

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

SC2307-2018

Radicación n° 11001-31-03-024-2003-00690-01

(Aprobado en sesión de catorce de febrero de dos mil dieciocho).

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil dieciocho (2018).

Decídense los recursos de casación interpuestos por las partes frente a la sentencia de 28 de septiembre de 2011, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario que promovió Felipe Mendoza Vega contra Construcciones El Lago Ltda., trámite en el cual intervino Comercial Lidamayco Ltda. como litisconsorte de la demandada.

ANTECEDENTES

1.- Al tenor del libelo y su reforma, el accionante solicitó, en síntesis (folios 183 a 191 y 278 a 287, cuaderno 1):

1.1. Se condene a la convocada -como negociante infractora- a cumplir la promesa de compraventa suscrita con

él, que tuvo por objeto los locales 122, 218 y PC-10 del edificio Centro de Alta Tecnología, ubicado en la carrera 15 n° 77 – 01 de Bogotá; a pagarle los perjuicios que le causó; y a devolverle, con intereses comerciales moratorios, los dineros que entregó en exceso, dependiendo del valor que se establezca para los bienes conforme su extensión final.

1.2. En subsidio deprecó que, «*ante los abusos del derecho de resciliación previsto en la promesa de compraventa (...) y de la posición dominante*», se ordene a la enjuiciada reconocer los daños que causó; así como reintegrar los \$275'920.000 que él pagó, indexados y con intereses comerciales moratorios desde la fecha de su entrega.

2.- Tales pretensiones tuvieron como sustento fáctico común el que a continuación se sintetiza:

2.1. Felipe Mendoza Vega y Construcciones El Lago Ltda., como prometientes comprador y vendedora, en su orden, el 5 de julio de 2002 celebraron promesa de compraventa respecto de los locales comerciales 122, 218 y PC-10 del edificio Centro de Alta Tecnología; convinieron como precio tentativo total el de \$275'920.000, establecido con base en las áreas proyectadas de 13,61 metros cuadrados para los dos primeros fundos y 14,07 para el último, las que podrían variar dando lugar al pertinente reajuste, porque la venta se haría «*por metro cuadrado construido*».

2.2. También se convino que \$68'980.000 serían las arras de retracto; cualquier incumplimiento generaría el uso

de esta opción y el plazo máximo para ejercerla iría hasta el 4 de julio de 2003, día acordado para suscribir el contrato prometido, en la Notaría 20 de Bogotá.

2.3. El futuro adquirente pagó en 3 contados el precio tentativo, como fue convenido en la promesa; paralelamente la constructora le presentó un «*otrosí y acta de entrega*», documento con el que pretendía modificar el precontrato para disminuir el área de los tres locales, acordar la Notaría 45 como lugar donde se protocolizaría la venta y entregar la posesión de los predios; alteración que condicionó el prometiende comprador a que se dejara a salvo la posterior concreción del precio por metro cuadrado construido, lo que no fue aceptado por la otra parte.

2.4. Construcciones El Lago intentó compensar el área privada de cada local con las zonas comunes, generando una disminución en la dimensión conforme se desprende del reglamento de propiedad horizontal y los planos aprobados por la curaduría urbana; y en uso de su posición dominante intentó imponer la renuncia al derecho de fijación del precio por metro cuadrado construido, lo que traduce un incumplimiento a la promesa, en perjuicio de Mendoza Vega.

2.5. El prometiende comprador requirió a la constructora para que acatará lo prometido, sin obtener respuesta; por el contrario, fue presionado con el fin de que aceptara la modificación proyectada, endilgándole retracto; mientras tanto la citada compañía enajenó los bienes a otras personas.

3.- Una vez vinculada al pleito, la accionada se opuso a todas las pretensiones de la siguiente manera:

3.1. Propuso las excepciones meritorias que denominó *«Felipe Mendoza incumplió la obligación más importante del contrato de promesa de compraventa: no se presentó a la suscripción del contrato prometido. Al incurrir en tal conducta (...) hizo uso de su derecho de retracto (...); «contrato no cumplido»; «en el hipotético caso de que se considere que Construcciones El Lago incumplió (...), la conclusión (...) es que las dos partes incumplieron (...), dando lugar al mutuo disenso»; y en defecto de las anteriores que «Construcciones El Lago Ltda. hizo uso de su derecho de retracto, pero en ningún caso hay lugar a solicitar el cumplimiento del contrato de promesa de compraventa»* (folios 243 a 254 y 316 a 334).

3.2. Radicó libelo de reconvención, en el que solicitó la resolución de la promesa por incumplimiento de Felipe Mendoza Vega; se ordene a éste recibir los dineros que pagó por concepto del precio, con rendimientos calculados hasta cuando debía suscribir el contrato prometido y previa deducción de las arras de retracto.

