

*República de Colombia  
Rama Judicial del Poder Público  
Jurisdicción Ordinaria*



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali  
Sala Civil*

***Referencia Completa:***

***Rad. Única Nal:*** 76001-31-03-011-2021-00096-01

***Radicación interna:*** 4653

***Proceso:*** Verbal de Cumplimiento de Contrato

***Demandante:*** Mauricio Ramírez Giraldo

***Demandado:*** Marcelo Serrano Delgado

***Motivo:*** Apelación Sentencia

Magistrado Sustanciador:

**JULIÁN ALBERTO VILLEGAS PEREA**

Santiago de Cali, veintidós (22) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Discutido y aprobado mediante Acta No. 1364 de la Sala Virtual de la fecha.

**1. INTROITO**

Con sujeción a lo dispuesto por el artículo 320 del C.G.P., procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali a través de la que negó las pretensiones de la demanda de la referencia.

**2. ESCENARIO DESCRIPTIVO**

**2.1 HECHOS RELEVANTES**

### **2.1.1 En los Antecedentes**

**2.1.1.1** Actuando a través de apoderado judicial, el señor MAURICIO RAMÍREZ GIRALDO, formuló demanda en contra de MARCELO SERRANO DELGADO, a fin de que, previo el trámite de un proceso verbal se ordene, como pretensión principal, el cumplimiento del contrato de promesa de permuta celebrado entre ambos el 28 de febrero de 2019, junto con el pago de la cláusula penal y perjuicios morales.

De manera subsidiaria, solicitó que se declare la resolución de dicho contrato y, como consecuencia de ello, que se ordene al demandado que restituya el apartamento prometido en permuta junto con los frutos civiles generados a la fecha y el pago de perjuicios en términos de lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 1546 del Código Civil, al tiempo que ofreció la devolución en dinero del valor del lote No. 31B ubicado en el parque industrial Caucadesa recibido como parte del precio, cuya tradición sí se completó y su propiedad se encuentra en la actualidad en cabeza de un tercero.

### **2.1.2. En la demanda**

**2.1.2.1** El 28 de febrero de 2019, los señores MAURICIO RAMÍREZ GIRALDO, quien se denominó el promitente permutante 1, y MARCELO SERRANO DELGADO en calidad de promitente permutante 2, celebraron contrato de promesa de permuta mediante el cual el señor Mauricio Ramírez Giraldo enajenaría al señor MARCELO SERRANO DELGADO el siguiente bien inmueble: apartamento No. 602 de la Torre 1 que hace parte del Conjunto Residencial Miracolina Propiedad Horizontal, ubicado en la carrera 78 A No. 131- 91 de la ciudad de Bogotá D.C. y que comprende los garajes Nos: 5, 6, 21, 22 y el depósito No. 3 del mismo conjunto residencial; inmueble

identificado con número de matrícula inmobiliaria 50-N-20611107 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá D.C. El precio del bien se pactó en la suma de \$1.050'000.000.00.

**2.1.2.2** Como parte del precio a pagar, el señor Marcelo Serrano Delgado prometió permutar a favor de MAURICIO RAMIREZ GIRALDO la siguiente propiedad: Lote No. 31B con un área de 4.106.15 mts<sup>2</sup>, ubicado en el parque industrial Caucalesa, km. 43 Municipio de Santander de Quilichao, vía Cali Popayán - Cauca, inmueble identificado con número de matrícula inmobiliaria 132- 56018401, cuyos linderos especiales y generales se encuentran descritos en la escritura pública No. 708 de marzo 30 de 2012. Este bien se avaluó en la suma de \$600.000.000

**2.1.2.3** El excedente del precio, o sea, la suma de \$450.000.000 *“los completaría el señor MARCELO SERRANO DELGADO pagando la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS EN EFECTIVO Y LOS CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS EXTINGUIENDO LA HIPOTECA CONSTITUIDA SOBRE EL INMUEBLE, A FAVOR DEL BANCO SANTANDER COLOMBIA, hoy BANCO ITAU.”*

**2.1.2.4** La escritura pública para solemnizar la permuta se correría *“en la notaría 22 del Círculo de Cali el día 30 de abril de 2019 a las diez de la mañana”*.

Así *“Mauricio Ramírez, adquiriría la propiedad distinguida como lote No. 31B con un área de 4.106.15 (cuatro mil ciento seis punto quince) mts<sup>2</sup>, ubicado en el parque industrial Caucalesa, km. 43 Municipio De Santander de Quilichao, vía Cali Popayán –Cauca, FMI 132- 56018401”* y *“Marcelo Serrano Delgado se haría propietario del apartamento No. 602 de la torre uno que hace parte del conjunto residencial Miracolina Propiedad Horizontal, ubicado en la carrera 78 A No. 131-*

*91 de la ciudad de Bogotá D.C., y quedaba obligado a pagar la hipoteca constituida sobre el bien inmueble a favor de Banco Itau, antes Banco Santander de Colombia.”*

**2.1.2.5** Mediante otro sí al contrato de promesa del día 30 de abril de 2019, los contratantes fijaron el 16 de mayo de 2019 en la misma hora y notaría, como nueva fecha para firmar las escrituras públicas.

**2.1.2.6** EL 8 de mayo de 2019, el señor MARCELO SERRANO DELGADO suscribió en la Notaría 22 del Círculo de Cali la Escritura Pública No. 819 registrada el 27 de los mismos mes y año, mediante la cual, por autorización de MAURICIO RAMIREZ GIRALDO, *“transfirió al señor DANIEL MONTES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.486194 el inmueble distinguido como lote No. 31B con un área de 4.106.15 (cuatro mil cientos seis punto quince) mts<sup>2</sup>, ubicado en el parque industrial Caucalesa, km. 43 Municipio de Santander de Quilichao, vía Cali Popayán – Departamento del Cauca, FMI 132- 56018401”*, entendiéndose de esa manera pagada la suma de \$600.000.000 de pesos.

Los cincuenta millones de pesos restantes fueron depositados por Marcelo Serrano Delgado en las cuentas dispuestas por el demandante.

