



Álvaro Hoyos Gómez
Consultoría jurídica empresarial

Pereira, febrero 23 de 2.022

Honorable Magistrado
JOSE DAVID CORREDOR ESPITIA
MAGISTRADO SUSTANCIADOR TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
E. S. D.

Referencia: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN
Demandante: LUIS FERNANDO JARAMILLO BOTERO
Demandados: CARLOS ALFREDO ENDO PLATA
DIANA ANDREA PLATA NOREÑA
Radicado: 76-001-31-03-012-2020-00174-01

Como apoderado del señor **LUIS FERNANDO JARAMILLO BOTERO** demandante principal y demandado en reconvenición me permito sustentar dentro del término legal recurso de apelación a la sentencia de primera instancia No. 266 proferida de la demanda principal y de reconvenición, notificada por estado número 103 de fecha 20 de octubre de la presente calenda.

Reparo a la decisión declarada probada la excepción de mérito de contrato no cumplido y de resolución de contrato.

Sustentó la señora juez la decisión doctrinal y jurisprudencialmente y de manera extensa los presupuestos sobre la **responsabilidad civil contractual** y las razones para la prosperidad de la misma.

Indica que: “La parte que exige la resolución o cumplimiento debe haber cumplido todas y cada una de las obligaciones a su cargo”

De igual manera y como sustento de lo anterior manifiesta: “Que para el buen suceso del reclamo el demandante, que este haya asumido una conducta acatadora de sus débitos”

Siguiendo con su sustento doctrinal indica que “Quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación porque esta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada”.

“Así las cosas, el contratante que primero vulneró la alianza queda desprovisto de la acción resolutoria, mientras que su contendor si la conserva a pesar de que también dejo de acatar la prestación siempre que su actuar se encuentre justificado en su inexigibilidad por previa omisión de aquel.”



Álvaro Hoyos Gómez
Consultoría jurídica empresarial

“Igualmente, si la pretensión invocada no es la resolución sino el cumplimiento del pacto, quien así lo demanda requiere haber honrado sus compromisos o haberse allanado a hacerlo, aún en el supuesto de que su contraparte no lo haya hecho previamente.”

“En resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió, así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que este debía acatar de manera preliminar”

Si bien es cierto que mi Poderdante el señor **LUIS FERNANDO JARAMILLO BOTERO**, incumplió con las obligaciones que tenía a cargo, no es menos cierto que los demandados **DIANA ANDREA PLATA NOREÑA** y el señor **CARLOS ALFREDO ENDO PLATA**, no hicieron lo propio con los deberes jurídicos que estaban en la esfera de su responsabilidad, entre los cuales se encontraba la adjudicación de los bienes en proceso de sucesión.

Todo lo anterior para indicar que mi poderdante el señor **LUIS FERNANDO JARAMILLO BOTERO**, no probó el presunto incumplimiento de los vendedores y acreditó su propio cumplimiento como contratante y dando sustento a la excepción de mérito de contrato no cumplido presentada por los demandados y a la pretensión principal de resolución de contrato la demanda de reconvención.

Teniendo en cuenta lo manifestado respecto a esta excepción encuentra el despacho que no debe prosperar respecto a la acción de cumplimiento presentada por el demandante **LUIS FERNANDO JARAMILLO BOTERO**, y prosperar la acción principal de la reconvención, (resolución del contrato) pues ese extremo procesal, no probó haber dado cumplimiento a las obligaciones pactadas en el contrato de promesa de compraventa en relación a las sumas de dinero y fechas en las cuales debían ser canceladas, fechas que para esta instancia judicial no fueron modificadas mediante la suscripción de un otro si de mutuo acuerdo, ni tampoco de manera verbal, por la totalidad de los contratantes.