En subsidio pidió se declare la resolución del precontrato por mutuo disenso tácito, imponiendo al prometiende comprador la obligación de recibir los dineros que pagó, con frutos liquidados hasta el 3 de julio de 2003.

3.3. En resumen, las pretensiones de la contrademanda se fundaron en los siguientes hechos (folios 34 a 41, cuaderno 2):

3.3.1. A pesar de que el futuro adquirente no suscribió el otrosí presentado por su contendora, ambos asumieron que la promesa fue modificada en lo que atañe a la Notaría donde debía ser signada la compraventa.

3.3.2. Felipe Mendoza Vega omitió presentarse a suscribir la escritura pública, por lo que la constructora entendió que se retractó, de allí que pusiera a su disposición los dineros que él entregó, pero no los reclamó.

3.3.3. La compañía, con misiva del 24 de julio de 2003, ofreció a su contraparte celebrar la compraventa, a lo que este se negó con comunicación del 30 de julio siguiente.

3.3.4. La superficie construida de un inmueble está conformada por el área privada, la zona común de uso exclusivo y el área adicional integrada por la mitad de cada uno de los muros medianeros; por ende, los fundos prometidos en venta tienen una extensión superior a la convenida en el precontrato, no inferior como lo alega el inicial demandante.

4.- Frente al libelo de reconvención el primigenio accionante propuso como salvaguardas las de *«incumplimiento inicial y reiterado de la promesa de compraventa por parte de la sociedad construcciones el lago Ltda.»* y *«abusos de la posición dominante y del discutible derecho de resiliación (sic) de la promesa»*.

5.- En el curso del proceso, el juzgador *ad-quem* admitió a Comercial Lidamayco Ltda. como litisconsorte de la convocada, por ser la posterior adquirente de uno de los locales comerciales mencionados.

6.- El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, con sentencia de 15 de marzo de 2011, negó las pretensiones del inicial demandante, así como la súplica principal de la reconviniente, accedió a la petición subsidiaria de ésta y la condenó a devolver a su contendor los dineros que recibió, con sus rendimientos (folios 1023 a 1039, cuaderno 12).

7.- El superior revocó tal fallo al resolver la alzada interpuesta por el convocante, estimó la pretensión principal de este y condenó a la enjuiciada a pagar \$275'920.000 como precio equivalente de los inmuebles, más \$533'069.607,55 a título de perjuicios, ambas sumas con intereses legales civiles desde la ejecutoria de la decisión (folios 143 a 176, cuaderno 13).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El juzgador *ad quem* inicialmente precisó cumplidos los presupuestos procesales, la inexistencia de vicio capaz de invalidar lo actuado, recordó en qué consiste el negocio jurídico, determinó que la promesa de compraventa base de la acción reúne las exigencias previstas en el artículo 89 de la ley 153 de 1887 y evocó el efecto de las obligaciones derivadas de un contrato bilateral.

Seguidamente analizó los presupuestos de la acción principal que incoó el demandante, al tenor del artículo 1546 del Código Civil, coligiendo que fue acreditada la promesa; que el accionante honró las obligaciones adquiridas al pagar a la constructora el precio, lo que no fue negado por ésta y evidencia la legitimación de aquel para deprecar dicha súplica; que el incumplimiento endilgado a la encartada no requiere prueba por ser una negación indefinida; y que llegado el día de la suscripción de la compraventa ninguna de las partes se presentó a la notaría, tampoco la prometedora elaboró la minuta según da cuenta la prueba documental, y que el potencial comprador manifestó que la constructora le condicionó la firma de la escritura pública a que aceptara el otrosí redactado, a lo que él no accedió.

En suma, concluyó el juzgador *ad-quem*, Felipe Mendoza Vega acató la obligación que adquirió atinente al pago del precio y manifestó su deseo de perfeccionar la venta en los términos acordados -lo que ratificó a lo largo del litigio- mientras que su contraparte incumplió e intentó modificar lo inicialmente pactado, por lo que es de recibo la súplica principal que elevó el promotor.

Sin embargo, como los bienes materia de la promesa fueron enajenados por Construcciones El Lago a terceros, lo que hace nugatoria la compraventa así se imponga dicha orden a aquella empresa, se le condenará a reconocer el valor equivalente de los bienes, teniendo en cuenta el precio plasmado en el precontrato, más los perjuicios causados que serán tasados liquidando intereses comerciales moratorios

desde la época señalada para signar la escritura pública malograda, por aplicación de la doctrina según la cual esos réditos tienen carácter punitivo y resarcitorio pues representan la indemnización de daños derivada de la mora en el acatamiento de una prestación.

En relación con el libelo de reconvención, prosiguió el Tribunal, el peticionario respetó la obligación de pagar el precio y manifestó su deseo de celebrar la compraventa, al paso que la constructora convocada no honró su promesa pretextando un retracto de su contraparte, por lo que es inviable la resolución del precontrato por mutuo disenso tácito, como erradamente lo definió el *a-quo*, pues el incumplimiento recíproco producto de la incomparecencia a la notaría no implicó intención de disolver ese acuerdo.