**2.1.2.7** Dentro de las obligaciones contraídas por el demandado Marcelo Serrano se encontraba la de transferir la propiedad del lote No. 31B del parque industrial Caucalesa *“libre de todo gravamen y con un contrato de arrendamiento a cinco años”* con la Sociedad Kelly Foods International S.A., y levantar la hipoteca que lo grababa. No obstante, *“ninguna de esas cosas se cumplió, puesto que ni se canceló la hipoteca ni el inmueble se encontraba arrendado”*.

**2.1.2.8** Mediante un nuevo otro sí del 16 de mayo de 2019, los contratantes pactaron que la escritura pública de venta del apartamento 602 de la torre uno que hace parte del conjunto residencial Miracolina Propiedad Horizontal, ubicado en la carrera 78 A No. 131-91 de la ciudad de Bogotá D.C., junto con sus cinco parqueaderos y bodega, se suscribiera el “28 de junio de 2019”.

**2.1.2.9** La escritura pública de traspaso del señalado apartamento No. 602 y sus cinco parqueaderos “se haría, por autorización del señor MARCELO SERRANO DELGADO a nombre de la sociedad “SANCHEZ & SONS S.A.S.” representada por el señor JUAN GUILLERMO SANCHEZ OCAMPO con quien el permutante MARCELO SERRANO DELGADO habría negociado; modificación que aceptó Mauricio Ramírez Giraldo.”

No obstante, “A punto de suscribir la escritura que se menciona en el hecho inmediatamente anterior, el señor JUAN GUILLERMO SANCHEZ, en representación de la sociedad “SANCHEZ & SONS S.A.S.”, ofreció que a título de compensación, pagaría al señor MAURICIO RAMIREZ, la suma de \$20'000.000 con el fin de que durante un año se sostuviera el crédito hipotecario, oferta que aceptó el señor MAURICIO RAMIREZ; esto es, que al mes de junio de 2020 debería estarse cancelando el gravamen, pago y cancelación del crédito hipotecario. A esa fecha no se ha hizo ni el pago ni la cancelación del gravamen.”

**2.1.2.10** “Los pagos de amortización del crédito hipotecario y cuotas de administración, no fueron pagados de manera oportuna, generándose una mora que el Banco Itau demandó ejecutivamente haciendo valer el gravamen hipotecario constituido sobre el bien. Dichos pagos le correspondía realizarlos al permutante MARCELO SERRANO DELGADO o la persona que él dispuso para habitar el inmueble.”

**2.1.2.11** La existencia del proceso ejecutivo y embargo del inmueble objeto de permuta “*impidió que se corriera la escritura de venta*”.

### **2.1.3 En el desarrollo procesal**

**2.1.3.1** Notificado en debida forma de la demanda, el demandado se opuso a las pretensiones de la demanda y adujo en su defensa excepciones de mérito que denominó:

*“OBLIGACIONES EXTINGUIDAS POR NOVACIÓN”, “CONTRATO NO CUMPLIDO”, “BUENA FE DE LOS DEMANDADOS”, “MALA FE DE LOS DEMANDANTES”, “FALTA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA LA SOLICITUD DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LOS DEMANDANTES”* y la *“INNOMINADA O GENÉRICA”*.

En síntesis, señaló que el presente asunto no se halla verificado el cumplimiento de los presupuestos legales para que pueda demandarse el cumplimiento forzado del contrato pues no existe incumplimiento de su parte, por el contrario, expone que fue el demandante quien no cumplió el contrato y, en tal sentido, que *“no puede invocar la condición resolutoria tacita (sic) señalada en el artículo 1546 del Código Civil”*.

En tal sentido, afirma que cumplió con las obligaciones a su cargo relacionadas con el pago del precio por valor de \$650.000.000, representados en la tradición del lote No. 31B ubicado en el Parque Industrial Caucadesa a favor de la persona que indicó el demandante al momento de efectuarse la correspondiente escritura pública, así como el pago del dinero pactado en efectivo a través de consignaciones bancarias efectuadas según instrucciones del señor Ramírez Giraldo a distintas cuentas bancarias.

En torno de la obligación de pagar el crédito hipotecario afirma que aquella fue “cedida” a favor de un tercero y que tal cesión fue aceptada por el demandante quien así lo confiesa en la demanda.

Asegura que el incumplimiento en el pago del crédito hipotecario se deprecó en cabeza del señor LUIS GUILLERMO SANCHEZ, tercero a favor de quien el demandante aceptó la cesión de dicha obligación y con quien negoció una ampliación del tiempo para pagar el crédito hipotecario manteniéndolo a su nombre. Por lo anterior, señala no puede exigírsele el cumplimiento del contrato o su resolución cuando la causa de este no le resulta imputable.

Insiste en que se produjo la extinción de la obligación de pagar el crédito hipotecario por novación -cambio de deudor-, que el demandante pactó con un tercero el cumplimiento de la obligación principal “*sin tener EL DEMANDADO injerencia en este acuerdo, por lo que escapa a su responsabilidad la obligación de cumplir*” y que, por tal razón, “*las consecuencias de la no escrituración son producto de este acuerdo llevado a cabo por la parte DEMANDANTE.*”

En cuanto a los demás señalamientos de incumplimiento expuso que la obligación de entregar “arrendado” el lote a permutar “no existía”, y que a pesar de que “*se informó que se encontraba prometido en arrendamiento, ello no figuraba como una condición para ser recibido*”, más cuando indica, “*las condiciones del negocio cambiaron como consecuencia de acuerdos verbales que fueron solemnizados en el acuerdo de transacción privado suscrito entre las partes y terceros intervinientes de fecha marzo 26 del año 2019 y en la constancia de no acuerdo de conciliación de 14 de diciembre del año 2020.*”

De otro lado, afirma que la hipoteca del lote “*fue cancelada*”, “*más la garantía hipotecaria aún no se ha levantado y esa situación era conocida por el DEMANDANTE*” y, con todo que, “*el actual propietario, no ha hecho reclamación alguna por este hecho*” siendo éste el único legitimado para tal reclamación.

**2.1.3.2** Dentro de las pruebas relevantes recaudadas se encuentran: el contrato de promesa de permuta aparejado de los otros sí efectuados al mismo; los interrogatorios de las partes y los testimonios de los señores DANIEL MONTES (actual propietario del Lote 31B del parque industrial Caucadesa) y JUAN GUILLERMO SÁNCHEZ (segundo comprador del apartamento 602 de la torre del Conjunto Residencial Miracolina de la ciudad de Bogotá), de los que puede extractarse de un lado la intención de cumplir el contrato y de otro, imposibilidad actual de concretarlo dada la medida cautelar de embargo que actualmente pesa sobre el apartamento señalado dentro del proceso ejecutivo adelantado en contra del demandante producto de la mora en el pago del crédito hipotecario; de igual manera, la existencia de más obligaciones crediticias a cargo del demandante (remanentes).