Para el caso que nos atañe ambas partes incumplieron, los demandados **DIANA ANDREA PLATA NOREÑA** y **CARLOS ALFREDO ENDO PLATA**, al no finalizar el respectivo proceso sucesorio que tenían pendiente para la adjudicación de una parte de los bienes, en virtud de la adquisición que habían hecho de unos derechos herenciales sobre dichos bienes y por otro lado el demandante **LUIS FERNANDO JARAMILLO BOTERO**, estaba sujeto a dicha adjudicación para proceder con la escrituración y posterior desembolso del crédito hipotecario. Se hace necesario anotar que sin estar la escritura a favor del señor **LUIS FERNANDO JARAMILLO BOTERO**, e inscrita la garantía hipotecaria no era posible el desembolso del crédito hipotecario a que se hizo referencia en el contrato. Así las cosas dicha inscripción de la garantía hipotecaria era requisito **SINE QUA NON**, para el desembolso de las sumas de dinero, sin importar quien incumplió primero.



Es importante leer detenidamente el contrato por cuanto las partes pactaron varias cosas a las que el juzgador les resto importancia y que fueron sustentadas tanto en la demanda principal como en la demanda de reconvención tales como que las partes renunciaron expresa y contractualmente al incumplimiento, al establecer en la cláusula novena lo siguiente: **ARRAS**: Las partes acuerdan arras por un valor de **TREINTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$30.000.000)**, de acuerdo con este pacto, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras perdiéndolas y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas. Además, las partes podrán hacer efectivo el pacto sin acudir a la vía jurisdiccional, ocurrido lo cual se entenderá que las partes quedan en libertad por causa del incumplimiento, **sin que haya lugar a la aplicación de lo dispuesto en el Código Civil, artículos 1935 a 1938 régimen al cual las partes renuncian expresamente.** (*Subrayado y negrilla fuera del texto*). Reitero lo anotado con anterioridad de que el juzgador no le dio la importancia a dicho acuerdo y no hizo referencia alguna a dicho pacto de los contratantes, es decir, a la renuncia por cualquier incumplimiento, y por el contrario indicó que para este caso claramente nos encontrábamos frente a unas arras de retracto pactadas en el contrato promesa de compraventa objeto de este proceso, en el cual, a raíz del incumplimiento del contrato por parte del promitente comprador **LUIS FERNANDO JARAMILLO BOTERO**, no había sido posible llevar a buen término el objeto contractual. Manifestó el juzgador: “Dicho ello, el demandado en reconvención **LUIS FERNANDO JARAMILLO BOTERO**, por ser la parte incumplida inicialmente, perderá por concepto de arras la suma de **TREINTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$30.000.000)**, de los dineros entregados a los promitentes vendedores como abono al precio de la compraventa.”

Pues bien, entre lo ya anotado y probado en el proceso queda claro que no se está ante un caso de incumplimiento contractual sino frente a un caso de estancamiento contractual, pues está probado el ir y venir de las partes en el proceso, por lo que ninguno de los contratantes ostenta legitimación para solicitar la resolución del contrato, lo que indica la equivocación del juzgado al declarar probada la excepción de contrato no cumplido, denegar la totalidad de las pretensiones y declarar probado el incumplimiento del contrato en la demanda de reconvención y como consecuencia declarar resuelto el contrato con las otras condenas solicitadas.

Tal y como se ha probado en el proceso y lo he manifestado en el presente escrito ambas partes incumplieron y no se trata de definir cuál incumplió primero, es decir, aquí no se tiene cabida el principio de: “Quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación porque esta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada”. Lo anterior por cuanto la parte vendedora conocía de las dificultades de llevar a cabo el proceso sucesorio y de la necesidad de este para llevar a cabo adelante el proceso sucesorio pues está establecido en el contrato que:



“Sin embargo tienen plena conciencia que el pago del inmueble prometido en venta esta sujeto a un desembolso de crédito hipotecario por parte de la entidad “BANCOLOMBIA”. Por lo cual si el banco determina que la escritura pública de compraventa debe otorgarse en una notaría distinta...” (Las negrillas son mías)

En idéntico sentido se pronuncia la cláusula séptima del contrato: **ENTREGA: “...Los promitentes están plenamente conscientes que la entrega del predio se hará en el momento de que la entidad pertinente haga el efectivo registro de la sucesión y el desembolso del banco”** (las negrillas son mías).