LOS RECURSOS DE CASACIÓN

Tanto la sociedad demandada como el reclamante inicial recurrieron en casación la sentencia antes compendiada, proponiendo uno y dos cargos, respectivamente.

En primer lugar se resolverá el reproche de la convocada, porque prospera y tiene efectos totalizadores al desvirtuar la estimación que el Tribunal proclamó respecto de la pretensión principal del reclamante.

Como quiera que dicho triunfo casacional implica la confirmación de la sentencia de primera instancia, por sustracción de materia no será necesario el estudio de los

embates del primigenio demandante, que hincados en la ratificación de la sentencia del Tribunal únicamente censuraron la tasación de la indemnización reconocida con el propósito de obtener su acrecentamiento.

DEMANDA DE CONSTRUCCIONES EL LAGO LTDA.

CARGO ÚNICO

1.- Al amparo de la causal inicial de casación prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, alega la vulneración, por vía indirecta, de los artículos 89 de la ley 153 de 1887, 1502, 1546, 1602, 1609, 1613 a 1615 y 1617 del Código Civil, debido a errores de hecho en la estimación del material probatorio.

2.- En su desarrollo la recurrente, después de citar doctrina relativa a la condición resolutoria tácita prevista en el artículo 1546 del Código Civil, argumentó que el demandante carecía de legitimación para solicitar el cumplimiento de la promesa, habida cuenta que la incumplió al dejar de comparecer a la Notaría 20 de Bogotá, en la fecha y hora pactada para celebrar la compraventa, de donde debió prosperar la resolución por mutuo disenso tácito solicitada por vía de reconvención.

Seguidamente señaló que los errores de hecho cometidos por el Tribunal consistieron en interpretar que la promesa de venta justificaba la incomparecencia de Felipe Mendoza Vega a la Notaría 20 de Bogotá, por haber pagado el

precio y manifestar posteriormente su deseo de continuar con el negocio; máxime cuando ese precontrato no fue modificado ya que de esto no hay prueba en el plenario.

Agregó que fue mal apreciada la comunicación de 30 de julio de 2003, por medio de la cual el prometiente comprador rechazó la suscripción del otrosí elaborado por la constructora, porque de ese medio de convicción se extractó la intención del prometiente comprador de persistir en el negocio, pero de allí sólo se desprende que no hubo acuerdo entre las partes para modificar la fecha, lugar y hora de celebración de la compraventa prometida, lo que evidencia que el reclamante estaba obligado a comparecer a la Notaría 20 de Bogotá el 4 de julio de 2003, y como omitió tal deber desacató la promesa, deslegitimándose para pedir su cumplimiento.

Igualmente expuso que fueron indebidamente valoradas las comunicaciones de 1° y 22 de agosto de 2003, con las que el promotor pidió a la convocada ordenar la elaboración de la minuta de compraventa y manifestó su deseo de perseverar en el negocio, en su orden, comoquiera que dichas cartas son posteriores a la fecha señalada para suscribir la escritura pública, es decir, cuando el accionante había deshonorado el precontrato.

Así las cosas, concluyó, no bastaba para modificar la fecha de suscripción de la compraventa la intención de una de las partes; y como el promotor no acató sus compromisos, según se anotó, el Tribunal transgredió los preceptos

sustanciales relacionados porque era viable declarar el mutuo disenso tácito, evento en el que es improcedente la indemnización de perjuicios.

CONSIDERACIONES

1.- Cuestión de primer orden es precisar que a pesar de entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso desde el 1° de enero de 2016, al *sub lite* no resulta aplicable por consagrar, en el numeral 5° de su artículo 625, que los recursos ya interpuestos, entre otras actuaciones, deben surtirse empleando «*las leyes vigentes cuando se interpusieron*».

Y como el que ahora ocupa la atención de la Sala fue iniciado bajo el imperio del Código de Procedimiento Civil, será este ordenamiento el que siga rigiéndolo, por el principio de la ultractividad de la vigencia de la ley en el tiempo.

2.- La vía indirecta invocada por la recurrente en la modalidad de error de hecho en la valoración probatoria, sucede ostensiblemente cuando el juzgador supone, omite o altera el contenido de las pruebas o el escrito genitor del litigio, siempre y cuando dicha anomalía influya en la forma en que se desató el debate, de tal manera que de no haber ocurrido otro fuera el resultado, lo que aparece palmario o demostrado con contundencia.

Sobre el punto indicó la Sala:

El error por valoración errónea de los medios de convicción, recae sobre su contemplación física, material u objetiva, y ocurre por preterición, suposición, alteración o distorsión de su contenido en la medida que se atribuye un sentido distinto al que cumple dispensarles. Dicho de otra forma, la equivocación se produce cuando el juzgador 'ha visto mucho o poco, ha inventado o mutilado pruebas; en fin, el problema es de desarreglos ópticos'. (CSJ CS. Sentencia de 11 de mayo de 2004, Radicación n. 7661).