#### **2.1.4 En la sentencia**

**2.1.4.1** En audiencia de instrucción y fallo, llevada a cabo el 27 de octubre de 2021, el Juez Once Civil del Circuito de Cali, luego de abordar los presupuestos normativos y jurisprudenciales sobre la responsabilidad civil contractual, su incumplimiento y exponer su criterio respecto la falta de exigibilidad jurídica de los contratos de promesa, los que dijo no constituyen fuente de obligaciones y sólo producen obligaciones de tipo natural, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

Señaló que si bien el pacto efectuado por las partes constituye un acto jurídico válido, éste no tiene la virtualidad de configurar un contrato en la medida que “*no corresponde a la definición que nos da el artículo 1494 del Código Civil cuando nos dice que las obligaciones nacen ya sea del concurso real de las voluntades de 2 o más personas como en los contratos o convenciones*”, pues en una promesa de contrato “*basta con que una de las partes prometa vender por escrito con las demás exigencias del artículo 1611 para que sea un prominente comprador o vendedor*” resultando “*innecesario que ambas partes se obliguen*”.

Bajo el anterior entendido y, partiendo de la teoría de que lo que realmente pactaron las partes fue un contrato de permuta pues dijo, aquellas se obligaron a ejecutar “*prestaciones propias del contrato*”, señaló que el mismo al no perfeccionarse mediante el otorgamiento del instrumento público correspondiente, no puede ser objeto de una pretensión de cumplimiento, más no así de la aplicación de las normas que regulan su incumplimiento, concretamente, el artículo 1546 del C.C.

Lo anterior más cuando afirmó que para el caso concreto en donde las partes dijeron o pactaron que el precio o parte de este se lo pagaría a un tercero, en este caso al banco acreedor, es solamente éste último quien “*puede demandar lo estipulado*” y “*exigir el cumplimiento de esa obligación*”.

De otro lado, de cara a la resolución invocada como pretensión subsidiaria dijo que la misma tampoco encuentra mérito de prosperidad al quedar debidamente probado que el demandante incumplió el contrato celebrado al no presentarse en la fecha convenida a suscribir la escritura pública donde se perfeccionaría la permuta, pues el socorrido incumplimiento respecto el pago del crédito hipotecario no condicionaba la tradición del bien, y en todo

caso que el demandante consintió con un tercero la forma de pago, liberando con ello al demandado de tal obligación.

Bajo tal perspectiva dijo que el vendedor no puede demandar el cumplimiento del contrato pues ésta sólo puede ser invocada por el tercero.

Finalmente indicó que en el presente asunto no podría pensarse en una resolución por mutuo disenso en la medida que el demandante siempre ha estado dispuesto a firmar la escritura pública y en todo caso, tal pretensión no fue invocada en la demanda.

### **2.1.5 En los reparos concretos**

**2.1.5.1** Dentro del momento procesal correspondiente, la parte demandante apeló la sentencia exponiendo en síntesis los siguientes reparos concretos en su contra:

**i) Las obligaciones insertas en un contrato de promesa de contrato de compraventa son ley para las partes y, de incumplirse, pueden demandarse ante la justicia ordinaria y por vía del proceso declarativo.**

Indica que el *a quo* desconoce la ley y los precedentes jurisprudenciales al desnaturalizar el carácter contractual de la promesa de venta, así como que yerra al indicar que del mismo sólo se derivan obligaciones naturales en contravía de lo dispuesto en el artículo 89 de la ley 153 de 1987.

Señala que es un error desconocer que la promesa es un contrato bilateral y sinalagmático que, ante su incumplimiento genera a las partes la facultad de demandar o su cumplimiento o la resolución.

**ii) El contrato celebrado por las partes es válido al cumplir con los requisitos legales previstos en el artículo 1611 del Código Civil.**

Expone que, *“como el contrato de marras se amolda a las exigencias legales, en cuanto a la manifestación de la voluntad, artículos 1494 y 1502 del Código Civil; que el objeto y la causa se fundamentan en la licitud, artículos 1521, 1523 y 1524, entendiéndose válidamente celebrados dado el cumplimiento de su mínima solemnidad, perfectamente pueda pedirse del juez que dé aplicación al art. 1546 de C. Civil, vale decir, su cumplimiento o resolución.”*

Para el caso presente afirma la parte demandante pretende el cumplimiento del contrato y que resulta desacertado interpretar de manera distinta el artículo 1602 y confrontarlo con el art. 1546, como lo hace la sentencia de primer grado bajo la errada tesis de *“que el contrato deja de ser bilateral y se convierte en unilateral, cuando desde tiempos inmemoriales se definió que el contrato a que se refiere el artículo 89 de la ley 153 de 1887 es bilateral, dado que se amolda perfectamente a las letras del artículo 1496 in fine del C. Civil y “bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”*.

Señala que, una interpretación en tal sentido deja *“sin solución las causas que los particulares les ponen bajo su axil, obligándolos a cosas imposibles, puesto que no podrían pedir o el cumplimiento o la resolución, tal como acontece en el fallo atacado, pues no se ordena el cumplimiento tampoco la resolución y los contratantes no obtienen solución a sus inconvenientes”*.

De cara al cumplimiento solicitado afirma que, si bien el demandante aceptó la solicitud de *“plazo para pagar la hipoteca”* por parte de Luis Guillermo Sánchez, tal *“autorización”* *“ha sido tomada por Marcelo Serrano como una modificación en línea de la perfección del contrato, cuando no tiene*

*ninguna relación: una cosa es la hipoteca y el crédito que garantiza y otra la firma de la escritura que enajene lo prometido”.*

Expone que el demandado “*Marcelo Serrano se comprometió: i) a adquirir la propiedad inmueble mediante la perfección del contrato de permuta y ii) a cancelar la hipoteca, que digámoslo de una vez, era parte del precio. Ni suscribió la escritura ni canceló la hipoteca y, respecto de ésta, el señor Juan Guillermo Sánchez, remitido por Marcelo Serrano, como prometiente comprador a futuro, pidió plazo para su extinción al deudor original, es decir, a Mauricio Ramírez Giraldo, incumpliendo igualmente el plazo”.*

Manifiesta que, respecto del precio, está probado que no se ha cumplido el contrato de promesa, porque aún sigue vigente la hipoteca y, respecto del perfeccionamiento del contrato aún no se firma la escritura.

