasta el andén de la carrera 6, colindando con lo que resta del parque de la salud”. En la cláusula sexta, se dice que una vez realizada la entrega material del inmueble los prometientes compradores procederán a alinderarlo y fijarle los mojones correspondientes.*

*-Del restante clausulado se exaltan las siguientes:*

*“Cláusula Tercera: Precio. El valor de la presente promesa de compraventa es de \$2.455.000.000 que corresponde al saldo insoluto de las obligaciones que, a la fecha de la presente negociación y sus tratativas, la LIGA CAUCANA DE FÚTBOL tiene por concepto de impuesto predial con el MUNICIPIO DE POPAYÁN y*

*servicio público con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO...”, pagos que el parágrafo primero reza, debían hacerse el 15 de noviembre de 2019.*

*“Cuarta (modificada por el otro sí) - Obligaciones: A cargo del promitente vendedor: EL PROMITENTE VENDEDOR se obliga: (i) Autorizar a los PROMITENTES COMPRADORES para que obtengan, por su cuenta, la licencia de subdivisión requerida para suscribir la escritura pública de conformidad con las normas urbanísticas vigentes y, para ello, cuenta con un mes desde la firma del presente escrito. En caso de no requerirse licencia de subdivisión, EL PROMITENTE VENDEDOR se obliga a obtener, de parte de la CURADURÍA URBANA, un certificado en tal sentido para efectos de que haga parte integrante de la Escritura Pública mediante la cual se perfeccione la venta prometida en este negocio jurídico, para cumplir con esta última obligación, EL PROMITENTE VENDEDOR cuenta con un mes a partir de la firma de la presente promesa de compraventa. (ii) Autorizar a los PROMITENTES COMPRADORES para la gestión de prescripciones, condonaciones o los paz y salvo correspondientes al impuesto predial y el servicio público a favor de la empresa de ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN S.A. E.S.P. y, para ello, deberá suscribir la documentación que sean exigidos por cada uno de ellos en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contados desde la firma de la presente promesa de compraventa. (iii) Firmar la Escritura pública necesaria para perfeccionar la transferencia del bien prometido en venta y descrito con sus linderos en este contrato, incluyendo el acto de desenglobe del predio de mayor extensión, el 30 de diciembre de 2019 en la Notaría segunda del Círculo Notarial de Popayán a las 10:00 a.m. Para la firma del contrato de compraventa, los PROMITENTES COMPRADORES podrán entregar información de terceros que, junto con ellos celebrarán la escrituración correspondiente bien sea común y proindiviso o en fracciones que serán objeto de desenglobe según los linderos que los PROMITENTES COMPRADORES establezcan, siempre que sea viable la*

*subdivisión en los términos propuestos por los PROMITENTES COMPRADORES. En caso de no poderse realizar la subdivisión propuesta por los PROMITENTES COMPRADORES, la escrituración se realizará en favor de ellos sin tener en cuenta a los terceros. (iv) EL PROMITENTE VENDEDOR se obliga a reembolsar a los PROMITENTES COMPRADORES el mayor valor de impuesto predial o servicio público de acueducto y alcantarillado que existe a favor del Municipio de Popayán o la empresa de ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN S.A. E.S.P. si al realizar el pago se adeuda una suma de dinero mayor a la prevista en este contrato de promesa de compraventa. Para tal efecto, EL PROMITENTE VENDEDOR deberá cancelar este valor dentro de los cinco (5) días siguientes al requerimiento que, para tal efecto, deberán hacer los PROMITENTES COMPRADORES a EL PROMITENTE VENDEDOR acompañado de una copia en donde conste el mayor valor pagado por cualquiera de dichos conceptos. (v) Al día siguiente del pago del saldo insoluto del impuesto predial a favor del Municipio de Popayán y la obligación pendiente con la empresa de ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN S.A. E.S.P., según lo previsto en la cláusula tercera de la presente promesa de compraventa. EL PROMITENTE VENDEDOR se obliga a ceder en favor de los PROMITENTES COMPRADORES los contratos de arrendamiento, verbales o escritos, que existan sobre los siguientes establecimientos de comercio: (i) Gimnasio Romanos; (ii) Estanco Avenida Bar y los que llegaren a existir sobre el inmueble prometido en venta. (vi) EL PROMITENTE VENDEDOR, a los quince días siguientes a la fecha de la suscripción del presente OTROSÍ a la promesa de compraventa, se compromete a obtener la viabilidad del uso de suelo y el uso de suelo donde se evidencie la vocación del predio prometido en venta para desarrollar proyectos urbanísticos de carácter comercial y/o residencial." (Subrayas fuera de texto).*

-En esencia, lo planteado por los ejecutantes, es que estuvieron prestos a "allanarse" a sus obligaciones, pero que al incumplir las de su cargo la ejecutada,

debe cancelar la cláusula penal impuesta en el contrato.