En tal virtud, para que se presente, es necesario 'que al primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso' (sentencia 146 de 17 de octubre de 2006, exp. 06798-01), 'que repugna al buen juicio', es decir, que 'el fallador está convicto de contraevidencia' (sentencias de 11 de julio de 1990 y 24 de enero de 1992), por violentar 'la lógica o el buen sentido común' (CCXXXI, 644), 'tan evidente, esto es, que nadie vacile en detectarlo, que cuando apenas se atisba como probable o posible, ya no alcanza para el éxito de la casación, porque, como lo tiene averiguado la Corte, 'la duda jamás sería apoyo razonable para desconocer los poderes discrecionales del sentenciador (XLV, 649)'...' (CCXXXI, p. 645. Reiterado en Cas. Civ. de 19 de mayo de 2011. Exp. 2006-00273-01).

Por ello, la imputación debe contener 'argumentos incontestables' (Sent. cas. civ. 22 de octubre de 1998), 'tan concluyentes que la sola exposición del recurrente haga rodar por el piso la labor probatoria del Tribunal' (Sent. de 23 de febrero de 2000, exp. 5371), sin limitarse a contraponer la interpretación que de las pruebas hace el censor con la que hizo el fallador porque, por más razonado que ello resulte, sabido se tiene 'que un relato de ese talante no alcanza a constituir una crítica al fallo sino apenas un alegato de instancia' (sentencia 056 de 8 de abril de 2005, exp. 7730). (CSJ SC10298-2014, rad. 2002-00010-01).

3.- Con base en tales premisas y de cara al concreto caso que ahora ocupa la atención de la Sala, conclúyese que el cargo debe ser estimado pues ocurrieron los yerros endilgados al juzgador de última instancia, como pasa a verse:

Ciertamente, el Tribunal accedió a la súplica de cumplimiento incoada por el reclamante como pretensión principal, fundado en que éste pagó el precio acordado en la

promesa de venta ajustada entre los litigantes; lo que aceptó la convocada en el escrito de contestación al libelo.

Así mismo, porque *«llegado el día y hora para el otorgamiento de la escritura pública, ninguna de las partes se hizo presente en la Notaría 20 ni en la Notaría 45 del Círculo de esta ciudad, como tampoco se elaboró la correspondiente minuta por parte de la vendedora, conducta esta que se refleja en las comunicaciones visibles a folios 10 y 11 del cuaderno contentivo de la demanda de reconvención»*, esto es, las certificaciones notariales de 11 y 12 de agosto de 2003.

A renglón seguido, el juzgador *ad-quem* aseveró que el demandante justificó su inasistencia afirmando que la constructora condicionó la suscripción de la escritura de venta a la previa aceptación del otrosí que ella elaboró.

Finalmente, indicó que Felipe Mendoza Vega, *«en cartas dirigidas al representante legal de la constructora el Lago Ltda. con fecha 1 y 23 de agosto de 2003, le manifiesta su intención de estar dispuesto a suscribir la escritura pública, requiriendo para que mandara elaborar la escritura pública»* (sic).

Como se desprende de la anterior sinopsis, a pesar de que el fallador encontró que los dos negociantes incumplieron la obligación de asistir a la Notaría 20 de Bogotá para ajustar el contrato prometido, tuvo por justificada la incomparecencia del promotor, a través de la tergiversación alegada, como quiera que la misiva de 30 de julio de 2003 sólo denota que el prometiente comprador estuvo en

desacuerdo con el otrosí que pretendía imponer su contendora.

Lo mismo debe destacarse respecto de la valoración que hizo en relación con la promesa de compraventa, en la medida en que dicho convenio en manera alguna excusaba la falta a que se viene aludiendo, cometida por los negociantes, sino que, por el contrario, la ratifica.

De un lado, porque sin asomo de duda consagró como fecha para celebrar el pacto prometido, el 4 de julio de 2003; circunstancia que el promotor no desconoce sino que avala, toda vez que así lo aceptó en su demanda.

Y de otro lado, porque el precontrato fue enfático en señalar al final de su cláusula 2.2., que *«(e)l incumplimiento de cualquiera de las partes a sus obligaciones según lo pactado en la presente promesa se tendrá como retracto de la misma»*.

Así las cosas, no obstante la expresa consagración acerca de que cualquier infracción daba lugar a entender que las partes no continuarían con el negocio, así como que ninguno asistió a la Notaría 20 de Bogotá a suscribir la escritura pública prometida; el juzgador *ad-quem* extractó que estaba justificada la falta del prometiende comprador, porque pagó íntegramente el precio, como si esta prestación lo inhibiera de asistir a signar el contrato de compraventa.

