

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL - FAMILIA**

**Magistrado Ponente
MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA**

Ref.: Juzgado: 13001310300520070052202

Tribunal: 2013-369-01

Aprobado mediante acta No.134

**Cartagena de Indias D.T. y C., diecinueve (19) de junio de
dos mil quince (2015)**

Pasa a resolverse el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de junio 26 de 2013, proferida por la Jueza Quinta Civil del Circuito de Cartagena, dentro del proceso ordinario de ALFREDO DEL CAMPO Y CIA S EN C. contra URBANIZADORA GABON S.A. EN LIQUIDACION.

ANTECEDENTES

1. La sociedad ALFREDO DEL CAMPO Y CIA S EN C. promueve acción ordinaria contra URBANIZADORA GABON S.A. EN LIQUIDACION, solicitando la resolución del contrato de compraventa suscrito mediante escritura pública No 4820 del 23 de diciembre de 1997, de la Notaría Segunda del Círculo de Cartagena, como

consecuencia, se ordene a la demandada restituir el bien, pagar los perjuicios, la cláusula penal y la cancelación de las inscripciones en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Como sustento fáctico se compendia el siguiente:

a. Mediante escritura pública No 4820 del 23 de diciembre de 1997, de la Notaría Segunda del Círculo de Cartagena, la sociedad ALFREDO DEL CAMPO Y CIA S. EN C., transfirió el dominio y posesión del Lote B, que formó parte de la finca Villa Soledad, costado izquierdo carretera la Cordialidad, con un área de 75.000 m2.

b. Que en la escritura se consignó como precio \$ 103.000.000, pagaderos conforme a la cláusula segunda del contrato, pero el precio real de venta fue de \$1.030.000.000, como quedó estipulado en la cláusula tercera del contrato de promesa de compraventa del 13 de diciembre de 1997.

c. La compradora se sustrajo al pago de varias de las cuotas pactadas, las que estaban garantizadas con títulos valores –pagarés -, que a la fecha no han sido descargados.

d. El bien objeto del contrato fue entregado a la compradora en la fecha de otorgamiento de la escritura pública.

e. La compradora hipotecó el bien a favor de Banco Tequendama S.A. hoy BANCO GNB SUDAMERIS S.A., quien aceptó la garantía a pesar que no se renunció a la condición resolutoria por falta de pago.

2. Por auto de 8 de febrero de 2008, se admite la demanda (fl. 222 C1), en donde se ordena vincular como terceros al BANCO GNB SUDAMERIS S.A., al liquidador de la URBANIZACION GABON S.A. EN LIQUIDACION y PROMOTORA DE COMERCIALIZACION INDUSTRIAL PROFIN S.A., una vez notificados entran a contestar en los siguientes términos:

2.1. URBANIZADORA GABON S.A. EN LIQUIDACION: se opone a las pretensiones de la demanda, en punto de los hechos acepta como ciertos el hecho primero, quinto, y octavo, los demás no son ciertos o se opone a ellos. A su vez, propuso las excepciones de "carencia de derecho para demandar la resolución del contrato" y "falta de fundamentos fácticos y jurídicos para demandar".

En concreto, sostiene, que la compradora cumplió con su obligación de pagar el precio al punto que se registró la escritura, que de haber sido cierto que el precio no era el real debió ejercitar la acción rescisoria por lesión enorme. Que el predio fue garantizado con pagarés los que no han sido cobrados ejecutivamente o presentados en el acuerdo de reestructuración ni en el proceso de liquidación obligatoria, esto porque el pago se hizo.

2.2. BANCO GNB SUDAMERIS S.A., y PROMOTORA DE COMERCIALIZACION INDUSTRIAL PROFIN S.A.: fueron notificados por aviso y no contestaron la demanda.

3. Trabada la relación jurídico procesal, se surte la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil (fl. 244 C1), acto seguido por auto de 13 de mayo de 2010 se abre el proceso

a pruebas (fl. 254 C1), una vez evacuadas en su mayoría se corre traslado para alegar y se profiere sentencia negando las pretensiones.