“En Colombia, se entiende con claridad que en los contratos bilaterales cuando una de las partes incumple, la solución jurídica está dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil (C. C.). Pero, ¿qué pasa cuando el incumplimiento contractual es recíproco y simultáneo? En ese escenario, la solución debe recaer en una interpretación conjunta de los artículos 1609 y 1546 del C. C., para evitar caer en las tesis del estancamiento contractual o mutuo disenso tácito. Lo anterior en atención a las siguientes razones:

“Para efectos de detectar el incumplimiento de un contrato, necesariamente se deben revisar varios presupuestos, como lo son: (i) la existencia de un contrato bilateral válido, (ii) el incumplimiento de una de las partes contratantes y (iii) el cumplimiento o la disposición a cumplir por parte del otro. Obsérvese que estos presupuestos deben estar acompañados de un incumplimiento de relevancia, pues no toda separación de lo estipulado en el contrato por parte del deudor habilita al acreedor a solicitar la aniquilación del contrato”.

Cuando se cumple lo anterior, el contratante cumplido o que se allanó a satisfacer sus deberes podrá optar por solicitar al juez la resolución o el cumplimiento forzado del contrato junto con la indemnización de perjuicios. Esta solución se prevé claramente en el artículo 1546 del C. C., la cual no ha dado motivo alguno a otras interpretaciones por parte de la jurisprudencia.

“Al contrario del incumplimiento contractual unilateral, el incumplimiento recíproco y simultáneo no ha tenido una línea clara de solución. Supongamos el escenario en que una de las partes acuda al juez solicitando la terminación o cumplimiento forzoso del contrato y el demandado se defiende diciendo “yo no cumplo hasta tanto usted no cumpla” (C. C., art. 1609) y, a su vez, demande en reconvencción.”

Ante esta problemática no es posible acudir a la solución del artículo 1546 del C. C., pues no hay un solo deudor incumplido. Esta situación generaría un juego de ir y venir entre las partes del proceso, lo que nos llevaría a pensar en un estancamiento contractual, esperando a que una de las partes acceda a cumplir su obligación o que fenecieran las acciones judiciales.



Álvaro Hoyos Gómez
Consultoría jurídica empresarial

Es necesario resaltar que el estancamiento contractual no sería una postura admisible. Los usuarios de la administración de justicia no esperan que un juez de la República les diga que ante el incumplimiento recíproco simultáneo no se puede hacer nada. De ahí que surja la tesis del mutuo disenso tácito acogida por la Corte Suprema de Justicia en 1970, para decir que los contratos se deshacen como se hacen.

En otras palabras, el contrato se puede aniquilar si así lo convienen las partes, ya sea de forma expresa o tácita (C. C., art. 1625). Frente a tal postura, en fallo del 7 de diciembre de 1982, con ponencia del magistrado Jorge Salcedo Segura, se indicó que la tesis del mutuo disenso ignora los hechos y las pretensiones de quien acude al juez. No podría concebirse que uno de los contratantes inconforme solicite las prerrogativas del artículo 1546 del C. C. y que el juez le indique que la realidad de la situación es la existencia de un incumplimiento de ambas partes y, por ello, se debe dar aplicación al mutuo disenso tácito.

Esta postura es esclarecedora, al resaltar que la figura del mutuo disenso tácito no requiere de declaración judicial. Si las partes están de acuerdo en terminar el contrato, sale a relucir la pertinente pregunta: ¿para qué, entonces, la demanda si las partes se encuentran en paz?