En tal orden de ideas, no cabe duda de que el juez colegiado alteró el contenido de la promesa, por cuanto extractó de ella una conclusión ajena a la misma.

Lo anterior porque el desacuerdo de las partes en relación con el proyecto de otrosí elaborado por la constructora, así como el pago del precio de forma anticipada, no justificaba el incumplimiento de la promesa; por el contrario denotaba el deber, para los extremos negociantes, de cumplir las prestaciones en la forma inicialmente convenida.

Por ende, si ambos habían acordado que después del pago anticipado del precio -lo que acató el prometiende comprador-, suscribirían la escritura pública, tanto el uno como la otra estaban conminados a comparecer a la notaría inicialmente acordada, lo que ninguno acató, convirtiéndolos, a la par, en infractores de la promesa.

Ahora, si bien es cierto que en las cartas de 1° y 22 de agosto de 2003 el inicial demandante solicitó a Construcciones El Lago instruir a la notaría para que elaborara la minuta de compraventa, ya que deseaba continuar con el contrato; no menos verídico es que Felipe Mendoza Vega erigió ésta postura cuando ya era un negociante incumplido, es decir, con posterioridad al 4 de julio de 2003, fecha en la cual debió presentarse a la Notaría para suscribir la compraventa.

Sobre ésta temática pertinente es precisar que, como en pretéritas oportunidades lo ha explicado la Corte, el simple incumplimiento no traduce, sin más, intención de disolver el pacto (SC de 7 dic. 1982), pues habrán casos en que dicha infracción obedecerá a circunstancias especiales, muchas de las veces consentidas o auspiciadas por los mismos contratantes.

Sin embargo, en cada caso la prueba de los hechos que rodearon la contravención será la determinante a fin de establecer si el incumplimiento estuvo acompañado de la voluntad de desistir del negocio o no.

Ciertamente, la jurisprudencia relativa este tema tiene dicho:

Ha venido aplicando la jurisprudencia colombiana la institución del mutuo disenso tácito como un remedio, por demás justo, a la situación de hecho que se presentaba cuando un contrato bilateral era incumplido simultáneamente por ambos contratantes, para evitar el estancamiento del contrato a que daba lugar la aplicación del artículo 1609 del Código Civil con la interpretación que desde el siglo pasado vino dando la Corte a esa norma, según la cual, el contratante que ha incumplido no tiene derecho para deprecar la resolución ni la ejecución.

Sea lo primero advertir cómo tal interpretación conduce necesariamente a un estancamiento en las relaciones contractuales, pues si ambos contratantes incumplieron, ninguno puede incoar la resolución ni el cumplimiento, es decir el contrato queda estancado, pese a su recíproco incumplimiento. En la medida en que se mantenía la aludida interpretación del artículo 1609, la tesis del mutuo disenso tácito como modo de disolver el contrato fue indudablemente una forma justiciera de evitar el estancamiento de los contratos, evento que daba lugar a serias injusticias. Empero, la aplicación de esa doctrina pugna generalmente con la realidad. Si ambas partes estuvieran ciertamente de acuerdo en deshacer el contrato, lo resuelven de mutuo acuerdo, con fundamento en el inciso primero del ya citado artículo 1625 del Código Civil, y obviamente sobra la intervención de la rama jurisdiccional del poder público. Es posible, nadie podrá

negarlo, que las partes hubieran llegado a un acuerdo en tal sentido pero luego una de ellas quisiera desconocerlo. En tal evento sí habría que deprecar del juzgador que de por probada esa circunstancia fáctica y como consecuencia la disolución del contrato. Pero como en todo proceso, la prosperidad de la pretensión recabada depende de la prueba. Lo que no es aceptable es que al simple incumplimiento, sin ningún acuerdo expreso o tácito, el juzgador le dé connotación de negocio jurídico específicamente encaminado a disolver el contrato incumplido. Una cosa es el incumplimiento y otra muy distinta el acuerdo de los contratantes para disolver un contrato. El incumplimiento, aisladamente considerado, no tiene connotación en relación con la posible voluntad de resolver el contrato. Para que tal connotación surja, es menester que junto con el incumplimiento hayan hechos que inequívocamente demuestren que además de la voluntad de incumplir hubo la de resolver. (CSJ SC de 7 dic. 1982).

En el *sub lite*, como se anotó, el acervo probatorio mostraba la intención de los intervinientes de dimitir del pacto plasmado en la promesa de compraventa, porque habían estipulado *ab-initio* en este precontrato que cualquier incumplimiento sería señal inequívoca de dicha voluntad y porque, a sabiendas de tal cláusula, ambas partes se mostraron renuentes a comparecer a la notaría acordada para suscribir la escritura pública.

Total, ocurrió la conculcación del ordenamiento sustancial invocada en el reproche bajo estudio, porque se tiene dicho que la acción resolutoria o la pretensión de cumplimiento, fincadas en el artículo 1546 del Código Civil, requieren para su buen suceso que el reclamante haya honrado sus compromisos, requisito que estaba desvirtuado en el *sub iudice*.