EL FALLO DE INSTANCIA

Parte por sostener que la escritura pública que contiene el negocio jurídico que se fustiga hace fe del pago del precio al tenor del artículo 1934 del Código Civil, salvo, prueba en contrario.

Y que aunque se aporta una promesa de compraventa en donde se estipula otro precio, no se puede establecer a ciencia cierta cuál de los dos fue el precio real, no siendo posible en este proceso entrar a estudiar una eventual lesión enorme.

Dice, que no es posible establecer si todos los pagarés otorgados fueron para pagar el precio, fuera que no se ejecutaron las acciones cambiarias.

Y remata diciendo, que no se puede acudir a la resolución del contrato sin haber aportado los originales de los pagarés en cumplimiento a lo reglado en el artículo 882 del Código de Comercio.

EL RECURSO DE APELACION

Le enrostra al fallo de instancia, una interpretación sesgada de la norma, porque las escrituras públicas pueden ser desconocidas por las mismas partes y en este caso la actora fue parte de la relación negocial.

Que en la demanda propuso la nulidad absoluta de la escritura de venta debido a que el precio allí estipulado no era el real, como se demostró con la promesa de venta y los pagarés.

Concluye, que los originales de los pagarés no fueron aportados debido a que reposan en el trámite de la liquidación obligatoria de la demandada, en donde se hicieron parte, como bien lo había informado.

CONSIDERACIONES

1. No se echan de menos ninguno de los presupuestos procesales necesarios para un pronunciamiento de fondo, en el entendido que, la actora, es persona jurídica que acredita su existencia y representación, en tanto, los ejecutados son personas naturales con capacidad de goce y ejercicio, amén que en ambos casos, legitiman sus derechos a través de procurador judicial.

En punto de la competencia, se encuentra debidamente radicada en los Juzgados Civiles del Circuito de esta ciudad, atendiendo el lugar donde se encuentra ubicado el bien hipotecado, el domicilio de los ejecutados y la cuantía. Por último, la demanda contiene los requisitos mínimos de forma requeridos por la ley adjetiva.

2. Todo contrato legalmente celebrado constituye ley para los contratantes como lo determina el artículo 1602 del Código Civil, que corresponde al desarrollo del principio *res inter alios acta*, en esa medida, en los contratos sinalagmáticos, como la compraventa, va envuelta la condición resolutoria prevista en el artículo 1546 *ibídem*,

que le permite a la parte cumplida solicitar de manera alternativa la resolución o el cumplimiento con indemnización de perjuicios¹.

En los contratos de compraventa, los intervinientes en la relación comercial, pueden pactar que la obligación principal del comprador que es la de pagar el precio conforme a los artículos 1849 y 1928 *ejúsdem*, sea cubierto a través de títulos valores, en cuyo caso la obligación queda sometida a una condición resolutoria –*cesio pro solvendo*–, salvo, se estipule que la obligación queda extinguida o novada – *cesio pro soluto*–, conforme a las reglas previstas en los artículos 643 y 882 del Código de Comercio, en este último cuando dice:

“La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera.

Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo.

Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año”.

Bajo las anteriores premisas cuando se entregan títulos valores de contenido crediticio como pago de una obligación, para poder ejercitar las acciones causales o derivadas del negocio genitivo, se deben dar los siguientes presupuestos: a) que se conserve la acción

¹ Ver sobre el carácter alternativo de la acción Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia octubre 22 de 2003, expediente 7451, Ponente Doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

cambiaría, b) que no se haya pactado una *cesio pro soluto*, c) que el título valor se aporte al proceso o se preste caución y, d) que el título no se haya descargado.

In casu, está probado que la sociedad ALFREDO DEL CAMPO Y CIA S. en C., suscribió un contrato de compraventa de un bien inmueble con la sociedad URBANIZADORA GABON S.A., conforme a la escritura pública 4.820 de diciembre 23 de 1.997 de la Notaría Segunda de Cartagena (fls. 33 a 46 C1), estipulando en la cláusula segunda del instrumento público citado, que el precio sería cancelado a través de cuotas respaldadas con títulos valores – pagaré-.