Indica que Marcelo Serrano Delgado, “*quiso, de manera verbal, trasladar obligaciones a Juan Guillermo Sánchez, persona que fue presentada como la que suscribiría la escritura por haber firmado una promesa con él”*, no obstante, que el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de promesa con el demandante no podía trasladarse pues simplemente se aceptó que fuese este último quien figurara en la escritura pública como adquirente.

Además, afirma que “*como Marcelo Serrano o su prometido adquirente no tenía al día el pago de las obligaciones de administración y no podía pagar la hipoteca que la grava, pidió un plazo para extinguir el gravamen, plazo que fue concedido por Ramírez Giraldo, lo que no impedía suscribir la escritura, como diáfananamente lo dice el Código Civil en el artículo 2440”.*

Recalca que “*los otros íes que modificaron la fecha de suscripción de documentos no tienen relación alguna con la hipoteca ni ha habido un negocio o*

*compromiso escrito de sustitución de adquirente”, y que, una vez entregado el inmueble al demandado “si se incurría en mora para el pago del crédito hipotecario era responsabilidad de Marcelo Serrano Delgado y, por ende, cualquier acción hipotecaria que persiguiera el bien, al punto de generar el embargo, es todo culpa de quien debía haber pagado el crédito y adquirido el bien”.*

### **iii) Indebida interpretación contractual.**

Expone que el *a quo* erró al señalar que el contrato no se pactó como requisito previo la extinción de la hipoteca, pasando por alto que *“si dice el contrato que el permutante 2 se hace cargo de ella, tanto que hace parte del precio”*.

Bajo el anterior entendido manifiesta que el demandante sí está legitimado para pedir el cumplimiento del contrato, *“pues llegado el día fijado mediante otrosí, no se firmó la escritura, dado que Serrano Delgado prácticamente se echó al olvido con el negocio, tal vez pensando que el obligado era su adquirente mediante promesa, persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica ni contractual mi representado, más allá de haberle concedido el plazo de un año para pagar la hipoteca, misma que, según el contrato de promesa de contrato de compraventa, se había comprometido a pagar el señor MARCELO SERRANO y que no pagó”*.

### **iv) Las modificaciones a la promesa de permuta deben constar por escrito.**

Afirma que como el artículo 89 de la ley 153 de 1887, exige que la promesa conste por escrito, *“cualquier modificación debe seguir la misma regla”*.

### **v) Incumplimiento recíproco.**

Arguye que a pesar de que no hay constancia de la comparecencia de las partes a suscribir la escritura pública situándose a ambos los contratantes en un incumplimiento, tal situación no puede permanecer en la indefinición ni puede “obligar al permutante 1” “a mantener en vilo un negocio jurídico que solamente genera daño”, tal y como se señala en la sentencia apelada.

En tal sentido considera que al encontrarse ambos contratantes en mora de cumplir sus obligaciones “cualquiera puede pedir el cumplimiento, de pronto no con las estipulaciones que contiene el artículo 1546 ídem, es decir, con indemnización de perjuicios ni por vía ejecutiva conforme al art, 431 del C.G. del Proceso, pero si con el ánimo de darle finiquito a lo convenido” y que tal situación puede remediarse a través de la aplicación de la figura del muto disenso.

Afirma que en el presente asunto quedó visto que la parte demanda no pago parte del precio pactado (pago del crédito hipotecario) y ello fue la razón que llevó a que el inmueble fuese embargado haciendo “imposible” firmar la escritura que perfecciona el contrato.

Que no puede perderse de vista que, llegado el día 28 de junio de 2019, fecha en la que debía suscribirse la escritura pública, Marcelo Serrano “se despreocupó” y echó “al olvido su obligación de suscribir la escritura creyendo, tal vez, como dicen sus excepciones, que había novado su obligación por haber presentado como futuro adquirente a Juan Guillermo Sánchez o a la sociedad que él representa”, “sin parar mientes en que, la firma de la escritura seguía siendo su obligación”.

**vi) Errada consideración respecto la imposibilidad de cumplir lo prometido dado el actual embargo que soporta el inmueble prometido en permuta.**

Considera que se equivocó el fallador de primera instancia al señalar que la existencia del embargo que pesa sobre el apartamento No. 602 de la Torre 1 del Conjunto Residencial Miracolina, impide la suscripción de la escritura pública de permuta, pues el objeto ilícito en la venta sólo se verificaría al momento de intentarse la tradición del bien a través de la inscripción en el registro.

De igual manera señala que erró al juez al afirmar que “*la culpa*” es del demandante “*al encontrarse embargado por obligaciones personales*”, *situación coyuntural, entre otras cosas, porque, cuando Mauricio Ramírez quiso pagar y cancelar las obligaciones personales, el Banco Itaú exigió el pago del crédito hipotecario*”.

Expone que la obligación adquirida con Banco Santander, hoy Banco Itaú fue adquirida por el demandante y que el obligado a pagarla es él; “*pero debe tenerse en cuenta que se trata de una garantía real, que como tal persigue la cosa, no la persona. Por tanto, al haberse negociado el inmueble y como parte del precio, estimado en 1.050 millones de pesos, la obligación de pagar y cancelar la hipoteca, tal como se pacta en el contrato, es una obligación civil*”, incumplida porque, como consta en los documentos aportados al plenario, existe un embargo con garantía real originada en la falta de pago del crédito.

De otro lado afirma que el juez pasó de largo en la consideración del incumplimiento del demandado fundado en la no cancelación de la hipoteca que pesaba bore el Lote No. 31B del parque industrial Caucadesa, pues el hecho de que finalmente el propietario de dicho bien en la actualidad es un tercero “*quien no ha reclamado*”, ello no implica que no deba valorarse el incumplimiento deprecado en tal sentido; menos cuando afirma que la hipoteca

fue cancelada solamente hasta el día 20 de octubre de 2021, ad portas de proferirse la sentencia que defina esta Litis.