Efectivamente, en tratándose de contratos bilaterales, el precepto aludido consagra la condición resolutoria tácita, que consiste en la facultad que tiene el 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 adquiridas.

Así lo tiene adoctrinado la Sala al señalar:

En el ámbito de los contratos bilaterales y en cuanto toca con la facultad legal que, según los términos del artículo 1546 del Código Civil, en ellos va implícita de obtener la resolución por incumplimiento, hoy en día se tiene por verdad sabida que es requisito indispensable para su buen suceso en un caso determinado, la fidelidad a sus compromisos observada por quien ejercita esa facultad habida cuenta que, como lo ha señalado la Corte, el contenido literal de aquél precepto basta para poner de manifiesto que el contratante incumplido utilizando el sistema de la condición resolutoria tácita, no puede pretender liberarse de las obligaciones que contrajo.

Es preciso entender, entonces, que no hay lugar a resolución de este linaje en provecho de aquella de las partes que sin motivo también ha incurrido en falta y por lo tanto se encuentra en situación de incumplimiento jurídicamente relevante, lo que equivale a afirmar que la parte que reclama por esa vía ha de estar por completo limpia de toda culpa, habiendo cumplido rigurosamente con sus obligaciones, al paso que sea la otra quien no haya hecho lo propio, de donde se sigue que "...el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor..." (CSJ SC de 7 mar. 2000, rad. n° 5319).

Por ende, cuando las partes deben acatar prestaciones simultáneas, para hallar acierto a la pretensión judicial fincada en el canon 1546 citado, es menester que el demandante haya asumido una conducta acatadora de sus débitos, porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria o la de cumplimiento prevista en el aludido

precepto, en concordancia con la *exceptio non adimpleti contractus* regulada en el canon 1609 de la misma obra, a cuyo tenor ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Además, si la pretensión invocada no es la resolutoria sino la de cumplimiento del acuerdo, la exigencia aumenta porque quien así lo demanda requiere haber honrado sus compromisos, aun en el supuesto de que su contraparte no lo haya hecho previamente.

De allí que, aludiendo específicamente a aquellas hipótesis en las que el promotor demanda el cumplimiento de lo prometido a él, la Corte tenga decantado que:

Según el artículo 1546 del Código Civil, la acción dirigida a obtener la ejecución de un contrato, inclusive la que se entabla para que se declare su resolución, exige que el demandante haya cumplido las obligaciones a su cargo.

La solución es distinta en el evento de incumplimiento recíproco de las partes, según se trate de obligaciones simultáneas o sucesivas. En ambas hipótesis, para demandar tanto la resolución como el cumplimiento, es necesario que el promotor del proceso se haya allanado a cumplir en el lugar y tiempo debidos, y en el de las segundas, además, que su incumplimiento sea posterior al del otro extremo del contrato.

Como tiene explicado la Corte, cuando se pretende la ejecución de lo pactado, si las obligaciones recíprocas son sucesivas, el “(...) contratante que no vio satisfecha la previa obligación sólo puede pretender el cumplimiento del contrato si cumplió o se allanó a cumplir. Si no ha cumplido ni se ha allanado a hacerlo, puede pretender la resolución con fundamento en el art. 1609, es decir, por el incumplimiento de las obligaciones antecedentes del otro contratante”.

(...)

En suma, el demandante incumplidor postrero de obligaciones sucesivas, carece de legitimación para solicitar la ejecución de un contrato bilateral, cuando no estuvo presto a cumplir en la forma y tiempo debidos, porque de una actitud pasiva, como es apenas natural entenderlo, no puede surgir el derecho a exigir de los demás que cumplan. (CSJ SC4420 de 8 abr. 2014, rad. 2006-00138-01).

La razón de ser de dicha exigencia adicional, en tratándose de la solicitud judicial de cumplimiento contractual, ha sido expuesta por esta Corporación, señalando que *«el que pide el cumplimiento con indemnización de perjuicios sí tiene necesariamente que allanarse a cumplir él mismo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en aquel primer caso (demanda de resolución), en que el contrato va a DESAPARECER por virtud de la resolución impetrada, y con él las obligaciones que generó, en el segundo va a SOBREVIVIR con la plenitud de sus efectos, entre ellos la exigibilidad de las obligaciones del demandante, las que continuarán vivas y tendrán que ser cumplidas a cabalidad por éste.»* (CSJ SC de 29 nov. 1978, reiterada en SC de 4 sep. 2000 rad. n° 5420, SC4420 de 2014, rad. n° 2006-00138, SC6906 de 2014, rad. n° 2001-00307-01, entre otras).