La sociedad vendedora presenta acción resolutoria del contrato de compraventa de marras, el 18 de diciembre de 2007, pero no aporta los originales de los títulos valores, aduciendo que se aportaron al proceso de liquidación obligatoria de la sociedad URBANIZADORA GABON S.A., para hacer valer el crédito, sin haber presentado caución para garantizar los eventuales perjuicios.

Brota con claridad meridiana, que si la tenedora de los títulos valores los hizo valer dentro del proceso de liquidación obligatoria, como se afirma en la demanda, declinó la resolución del contrato, por la potísima razón, que al reclamar el pago de los pagarés está utilizando uno de los mecanismos judiciales para exigir el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso, para ese momento le quedaba vedado acudir a la otra opción que le confería el artículo 1546 del Código Civil, por el carácter alternativo que tienen.

En términos precisos, el vendedor, frente al incumplimiento contractual que le endilga a la otra parte, contaba con la acción

resolutoria, siendo de su libre albedrío escoger el aniquilamiento del contrato o el cumplimiento del mismo, en este último caso, utilizando dos vías: acudiendo al proceso ordinario solicitando el cumplimiento del contrato, o, tomando el camino más expedito exigiendo el pago de los títulos valores, y en cualquiera de los dos casos, declina la resolución del contrato.

Fuera de ese yerro, como fue utilizar las dos opciones que le confiere la acción resolutoria en forma paralela, se omite cumplir con presupuestos necesarios para acudir a la acción causal, dentro de ellos aportar los originales de los títulos valores, como muestra inequívoca de renunciar al perfeccionamiento del contrato, evitando de la misma manera un doble cobro, en su lugar, debió prestar caución para garantizar los eventuales perjuicios, como nada de eso se hizo la acción estaría llamada al fracaso.

Y si por algún momento aceptáramos que los pagarés son los que se aportan en copias (fls. 81 a 86 C1), la conclusión sería insoslayable, la acción cambiaria directa de todos los pagarés estaría prescrita al tenor del artículo 789 del Código de Comercio, atendiendo la presentación de la demanda de resolución del contrato – 18 de diciembre de 2007 -, habida cuenta que un presupuesto de la acción causal es que para el momento que se ejercita, se entreguen los títulos valores y la acción cambiaria se encuentre vigente.

3. De vieja data la Corte Suprema de Justicia ha decantado el tema al decir:

“En efecto, la necesidad de presentar el título valor entregado como pago de una obligación que autoriza el art. 882, surge también de la condición resolutoria que lleva implícita. Según el art. 1546 del C. C. aplicables a todos los contratos bilaterales, como atrás se dijo, el incumplimiento de la

obligación de una de las partes confiere a la otra que si cumplió o que al menos se allanó a hacerlo, un derecho alternativo que puede ejercer a su arbitrio: pedir la resolución del contrato o exigir su cumplimiento, en ambos casos con indemnización de perjuicios a cargo del contratante que haya incumplido.

Estos dos derechos son contrapuestos y por tanto se excluyen recíprocamente. El ejercicio simultáneo de ambos es un imposible jurídico. De consiguiente, cuando una prestación originada en contrato se ha satisfecho en la forma que autoriza el art. 882, para el ejercicio de la acción resolutoria respectiva derivada del no pago del título valor, requiérese sine qua non que el acreedor demandante lo presente para acreditar que lo tiene en su poder y que no está descargado, o "dando caución, a satisfacción del juez de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo", como lo dispone dicho artículo. Esa presentación del título valor insoluto o el otorgamiento de la garantía, en su caso, son los únicos que lo habilitan para ejercer el derecho a demandar la resolución del contrato, pues con ellos exterioriza su deseo de utilizar en ese sentido la alternativa que le confiere el art. 1546.