Antes de analizar la solución propuesta por la Corte Suprema de Justicia a esta problemática, es necesario destacar que la configuración del incumplimiento contractual recíproco y simultáneo debe pasar ciertos criterios, para reconocer que, efectivamente, estamos ante dicha figura, a saber:

- 1. Criterio Cronológico:** Si un incumplimiento es previo al otro, no despoja al contratante que esperaba un cumplimiento anterior para dar continuidad a su obligación de iniciar la acción resolutoria.
- 2. Criterio de Causalidad:** Entendido que un incumplimiento genera el otro.
- 3. Criterio de Proporcionalidad:** Requiere que el incumplimiento sea grave, por ejemplo, que sea una obligación principal y no accesoria, que sea cuantitativamente considerable o que sea capaz de afectar la confianza.

Precisa la Corte, que para estar en presencia del incumplimiento contractual recíproco y simultáneo, esta figura **no debe** cumplir con los dos primeros criterios, pero sí con el último, cometido por las partes vinculadas al proceso. (Subrayado fuera del texto).



Álvaro Hoyos Gómez
Consultoría jurídica empresarial

Es importante destacar que se cumple el criterio de **PROPORCIONALIDAD**, en el entendido que se desprende o se está supeditado a la adjudicación de una parte de los bienes en un proceso sucesoral, para cumplir con el pago el cual corresponde a una obligación principal.

Por lo que el señor **JARAMILLO BOTERO**, confió en que los demandados y demandantes en reconvencción dieran oportuna solución al proceso sucesoral, para continuar con la negociación de dichos bienes, que como se ha mencionado en repetidas ocasiones, necesitaba de la escritura pública para proceder con el desembolso del crédito hipotecario. Motivo que era bien conocido por los **PROMITENTES VENDEDORES**.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC 1662-2019, concluyó que en el incumplimiento recíproco y simultáneo no hay lugar a la resolución estipulada en el artículo 1546 del C. C., pues ninguno de los contratantes tiene la legitimación para hacer uso de este. No obstante, la alta corporación ofrece la solución a este nudo gordiano aplicando una interpretación conjunta de los artículos 1546 y 1609 del C. C.

La alta corporación parte por indicar cuál es el verdadero significado del artículo 1609 del C. C.: "... En los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente".

Acogiendo esta interpretación, la Corte señala que ante el incumplimiento recíproco los efectos de la mora no se producen para ninguna de las partes, ni efectos como el cobro de perjuicios o la activación de la cláusula penal.

También es clara al indicar que el artículo 1609 del C. C. no impide que se apliquen las acciones principales que tiene el acreedor ante el incumplimiento contractual, como el cumplimiento forzoso o la resolución. Bajo ese entendido, la Sala Civil interpreta el artículo 1609 armónicamente con el 1546 del C. C., para decir que, en los eventos del incumplimiento recíproco, las partes no están en mora, por lo que no se producen los efectos de la misma, pero sí quedan disponibles las acciones principales del acreedor que brinda el artículo 1546 del C. C.



Álvaro Hoyos Gómez
Consultoría jurídica empresarial

Así las cosas, en el ordenamiento jurídico colombiano, el incumplimiento contractual unilateral de contratos sinalagmáticos, donde una de las partes satisfizo sus obligaciones o se allanó a la realización de las mismas, podrá ejercer las acciones de resolución o cumplimiento forzado, en ambos supuestos con indemnización de perjuicios. Por su parte, en el escenario del incumplimiento recíproco simultáneo, cualquiera de los contratantes podrá solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del contrato, pero sin lugar a indemnización de perjuicios o activación de la cláusula penal”.