Con fundamento en lo anterior, indica que verificado como está que el demandado incumplió con sus obligaciones de: i) suscribir la escritura, ii) cancelar la hipoteca del lote No. 31 B, la que solo a vino a cancelar el día 20 de octubre de 2021, iii) entregar el lote No. 31 B con el contrato de arrendamiento que prometió; y iv) haber pagado el crédito a Banco a Banco Itaú, *“no quedaba otro camino que, u ordenar el cumplimiento, porque de parte de mi representado no se aviene desistir del contrato o resolverlo; en esta segunda pretensión, aun de oficio por aplicación de la figura del mutuo disenso, ora expreso ora tácito”*, como era su deber a fin de evitar el estancamiento del flujo contractual.

### **2.1.6 En la sustentación del recurso.**

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, el apelante sustentó por escrito los reparos presentados ante el juez de primera instancia en los términos anteriormente señalados.

## **3. PROBLEMAS JURÍDICOS**

Derivado de los reparos antes expuestos tal como fueron planteados y recogidos aquí de manera sintética, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

*i)* ¿Resulta eficaz la modificación verbal efectuada por las partes a un contrato de promesa de permuta dados los requisitos de existencia de ese negocio? Y en ese sentido;

*ii)* ¿Resultan admisibles otros elementos de convicción, incluida la confesión de las partes para probar tal modificación?;

*iii)* ¿Cumplió el demandante con sus obligaciones contractuales o se allanó a cumplirlas y con ello, puede pedir a su arbitrio el cumplimiento de la convención?; y,

*iv)* ¿Puede aplicarse al presente asunto de manera oficiosa la figura del mutuo disenso por incumplimiento recíproco de las partes cuando al punto de las restituciones mutuas los bienes objeto de permuta se hallan en posesión de un tercero no vinculado al proceso?

## **4. ESCENARIO PRESCRIPTIVO.**

### **4.1 Presupuestos procesales**

En punto de los presupuestos procesales, en tanto criterios indispensables para la validez de la relación jurídico-procesal, esto es, competencia del Juez, capacidad para ser parte, capacidad procesal y demanda en forma se advierten cumplidos a cabalidad.

### **4.2 Presupuestos materiales de la sentencia de fondo (legitimación en la causa)**

**4.2.1** Por sabido se tiene que la legitimación es una figura de derecho procesal y tema de obligado estudio por parte del juzgador al momento de desatar la *litis* como presupuesto material de la sentencia, y que, se traduce por activa en ser el titular que conforme a la Ley sustancial está llamado a

reclamar el derecho violado o a satisfacer el interés que legalmente se tiene, y por lo pasivo, en la persona que, según la misma ley, es la llamada a responder por tales derechos o intereses.

**4.2.2** En línea de principio, está legitimada para pretender la indemnización de perjuicios toda persona a quien se causa un daño de manera directa. En el caso que nos ocupa, de acuerdo con los hechos narrados en la demanda, la legitimación por activa está en cabeza del demandante en su calidad de promitente permutante, a quien presuntamente se le causó un daño antijurídico en su órbita patrimonial como consecuencia del incumplimiento del contrato de promesa de permuta suscrito con el demandado.

**4.2.3** En punto a la legitimación en la causa por pasiva, la demanda se dirige en contra de Marcelo Serrano Delgado, en su calidad de promitente comprador dentro del contrato de promesa de compraventa cuyo cumplimiento con indemnización de perjuicios, reclama la parte demandante como pretensión principal y subsidiariamente su resolución.

### **4.3 Presupuestos normativos**

**4.3.1** Por sabido se tiene que bajo el principio de la autonomía de la voluntad, según el cual, con las limitaciones impuestas por el orden público y por el derecho ajeno (presupuestos de validez y eficacia), los particulares pueden realizar actos jurídicos para comprometer su voluntad, es claro que los mismos, en la forma prevista por el artículo 1602 del Código Civil, no solamente constituyen ley para las partes, sino que además, éstos no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

**4.3.2** En cuanto al incumplimiento de dichos acuerdos de voluntades, el artículo 1546 del Código Civil prevé que:

*“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

*Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución del contrato o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.*

### **4.3.3 Del contrato de promesa**

**4.3.3.1** Frente a los requisitos de la promesa de compraventa, el artículo 1611 del Código Civil. Subrogado por el art. 89, Ley 153 de 1887. Señala que:

*“La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes:*

- 1. **Que la promesa conste por escrito.***
- 2. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511, 1502 del Código Civil.*
- 3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.*
- 4. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.*

*Los términos de un contrato prometido, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”.* (Resalta la Sala)

**4.3.3.2** En torno del contrato de permuta, el artículo 1850 del Código Civil lo define como:

*“Artículo 1850. Venta y permuta. Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta en el caso contrario.”*

**4.3.3.2** En cuanto a la forma como debe efectuarse la enajenación de los inmuebles y su la tradición de estos, los artículos 1857 y 756 del Código Civil señalan:

*“Artículo 1857. Perfeccionamiento del contrato de venta. La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:*

*La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública...”*

*“Artículo 756. Tradición de bienes inmuebles. Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos.*

*De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, constituidos en bienes raíces, y de los de habitación o hipoteca.”*

## **4.4 Presupuestos Jurisprudenciales**

**4.4.1** La promesa de compraventa, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia,

*“genera esencial y exclusivamente la prestación de hacer consistente en la celebración futura, posterior y definitiva de la compraventa, sin perjuicio de acordarse en forma clara, expresa e inequívoca por pacto agregado a propósito, el cumplimiento anticipado del precio o la entrega de la tenencia o posesión del bien, en tanto, la venta constituye la prestación de dare rem y, por consiguiente, transferir el derecho real de dominio”*; contratos que en todo caso *“tienen estructura y función heterogéneas, sus requisitos esenciales, forma y efectos son distintos y, también, los derechos y prestaciones inherentes a cada tipo contractual”* (CSJ SC. Sentencia de 7 de febrero de 2008, Exp. 2001-06915-01)

**4.4.2** En cuanto a las modificaciones de promesa de compraventa la Corte Suprema de Justicia ha indicado que las mismas deben constar por escrito en los siguientes términos:

*“como quiera que por ser la promesa de contratar un convenio solemne, no solamente sus cláusulas primigenias sino también sus adiciones o modificaciones deben constar por escrito, pues como repetidamente lo ha dicho la Corte la formalidad del escrito es un requisito unido a la existencia misma del contrato y no simplemente condición ad probationem, razón por la cual son inadmisibles, para demostrarlas, otros elementos de convicción distintos a la forma escrita, incluida la confesión de los mismos contratantes”* (Cas. Civ. del 25 de febrero de 1991).”