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 éste debía acatar de manera preliminar; mientras que si de demandar la consumación del pacto se trata, sólo podrá hacerlo el negociante puntual con independencia de que el

otro extremo del pacto haya atendido o no sus compromisos, aun en el supuesto de que estos fueran anteriores.

De lo dicho se desprende que, como lo aduce el cargo bajo análisis, el Tribunal erró en la aplicación de los cánones 1546 y 1609 del Código Civil, porque con tergiversación de los medios probatorios concluyó que el prometiende comprador justificó su incumplimiento contractual -cuando no fue así-; así como porque no obstante ésta infracción de dicho negociante, asumió que él podía solicitarle al prometiende vendedor acatar sus obligaciones con tan sólo haber pagado el precio -lo que tampoco es acertado-.

En suma, ocurrió la vulneración del ordenamiento sustancial denunciada a través de esta vía extraordinaria, producto de la errada interpretación de los preceptos de esa estirpe invocados en el cargo.

4.- Por lo tanto, la decisión del Tribunal vulneró el ordenamiento sustancial señalado en la demanda de casación radicada por la primigenia enjuiciada, de donde prospera el reproche esgrimido por esta sociedad, debiéndose casar dicho fallo.

De allí que, en sede de instancia, deba la Corte proferir la que deba reemplazarla y que, por sustracción de materia, sea innecesario el análisis de los cargos planteados por el primer convocante, como ya se anunció.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1.- Como se anotó en los antecedentes de esta providencia, el Juzgado de primera instancia denegó las pretensiones del convocante y accedió al mutuo disenso tácito deprecado por vía de reconvención.

2.- Contra este pronunciamiento se alzó el inicial accionante, alegando que el *a-quo* consideró viable que el prometiende comprador suscribiera la escritura pública y que paralelamente reclamara la devolución del dinero fundado en el verdadero valor de los locales comerciales conforme a su extensión, pero tal conclusión es errada porque la constructora condicionó la celebración de la compraventa a la aceptación del otrosí a la promesa de venta, en el que, precisamente, renunciaba a lamentaciones ulteriores. Por ende, se nota que el Juzgado de primer grado interpretó erradamente el otrosí que la demandada intentó imponer.

Añadió que si el demandante acató todos sus compromisos previos a la suscripción de la escritura pública, no es entendible el supuesto desistimiento del negocio prometido que encontró el fallador, máxime cuando fue la convocada la que incumplió, al punto que no instruyó a la notaría para que elaborara la minuta de venta.

También adujo que los testimonios de Patricia Mendoza y María Emma Osorio dan cuenta de los metrajes finales de los locales comerciales una vez culminada su construcción, revelando notables diferencias con lo prometido en venta; que

la constructora exigió la aceptación del otrosí para suscribir la enajenación ofrecida; y que él promotor tenía urgencia de adquirir los fundos, lo cual infirma la supuesta intención de desistir.

El apelante agregó que de las comunicaciones cruzadas con Construcciones El Lago se desprende el ánimo de ésta de no perseverar en el negocio y el de él de continuarlo, pues el 24 de julio de 2003 tal empresa le envió un citatorio para que compareciera a sus oficinas, entrevista innecesaria cuando sólo basta firmar la escritura de venta y recibir físicamente los inmuebles; porque él remitió carta el 30 de julio siguiente, solicitando se ajustaran las áreas de los predios; porque ratificó su deseo de continuar con el precontrato el 1° de agosto del mismo año, en una nueva misiva con la que solicitó la elaboración de la minuta pertinente; porque con escritos de 5 y 13 de agosto de 2003, la prometiente vendedora le advirtió que él hizo uso del derecho de retracto tras los reclamos que elevó; y porque el día 22 de estos mismos mes y año Mendoza Vega insistió en que no era su deseo retractarse.

Así mismo, alegó el recurrente que él no rehusó recibir los inmuebles como lo aseveró el juzgador, de lo que tampoco obra prueba en el plenario, pues el acervo muestra lo contrario; que la intención de la constructora fue imputarle a él un supuesto retracto para vender los locales a terceros prontamente, como en efecto lo hizo, porque recibiría más dinero del que había pagado anticipadamente el prometiente

comprador, gracias a la valorización que sufre un proyecto de construcción una vez culminado.

Reiteró los hechos relatados en la demanda genitora del pleito, en los que enfatiza la forma en la que, a su parecer, la demandada fue la única que incumplió la promesa de venta; y que desde el inicio abuso de su posición, al plasmar condiciones ventajosas en la promesa de venta prevalida de una construcción que sería exclusiva en un sector destinado al uso y venta de aparatos tecnológicos, por pretender imponer un otrosí al negocio inicial, porque después decidió no vender al prometido comprador para enajenar los locales a terceros -con mayor lucro- y porque tal sociedad se encuentra liquidada.

Por último, la alzada adujo que los dictámenes practicados en el proceso dieron cuenta no sólo de las diferencias métricas que tienen los locales respecto de lo prometido; sino de su valorización una vez culminado su levantamiento.