Para concluir; retraduzco lo indicado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sede de Casación en idéntico sentido:

“El Código de don Andrés Bello fue el primero en el mundo que reguló el fenómeno del mutuo incumplimiento en los contratos bilaterales. Es nuestro famoso artículo 1609(...) La norma es de una claridad extraordinaria (...) Con su simple lectura se encuentra su verdadero sentido. Que si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos está en mora. En parte alguna el artículo dice que en los contratos bilaterales los contratantes pierden la acción resolutoria o ejecutiva dejando de cumplir. Si ambos han incumplido ninguno de los dos contratantes está en mora (...) Pero ambos, pueden a su arbitrio, demandar la obligación principal sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Este es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que (...) es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada (...) Corolario de lo anterior es que hay lugar a dos formas de resolución o ejecución de los contratos bilaterales, a saber: a) Cuando uno solo incumple y el otro sí cumple. En tal evento hay lugar a la resolución o ejecución con indemnización de perjuicios, y **b) cuando ambos contratantes incumplen, caso en el cual también hay lugar a la resolución o ejecución, pero sin indemnización de perjuicios y sin que haya lugar a condena en perjuicios o cláusula penal.** Debe además, puntualizarse que la acción de resolución por incumplimiento tiene su fundamento legal en el artículo 1546 (y en el 1930 para el caso de la compraventa), y que con la interpretación que se viene propiciando del artículo 1609, tal situación no se cambia. Lo que ocurre es que frente a ese artículo 1546, la interpretación tradicional de la excepción de contrato no cumplido enervaba la totalidad de la pretensión, es decir, impedía la resolución o la ejecución, al paso que ahora, con la presente interpretación, esa excepción enerva apenas la pretensión indemnizatoria consecencial dejando incólume ora la resolución, ora el incumplimiento deprecados”. (Subrayado y negrilla fuera del texto)



Álvaro Hoyos Gómez
Consultoría jurídica empresarial

Con respecto a la pronunciación de la Honorable Corte y como se ha indicado en repetidas ocasiones, el pago de los bienes objetos de la promesa de compraventa, estaban supeditados a la escrituración de los mismos, para el posterior desembolso de un crédito hipotecario.

Por lo que no se dable la resolución del contrato sino la ejecución del mismo, pues el mutuo disenso tácito, es aplicable cuando ambas partes se encuentran de acuerdo en la terminación del contrato, sin embargo para el caso que nos atañe el señor **LUIS FERNANDO JARAMILLO**, ha solicitado continuar con el proceso de negociación y por lo tanto requiere de una declaración judicial.

Así las cosas, su Señoría, es fundamental resaltar que el señor **LUIS FERNANDO JARAMILLO**, siempre ha actuado de buena fe, que desde el inicio de este litigio ha indicado que estuvo siempre supeditado al cumplimiento de una de las obligaciones que tenían los señores **DIANA ANDREA PLATA NOREÑA** y **CARLOS ALFREDO ENDO PLATA**. Situación que como indique quedó plasmada dentro del contrato promesa de compraventa, por lo que mi representado esperaba que a la finalización del proceso sucesorio; los demandados hubiesen suscrito la escritura pública de compraventa; realidad distinta, pues lo siguiente que ocurrió fue la terminación unilateral por parte de los aquí demandados.

Del Honorable Magistrado

ÁLVARO HOYOS GÓMEZ
C.C. No. 10.101.412 de Pereira.
T.P. No. 40911 del C. S. DE LA J.
Email.alvarohoyosg@consultoriajuridicaempresarial.com.co



Álvaro Hoyos Gómez
Consultoría jurídica empresarial

Bibliografía

Sentencia SC3666-2021-2012-00061-01, agos. 25/21.

CSJ, S. Civil, Sent. SC1662-2019, jul. 5/19.

- CSJ, S. Civil, Sent. 41001-3103-004-1996-09616-01, dic. 18/19.

- CSJ, S. Civil, Sent. del 7 de diciembre de 1982, proceso ordinario de Luis Guillermo Aconcha contra Antonio Escobar. *Gaceta judicial*, CLXV, págs. 345 a 347.

- <https://www.ambitojuridico.com/edicion-impresa> 30 de agosto al 12 de septiembre de 2021