Y en el mismo sentido, más recientemente puntualizó:

*“La solemnidad a la que por mandato de la ley está sometida la promesa, hace que cualquier otro medio de convicción que se exhiba para acreditar su existencia, su modificación o adición, resulte ineficaz para tales propósitos, pues se está ante un modo tarifario y específico de la prueba (CSJ SC 081 2000 del 23 de junio de 2000, rad. C-5295).”*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> CSJ SC-17214 Sentencia del 16 de diciembre de 2014. M.P. Jesús Vall de Rutén.

## 4.5 Aplicación al caso en concreto

**4.5.1** Con el fin de desarrollar los problemas jurídicos expuestos, lo primero que debe indicarse es que es un tema pacífico para esta Corporación que el contrato de promesa: 1. constituye un verdadero acuerdo bilateral regulado en el artículo 1611 del Código Civil, subrogado por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887; 2. que el mismo es un precontrato cuya esencia consiste en que las partes promitentes se obligan a celebrar un contrato futuro que genera obligaciones civiles; y, 3. que los requisitos para su validez se hallan determinados en la ley<sup>2</sup>; circunstancias que descartan que se trate de un simple acto jurídico de carácter unilateral del que se derivan obligaciones naturales, como en su sentir, lo considera el juez de primera instancia.

De esta manera entonces se tiene que, verificado que la promesa de contrato de permuta objeto de la Litis, reúne todos los requisitos de ley para su validez, y que la tesis expuesta en primera instancia acerca de la inexistencia de obligaciones civiles derivadas de tal convención que relevó al *a quo* de verificar las pretensiones de cumplimiento contractual resulta inadecuada, procede la Sala a estudiar si en el presente asunto el demandante se halla habilitado para invocar tal pretensión a partir del incumplimiento del demandado.

En tal sentido, y como quiera que el punto central de la infracción contractual que se depreca en cabeza del demandado se da por el supuesto incumplimiento de, no una sino, de varias de las obligaciones que éste adquirió

---

<sup>2</sup> Código Civil. Artículo 1611: *i*) conste por escrito; *ii*) no adolezca de ineficacia; *iii*) prevea un plazo o condición que fije el perfeccionamiento del contrato prometido; y, *iv*) los elementos del contrato prometido se determinen de tal forma que sólo falte la tradición o el cumplimiento de las formalidades legales para su perfeccionamiento

al celebrar el contrato de promesa de permuta de fecha 28 de febrero de 2019, frente a la que el demandado se excusa aduciendo que su cumplimiento se hallaba en cabeza de un tercero dada la modificación verbal del contrato de promesa que fuere aceptada por el demandante, se hace necesario analizar la validez de dicha modificación contractual de cara a la especial regulación del contrato de promesa.

En tal sentido, de entrada, debe decirse que siendo un hecho que la ley exige que el contrato de promesa conste por escrito, sus modificaciones o adiciones deben realizarse también a través del mismo medio. Así lo ha indicado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia transcrita en precedencia, al señalar que la formalidad del escrito es un requisito para la existencia de ese negocio y no simplemente condición *ad probationem*, y con ello que, resultan inadmisibles otros elementos de convicción diferentes a esa forma, incluida la confesión de las partes.

Y es que, siendo la promesa de contrato un convenio solemne, no sólo las cláusulas primigenias sino también sus adiciones deben constar por escrito<sup>3</sup>, exigencia legal, que de debe indicarse, derrumba la tesis de la parte demandada acerca de la modificación verbal del contrato y aceptación por parte del demandante de un cambio de deudor contractual.

De ahí que, no pueda tenerse como defensa válida los argumentos expuestos por la parte demanda respecto la sustracción del cumplimiento de sus obligaciones contractuales bajo la tesis de haberse modificado de manera verbal el contrato de promesa objeto de la Litis al haberse “*cedido*” a un tercero, y con ello, el argumento según el cual, no puede exigírsele el cumplimiento del contrato o su resolución cuando la causa de éste no le resulta imputable al haber

---

<sup>3</sup> Artículo 89 numeral 1 de la Ley 153 de 1887.

el demandante pactado con un tercero el cumplimiento de la obligación principal, pues como acaba de verse, al no constar por escrito la supuesta modificación al contrato de promesa inicial, la socorrida reforma contractual resulta ineficaz.

Menos aún, aceptarse la extinción de la obligación de pagar el crédito hipotecario por novación -cambio de deudor- cuando es claro que, frente a tal figura, tampoco se cumplen los requisitos necesarios para su configuración, esto es, la existencia del *animus novandi* que implica la declaración de las partes de que desean novar o que aparezca en el contenido del contrato que la intención es novar, pues si no se expresa por declaración de las partes o no aparece en el contenido del contrato la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes.

Recuérdese que la novación debe ser explícita respecto a la obligación que se nova, de manera que quede claro que la obligación anterior queda sustituida por la nueva, y que, el simple cambio de deudor no constituye novación a menos que el acreedor exprese que el antiguo deudor ya no le debe y esto aquí no ocurrió, pues conforme se vio, no existe prueba en donde conste que el demandante aceptó expresamente la modificación del contrato mediante novación ni que el demandado ya no le debe.

Por el contrario, conforme pudo verse, las únicas modificaciones válidas efectuadas al contrato de promesa de permuta fueron los otros sí pactados respecto a la modificación de la fecha en la que se correrían las escrituras públicas de marras y, el documento denominado “*documento privado de transacción*” sobre el que el demandado funda su defensa, no señala en ninguno de sus apartes que el contrato de promesa de permuta objeto de la Litis se estuviere modificando en lo tocante con las obligaciones relacionadas con el pago de la

obligación hipotecaria (parte del precio), o que, el demandante, aceptara al señor Juan Guillermo Sánchez como su nuevo deudor. En cambio, en el numeral 5 del referido documento se dejó constancia expresa de que “*El señor MARCELO SERRANO DELGADO y MAURICIO RAMÍREZ GIRALDO se comprometen en cumplir lo firmado en la promesa de permuta del día 28 de febrero de 2019*”.