-Sobre la cláusula penal, el contrato estipula en las cláusulas quinta y décima:

*"Quinta - cláusula penal: Las partes acuerdan que el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la cláusula tercera y cuarta del presente contrato darán lugar al reconocimiento y pago de la parte cumplida o que se haya allanado a cumplir de una pena de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000), los cuales deberán ser pagaderos al día siguiente del incumplimiento de esta obligación y, en caso de no pagarse, generarán intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida y certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia..*

*Décima. Cláusula resolutoria. El incumplimiento de las obligaciones contenidas en las cláusulas tercera y cuarta dará lugar a la terminación del contrato y la correspondiente indemnización de perjuicios, o, si así lo escoge la parte cumplida, le habilitará para pedir su cumplimiento y la correspondiente indemnización de perjuicios. En ambos casos, la estimación de los perjuicios se realizó de forma anticipada en la cláusula quinta del presente contrato, monto que las partes acuerdan y consienten libremente..."* (Negrillas y Subrayas fuera de texto).

-En este caso, se entiende que los ahora ejecutantes, optaron por pedir la correspondiente "indemnización de perjuicios", esto es, el valor pactado en la cláusula penal que obró como una estimación anticipada de ellos

**(cláusula compensatoria)**<sup>3</sup>, en tanto no se observa pacto expreso e inequívoco, para tener la cláusula como una sanción convencional<sup>4</sup> que permita acumular esta y la referida indemnización.

-Bajo la égida del artículo 1602 del Código Civil, se entiende que el contrato celebrado entre las partes era ley para los contratantes, lo que trae aparejado que estuviese llamado a ser cumplido y amén de su fuerza obligatoria, las partes estaban compelidas a atenderlo so pena que su incumplimiento fuera sancionado.

-Igualmente se subraya, que los contratantes acordaron de manera previa, la cuantía en que serían reparados los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales (\$200.000.000), lo que así quedó especificado en la cláusula penal por incumplimiento, última que de conformidad con el artículo 1592 del Código Civil *"es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o*

---

<sup>3</sup> La cláusula penal compensatoria tiene por función **avaluar los perjuicios del incumplimiento** total o parcial de la obligación, y la compensatoria asegurar **los perjuicios del retardo en el cumplimiento (pactada por el simple retardo)**.

<sup>4</sup> "La razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato..." (SC170-2018)

*hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal".*

-Esa estipulación (cláusula penal) exime además a quien la reclame, de la carga de probar la cuantía y la naturaleza de los perjuicios, pues ha dicho la Corte que estos se presumen "*juris et de jure*", sin que por regla general y tal como se dejó plasmado en apartes anteriores, puedan acumularse para su cobro esta y aquéllos, salvo estipulación en contrario (artículo 1600 Código Civil) y sin que ese aspecto [cuantía y naturaleza] determine per sé quién está legitimado en su cobro.

-Al margen de las discusiones existentes vía judicial y doctrinaria en torno al mérito ejecutivo de la cláusula penal, tras considerarse v.g. **i)** Que primero debe ser probado y declarado el incumplimiento en un proceso declarativo, al estar condicionada (condición suspensiva) la pena a un hecho futuro e incierto (Artículos 1530, 1536, 1542<sup>5</sup>, 1592<sup>6</sup>, 1594<sup>7</sup> del C.C. y 427<sup>8</sup> del C.G.P.), lo cierto es que en el *sub examine*, se abrió paso a la vía ejecutiva y nadie refutó que no

---

<sup>5</sup> "no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente"

<sup>6</sup> la pena se hace exigible cuando el deudor "no ejecuta o retarda la obligación principal"

<sup>7</sup> "Antes de constituirse el deudor en mora [si la obligación es positiva], no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal...".