De acuerdo con las normas generales, si el acreedor le bastara con demostrar la existencia de la obligación originaria o fundamental, esto es, la nacida del contrato, y con afirmar que el deudor no la ha satisfecho, para en tal virtud demandar la resolución, en el caso especial del art. 882 del C. de Co. ese acreedor como tenedor del título valor que recibió en pago de aquella obligación, bien podría exigir igualmente que éste le fuera pagado. Más aún, esa posibilidad de cobro del título valor la tendría cualquier endosatario o tenedor del mismo, que sería tercero en el contrato que le dio origen. Esta mera posibilidad debe precaverse y evitarse a todo trance, porque comportaría nada menos que el ejercicio simultáneo de los derechos que en forma alternativa concede para los contratos bilaterales el art. 1546 del C. C., lo que es absurdo. La única manera de impedir que se produzca esa ocurrencia, a todas luces inmoral e injurídica, es precisamente la de exigir al demandante en acción resolutoria de contrato bilateral que presente el título valor que había recibido en pago de la obligación a su favor, del cual

aparezca que no ha sido rechazado o descargado de cualquier manera, como claramente lo dispone el art. 882 del C. Co., o que preste la caución a que dicha norma se refiere para garantizar al deudor los perjuicios que pueda causarle, entre los cuales está la posibilidad del ejercicio simultáneo de la acción resolutoria y de la cambiaria derivada del título valor. (CSJ, sal cas, civil, sent. 11 de oct. de 1978, G.J., t. CLVIII, No 2399, p. 260 José María Esguerra Samper)

En un pronunciamiento más reciente afirmó:

“En conclusión, cuando el actor percatado de que el pago convenido por la transferencia de las acciones, no le fue cumplido, habida cuenta que los cheques recibidos con ese propósito no se hicieron efectivos, tenía la opción de ejercitar la acción cambiaria propia de dichos documentos u optar por la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, pero en una u otra hipótesis, como lo reivindicó el Tribunal, debía devolver los cheques impagados y de no hacerlo, le correspondía prestar caución para garantizar los posibles perjuicios que por esa omisión pudieran originársele a su emisor; sin embargo, como quedó evidenciado en el proceso, ni lo uno ni lo otro acometió y, por esa razón, no le asiste la posibilidad de sacar adelante su causa resolutoria, por la que había optado, tal cual quedó explicitado precedentemente. (CSJ, sal. Cas. Civil, sent. Octubre 3 de 2013, exp. Exp. 11001 3103 004 2004 00413 01, Pte Dra Margarita Cabello Blanco)

Siguiendo dicho lineamiento jurisprudencial, en el sub examen, la misma parte actora afirma que se hizo parte dentro del proceso liquidatorio de la demandada para hacer valer los títulos valores aportados como base de ejecución, no para buscar la resolución del contrato, ejercitando a la par acción ordinaria para resolver el contrato, lo que a voces de la Corte resulta inadmisibles, fuera que, dentro de la acción causal – resolución del contrato-, no se cumplen los presupuestos necesarios para su ejercicio, luego, en ese entendido el

fallo de instancia debe ser confirmado y se debe condenar en costas en segunda instancia al apelante.

DECISION

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

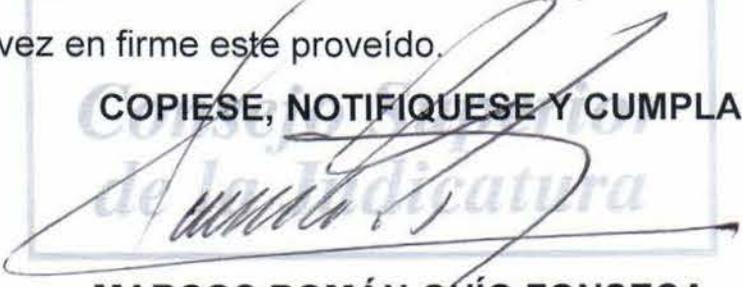
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR sentencia de junio 26 de 2013, proferida por la Jueza Quinta Civil del Circuito de Cartagena, dentro del proceso ordinario de ALFREDO DEL CAMPO Y CIA S EN C. contra URBANIZADORA GABON S.A. EN LIQUIDACION.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte apelante. Fijar como agencia en derecho en esta instancia \$ 3.500.000oo.

TERCERO: ORDENAR devolver el expediente a su lugar de origen una vez en firme este proveído.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA
Magistrado Ponente


OMAR ALBERTO GARCIA SANTAMARIA
Magistrado


RAMON ALFREDO CORREA OSPINA
Magistrado