En consecuencia, queda incólume el pacto primigenio.

Se insiste, si el contrato de promesa quería ser modificado o sustituido por las partes en la forma como lo insinúa la defensa, tal modificación, indistintamente de su naturaleza, cambio de deudor, ampliación de plazo etc., debió efectuarse por escrito al ser éste uno de los requisitos de validez de dicho tipo de contrato, pues de no hacerse así, tales modificaciones no tienen la virtualidad de afectar el inicial.

**4.5.2** Con fundamento en lo anterior, se tiene que, ante la ineficacia de la socorrida modificación efectuada al contrato en cuanto al cumplimiento de la obligación de pagar el crédito hipotecario como parte del precio, correspondía al demandado en su calidad de promitente permutante honrar su compromiso y pagar el precio en la forma convenida, pues aún, de aceptarse que dicho pago lo efectuaría un tercero en nombre del contratante demandado, éste debió verificar el cumplimiento de su compromiso (pues es él y no otro el obligado), sin que le sea permitido anteponer el incumplimiento de quien lo haría en su nombre, al acreedor original de la prestación con quien quedó visto, no se configuró ninguna convención válida capaz de extinguir la obligación del demandado Sr. Marcelo Serrano Delgado.

Así entonces, visto como se tiene que en el presente asunto el demandado no pagó la parte del precio de la venta, esto es, la suma de

\$400.000.000 correspondientes al crédito hipotecario que garantizaba el inmueble objeto de negociación (Apto 602 de Miracolina), es claro que éste sí incumplió con tal obligación contractual y en consecuencia, tendría que soportar las pretensiones de la demanda.

**4.5.3** Sin embargo, teniendo en cuenta que como se dijo en precedencia, al tratarse de un contrato bilateral, existen obligaciones recíprocas que debían ser asumidas por ambas partes, entre las que se encontraba la suscripción de la escritura pública a través de la que se enajenaría el inmueble, se analizará su satisfacción en cabeza de cada uno de los contratantes de cara a la pretensión de cumplimiento. Ello como quiera que, como se explicará, el pago del multicitado crédito hipotecario a cargo de la parte demandada no fue pactado como condición de la suscripción de dicho instrumento público y, con ello, el demandante no podía invocar su incumplimiento para sustraerse del acatamiento de sus propias obligaciones.

Si bien nuestro ordenamiento civil en su artículo 1546 consagra la condición resolutoria tácita, que consiste en la facultad a favor del contratante cumplido para pedir la resolución o el cumplimiento del pacto, en uno y otro caso con indemnización de perjuicios frente al extremo contrario del negocio que no respetó las obligaciones que adquirió, y que, por regla general, en tratándose de compromisos que deben ejecutar las partes simultáneamente, es menester, para el buen suceso del reclamo del demandante que éste haya asumido una conducta acatadora de sus débitos, se tiene que, revisado para el presente asunto el cumplimiento de la obligación de suscripción de la escritura pública que debía firmarse de manera simultánea por ambas partes el día 5 de

septiembre de 2019 en la Notaría 22 de Cali a las 2 de la tarde<sup>4</sup>, ninguna de las dos concurrió a la notaria señalada a honrar su compromiso.

Siendo ello así, es claro que el señor Mauricio Ramírez Giraldo, hoy demandante, tampoco cumplió con su obligación contractual de suscribir el señalado instrumento público, y con ello, que no podría demandar el cumplimiento del contrato ni su resolución fundado en el incumplimiento de su contraparte, al ser ambos incumplidos.

Y es que, no podría pensarse en la prosperidad de la alegación de contrato no cumplido insinuada por el apoderado de la parte demandante en el curso de la apelación como justificación de la no concurrencia de su representado a la notaria, eso es, el no pago del crédito hipotecario por parte del demandado, pues tal posibilidad fijada en el artículo 1609 del Código Civil, encuentra amparo siempre que su actuar se encuentre justificado en su inexigibilidad por la previa omisión de aquel y en el presente asunto, el señalado pago de la obligación hipotecaria no fue pactada de manera condicional a la suscripción de la escritura pública, ni tampoco, en modo alguno se señaló que le mismo debía efectuarse de manera previa.

Por el contrario, la lectura del párrafo 1 de la cláusula tercera del contrato de marras muestra cómo las partes no sometieron el pago de la obligación hipotecaria a la suscripción de la escritura cuando, frente al mismo, aquellas dejaron sentado que se reservaban la facultad de subrogación en el crédito, así:

---

<sup>4</sup> Ver archivo expediente digital 02. Anexos – Folio 9 de 43. otros sí al contrato del 30 de abril y 30 de mayo de 2019.

*“cuando el PERMUTANTE 2 SR. MARCELO SERRRANO DELBADO termine de pagar el crédito y valor anteriormente mencionado, el sr. MAURICIO RAMÍREZ GIRALDO autoriza al banco SANTANDER DE Colombia (sic) (hoy ITAU), hacer el respectivo levantamiento de la hipoteca escrita (sic) en la anotación no. 007 en el correspondiente certificado de tradición.” (Resalta la Sala)*

Significa lo anterior que las partes no fijaron ninguna condición o tiempo de pago previo a la suscripción de la escritura pública, y a falta de estipulación, se puede entender, que no es otro distinto al plazo del crédito hipotecario en su forma originaria pactada con el banco acreedor.

Y es que tal y como lo reconoce el mismo apoderado judicial del parte demandante en su escrito de sustentación cuando afirma que *“los otros íes que modificaron la fecha de suscripción de documentos no tienen relación alguna con la hipoteca”*, es claro entonces que pago del crédito hipotecario no impedía la suscripción de la escritura pública de venta la cual constituía una obligación recíproca a su cargo y su inobservancia ubica a ambos contratantes como incumplidos.

Lo anterior entonces, como se dijo en precedencia, descarta la pretensión principal de cumplimiento del pacto pues quien la demanda requiere haber honrado sus compromisos o haberse allanado a hacerlo aun en el supuesto de que su contraparte no lo haya hecho previamente, y también la subsidiaria de resolución, pues la misma sólo puede deprecarla 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 éste debía acatar de manera preliminar, no obstante, se insiste, esto último no ocurrió al no ser el pago del socorrido crédito hipotecario condición de la suscripción ni tampoco haber sido pactado de esa manera.