<sup>8</sup> que prescribe que para hacer exigible ejecutivamente una obligación condicional debe allegarse con la demanda "la prueba del cumplimiento de la condición".

fuera este el trámite para las disputas que finalmente dieron lugar a la Sentencia que ahora es materia del recurso vertical.

-Así las cosas, entiende la Sala que nadie en este proceso refutó sobre la existencia o validez de la promesa de compraventa y el otro sí que modificó su clausulado, no obstante, la ejecutada alegó (artículos 442 CGP, 1609<sup>9</sup> y en el 1757 del Código Civil), no existir el incumplimiento en los términos a ella endilgados, ni el allanamiento a cumplir por parte de la ejecutante, denominando su medio exceptivo como "contrato no cumplido".

-Sobre la excepción de contrato no cumplido ha dicho la Corte<sup>10</sup>:

*"El principio básico sobre el cual reposa la exceptio non adimpleti contractus, es la equidad. Por consiguiente, para que tenga cabida la excepción de inejecución, se requiere en primer lugar, que exista entre las partes una relación bilateral obligatoria, en la que la parte perseguida sea efectivamente deudora de una prestación emanada de esa relación, y al mismo tiempo acreedora de una contraprestación no efectuada aún por la otra. En segundo lugar, se requiere que el contratante a quien se demanda la ejecución, no se halle forzado por el contrato a satisfacer primero su obligación".*

---

<sup>9</sup> "Ninguno de los contratantes se encuentra en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla con sus obligaciones o esté dispuesto a cumplirlas según lo acordado".

<sup>10</sup> CSJ, Sala de Casación Civil, providencia del 16 de mayo de 2002, expediente 6877, M.P. Jorge Santos Ballesteros.

-Las partes arrimaron al proceso, prueba documental relativa a la promesa de compraventa, otro sí a ese contrato preparatorio, recibos de impuesto predial con valor a pagar a 31 de diciembre de 2019 por \$586.571.000, 1.687.309.000, respuesta al Oficio No. 2019-113-052214-2, del 19 de diciembre de 2019, en el que se informan los valores adeudados a esa fecha por concepto de servicio público de acueducto y alcantarillado, acta de presentación número 79, de la Notaria Segunda de Popayán, en la que se hace constar que el 30 de diciembre de 2019 se presentó el presidente de la ejecutada a firmar la escritura pública de compraventa sin que hicieran presencia los ejecutantes, y, oficio con radicación 201919103588971, del 28 de agosto de 2019 suscrito por el Secretario de Planeación de la Alcaldía Municipal, en los siguientes términos:

*"En atención al asunto de la referencia y de conformidad a la solicitud, comedidamente me permito informarle que se sometió a consideración del COMITÉ TÉCNICO de la Secretaría de Planeación oficio del 16 de agosto de 2019, en el que se revisó el uso de suelo del predio No. 010200310003000, ubicado en la carrera 6 con calle 22 norte, cerca al Estadio Ciro López, el cual de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial - POT está clasificado como ZONA RECREATIVA Y DEPORTIVA Z -RD y se evaluó su requerimiento para construir locales comerciales, determinando INVIABLE su solicitud, debido al uso que tiene el predio, el cual no puede ser modificado por este Despacho, siendo potestad exclusiva del Consejo Municipal de Popayán, según la normatividad legal vigente".*

-Igualmente, se agotaron interrogatorios de parte a los prometientes compradores y al presidente de la

prometiente vendedora, indicando los primeros que estuvieron prestos a cancelar los valores adeudados por impuesto predial y servicio público de acueducto y alcantarillado, pero "*prefirieron tener la plata en la mano*" [interrogatorio de Cristóbal Solarte Bolaños] y esperar el cumplimiento de las obligaciones de la Liga, agregando que [interrogatorio de Carlos Fernando Pérez] habían realizado "*la gestión para conseguir el dinero*" con recursos propios y otros "*préstamos*" que se "*gestionarían*" para tal efecto; añadiendo el Presidente de la liga que los prometientes compradores no se presentaron a firmar la escritura de venta y tampoco pagaron el precio pactado, sin que se obtuviera viabilidad del uso de suelo y el uso de suelo donde se evidencie la vocación del predio prometido en venta para desarrollar proyectos urbanísticos de carácter comercial y/o residencial.