Lo anterior, entonces ubica el resultado de la Litis en la negativa de ambas pretensiones, como así lo indicó el *a quo*.

**4.5.4** Pero, además, y esto en repuesta a varios de los interrogantes planteados por el apelante en su escrito de sustentación acerca de la aplicación oficiosa de la figura del mutuo disenso por incumplimiento recíproco a fin de lograr desatar de manera efectiva la Litis, debe señalarse que, en casos como el presente en donde frente a uno de los bienes objeto de permuta existen derechos de terceros que pueden verse afectados con las restituciones mutuas a que hubiere lugar, su aplicación no resulta viable.

En efecto, si bien en recientes pronunciamientos la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que si de incumplimiento bilateral se trata “*la acción resolutoria que en esa situación procede, según viene de averiguarse, no es la prevista en la anotada norma (Art. 1546 CC), sino la que se deriva de un supuesto completamente diferente, como es la desatención de ambos contratantes*” y que, en tal hipótesis “*por ser esa una situación no regulada expresamente por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir, que está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y, mucho menos, a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ibídem.*”<sup>5</sup>, lo cierto es que, para este caso, en donde la resolución llevaría implícita la orden de restituciones mutuas, y que, como se vio, respecto del apartamento No. 602 de la Torre 1 del Conjunto Residencial Miracolina su tenencia no está en cabeza

---

<sup>5</sup> CSJ SC1662 del 5 de julio de 2019. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

del demandado Marcelo Serrano Delgado sino de un tercero, señor Juan Guillermo Sánchez y, además, en la actualidad el mismo se halla embargado y obra como garantía hipotecaria dentro del juicio ejecutivo adelantado por el banco acreedor de la obligación real cuya insatisfacción originó el incumplimiento del demandado, es claro que, al no ser éstos sujetos parte del proceso, no podría darse una orden de restitución del bien sin la afectación sus derechos.

Nótese cómo, frente al primero de ellos, no podría desconocerse que aquel ostenta la tenencia y/o posesión del inmueble apartamento 602 de Miracolina producto de la negociación efectuada con el demandado Marcelo Serrano Delgado, y frente al segundo, que es el titular de la garantía real por cuenta de cuya ejecución en la actualidad dicho bien inmueble se encuentra embargado y cuyo cambio de forzado de titular de derecho de dominio podría afectar derechos patrimoniales dada la naturaleza abierta de la hipoteca constituida a su favor.

Luego, al punto de las eventuales restituciones mutuas no podría ordenarse que Juan Guillermo Sánchez restituya a favor del demandante señor Mauricio Ramírez Giraldo el inmueble de marras pues el mismo, conforme lo ya visto, no ostenta ningún tipo de relación contractual con el demandante señor Mauricio Ramírez Giraldo capaz de generar tal consecuencia resolutoria, y en todo caso, aun de pensarse en la posibilidad de ordenarle al demandado que efectúe una compensación sustitutiva en dinero al demandante dada la imposibilidad de tal restitución, lo cierto es que, tal proposición requeriría la tradición del bien en cabeza del demandado, pues una cosa es la compensación en dinero por la tenencia perdida y otra distinta el valor total del inmueble si a bien se tiene que su propiedad aún radica en cabeza del demandante; tradición a favor del demandado que, aun de consentirse, a la fecha no podría efectuarse

dado el embargo que pesa sobre el bien y cuyo acreedor (Banco Itaú), en todo caso, tendría que autorizar el levantamiento de la cautela y fijar los términos en los que operaría la subrogación del crédito en cabeza del nuevo adquirente, en caso de que a ello hubiere lugar.

Se insiste, ante la incomparecencia al proceso del señor Juan Guillermo Sánchez y del Banco Itaú cuyos derechos sobre el bien se hallan probados, no podrían ordenarse las necesarias restituciones mutuas propias de la resolución del contrato sin desconocer sus derechos; menos aún, como lo sugiere el demandante, optar por la posibilidad de ordenar su cumplimiento dada la necesaria tradición del bien que, como se indicó, se encuentra limitada al consentimiento de banco acreedor frente al levantamiento de la medida cautelar; lograr en anterior cometido requeriría la presencia o vinculación, en otro proceso judicial de todas las partes involucradas en todos los actos y/o negocios jurídicos efectuados sobre los bienes afectos en la promesa de permuta del 28 de febrero de 2019, y que no puede ser la presente dada su especial naturaleza contractual y haber sido traída a la Litis solamente una de las relaciones contractuales existentes.

**4.5.5** En conclusión, teniendo en cuenta que en el presente asunto no pueden hacerse pronunciamientos que vinculen o puedan afectar derechos de terceros no vinculados a la Litis, menos aún, bajo la solución del mutuo disenso señalada en precedencia pues el cumplimiento de las restituciones a ordenarse pendería de la voluntad de terceros, habrá que confirmarse la sentencia de primera instancia, junto con la condena en costas procesales a la apelante.

## **1. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Civil de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO. CONFIRMAR** por las razones expuestas en esta providencia la sentencia de primera instancia del 27 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, dentro del proceso de la referencia.

**SEGUNDO. CONDENAR** en costas procesales de segunda instancia al apelante. Para tal efecto, el Magistrado Sustanciador fija el valor de un (1) salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho. Liquidense por la Secretaría del juzgado de origen conforme la regla dispuesta en el artículo 366 del C.G.P

**TERCERO. DEVUELVA** el proceso al juzgado de origen, previa cancelación de su radicación y anotación correspondiente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*El Magistrado Ponente,*

**JULIÁN ALBERTO VILLEGAS PEREA**

*Los demás Magistrados integrantes de la Sala,*

**FLAVIO EDUARDO CÓRDOBA FUERTES**

**JOSE DAVID CORREDOR ESPITIA**

**Firmado Por:**

**Julian Alberto Villegas Perea  
Magistrado  
Sala Civil  
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

**Flavio Eduardo Cordoba Fuertes  
Magistrado  
Sala 003 Civil  
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

**Jose David Corredor Espitia  
Magistrado  
Sala 007 Civil  
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**d2123ffb4713423f6ba201e171af09ff1a8d3363508ac92ed3f255e010eae92c**

Documento generado en 22/03/2022 03:07:20 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**