-Así las cosas y como lo excepcionado fue el incumplimiento del contrato con fundamento en el cual se abrió paso al cobro compulsivo, la Sala finca su mirada nuevamente, en la **literalidad** de la cláusula penal, según la cual esta solo se abre paso por "*el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la cláusula tercera y cuarta*", del contrato y da lugar [Así se reafirma en la cláusula décima] a su reconocimiento a favor de "**la parte cumplida o que se haya allanado a cumplir**", lo que no acontece en este caso, pues las cláusulas 3 y 4 del contrato cuyo observancia era **concurrente**, según la misma redacción del contrato, obligaba a que se observara el pago del precio, la existencia de la viabilidad del uso de suelos, la licencia de subdivisión, la firma de la

escritura pública y el desenglobe del predio de mayor extensión, lo que aquí no aconteció y en todo caso, tampoco se probó que los ejecutantes se hubiesen allanado a cumplir sus obligaciones.

-En ese sentido, tal como se reseñó anteriormente, obran las respuestas a los oficios y/o los recibos de pago que permiten observar como adeudados los valores que comprendían el precio pactado en el contrato preparatorio y aunque los ejecutantes dijeron estar prestos a pagarlo, solo obran sus propios dichos sin ningún otro respaldo probatorio [principio de comunidad de la prueba], con los que pretendieron comprobar que tenían el dinero o lo habían gestionado para tal efecto, lo que en verdad no determina que pudieran satisfacer el requisito impuesto por las mismas partes al estipular la cláusula penal, que de ella sería beneficiaria la "la parte cumplida o que se allanara a cumplir el contrato", y se itera, siempre que estuviesen incumplidas de manera concomitante y concurrente, todas las obligaciones pactadas en las cláusulas tercera y cuarta del contrato, por lo que en verdad, resultaba inane que la A Quo determinara quien estaba forzado primero a honrar sus obligaciones, pues la pena no estaba condicionada de esa manera y tampoco exoneraba de las prestaciones a la otra parte en la forma que ha querido hacerlo ver la parte aquí apelante.

-Al debatirse, en esencia, si existe el carácter y la condición o no de contratante cumplido, lo cierto era que a voces de lo dispuesto en los artículos 167, 422 y 430 del Código General del Proceso, así se debía

probar, todo ello al margen de otros análisis no propuestos en sede de apelación que solo vendrían a respaldar la imposibilidad de continuar la ejecución en el entendido que ni la expresividad, ni la exigibilidad, puede derivarse del pacto realizado por las partes donde en verdad, no se señala ni se especifica de quien fue el incumplimiento y se supedita a la inobservancia conjunta de las obligaciones del clausulado y no siendo suficiente con eso, al allanamiento y el cumplimiento de quien quiera hacerse acreedor a la cláusula compensatoria; todo lo cual, obliga a confirmar la Sentencia de primera instancia haciendo la condena en costas correspondiente.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, SALA CIVIL-FAMILIA,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: Confirmar** la sentencia dictada el veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiuno (2021) por el JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO, dentro del proceso EJECUTIVO SINGULAR promovido por los señores SANDRA LILIANA HURTADO LONDOÑO, CRISTOBAL SOLARTE BOLAÑOS Y CARLOS FERNANDO PEREZ RUIZ, en contra de la LIGA CAUCANA DE FÚTBOL.

**SEGUNDO: Condenar** a la parte ejecutante, aquí apelante, al pago de las costas generadas en esta instancia. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a UN (01) SMLMV, las que se liquidarán conforme lo establece el artículo 366 del CGP.

PROCESO EJECUTIVO SINGULAR 190013103006-2019-00157-01

PROCESO EJECUTIVO.

SANDRA LILIANA HURTADO LONDOÑO, CRISTOBAL SOLARTE BOLAÑOS Y CARLOS FERNANDO PEREZ RUIZ vs LIGA CAUCANA DE FÚTBOL.

APELACIÓN SENTENCIA.

**TERCERO:** En firme **Comunicar** las actuaciones surtidas en esta instancia al Juzgado de origen.

Los Magistrados,



**MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES**



**JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA**



**DORIS YOLANDA RODRIGUEZ CHACÓN**