3.- La apelación del inicial demandante está soportada en dos pilares básicos, de los cuales se desprenden todos sus demás reclamos, esto es, que Construcciones El Lago Ltda. incumplió la promesa de venta y que él no lo hizo.

El primer planteamiento es de recibo para la Sala, mas no el segundo, porque aparece desvirtuado con las consideraciones por medio de las cuales se halló acierto al recurso de casación que propuso la sociedad convocada, los

que, por tanto, se dan por reproducidos en gracia de brevedad.

Efectivamente, el accionante parte de la base de que la sociedad demandada incumplió la promesa de venta ajustada entre ellos, al pretender su modificación mediante otrosí que finalmente no llegó a buen término porque no fue suscrito.

Sin embargo, como ya anotó la Corte, el que los negociantes no llegaran a un convenio respecto del aludido otrosí generaba, ni más ni menos, que la promesa de venta suscrita se mantenía sin ninguna modificación y, por contera, que ambos debían honrar las prestaciones allí plasmadas.

Y como ninguna de las partes compareció a la Notaría 20 de Bogotá, el 4 de julio de 2003, a firmar el contrato prometido, ambas quedaron incursas en motivo de incumplimiento, sin que fuera acreditada justificación para ninguna, máxime si en la misma promesa se había pactado que la desatención de cualquiera de las prestaciones se tendría como motivo inequívoco de desistimiento del negocio.

A lo que cabe agregar que para acreditar la extrañada excusa en relación con el reclamante, no bastaban sus posteriores solicitudes tendientes a que la constructora acatara sus prestaciones, porque cuando dichas misivas fueron remitidas él ya era un contratante infractor, connotación que, conforme a la jurisprudencia sobre la materia, le impedía demandar el cumplimiento de la promesa.

Tales conclusiones no se ven menguadas porque la constructora no entregara los fundos con anterioridad a la suscripción de la venta prometida, o porque éstos no correspondieran con la extensión inicialmente prevista; puesto que, al tenor de la cláusula final de la promesa, la entrega real y material de los inmuebles sería realizada «*el día de la firma de la escritura pública por la cual se de (sic) cumplimiento a la presente promesa de compraventa*», no antes y, por esto, sólo hasta tanto se signara el contrato de enajenación podía reclamarse el traspaso material de los bienes objeto del mismo y, por contera, verificar su estado.

Por lo mismo, tampoco la desvirtúan las pruebas periciales practicadas, que dan cuenta tanto de la diferencia métrica con la cual quedaron los predios una vez construidos en relación con lo plasmado en el precontrato, y de su valor final; como quiera que únicamente cuando fuera suscrita la escritura pública prometida se podía generar la infracción a la compraventa.

Por supuesto que si se convino en que el precio se ajustaría porque había sido acordado dependiendo de la extensión de cada uno de los locales comerciales y no como cuerpo cierto; el desconocimiento de esa disposición sólo podía nacer al ser suscrita la compraventa y siempre y cuando no se adecuara ese costo.

En otros términos, el momento para acatar la referida estipulación era el de celebración del contrato prometido

(compraventa) porque allí las partes podrían modificar el inicialmente señalado.

Sin embargo, esas infracciones no ocurrieron, cardinalmente porque ambos extremos del negocio dejaron de asistir al lugar convenido para ajustar el pacto pluricitado, siendo ésta incomparecencia la que configura la deshonra mutua.

4.- Total, debe ser confirmada la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, de fecha 15 de marzo de 2011, que acogió la pretensión de disolución por mutuo disenso.

5.- Síguese, por ende, a determinar las prestaciones para las partes, derivadas de la declaración de resciliación que dispuso el juzgador *a-quo* y que será confirmada por la Corte, en sede de segunda instancia.

Para dicho propósito resulta pertinente recordar que la referida disolución apareja, como regla de principio, por aplicación del artículo 1544 del Código Civil, el regreso de los contratantes a la situación precedente a la celebración del convenio, lo que impone la restitución material y jurídica -si a esto hubiera lugar- de todo lo que las partes han recibido o percibido con motivo del acuerdo.

Efectivamente, sobre el tema la Sala tiene dicho que:

Asunto bien conocido es, en efecto, que la resolución del contrato, a la vez que apareja como principal consecuencia la extinción del

conjunto de obligaciones surgidas del mismo –efectos ex nunc–, tiene además eficacia retroactiva –ex tunc– en aquellos eventos en que, no siendo negocios de tracto sucesivo, verifican actos de cumplimiento entre las partes; se trata, pues, de colocar a los contratantes, en cuanto sea posible, en la posición en que se hallaban antes de celebrar el contrato. Es así como el artículo 1.544 establece como principio general el de que ‘cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición.’ (CSJ, SC de 4 jun. 2004. rad. 7748, reiterada en SC11287 de 17 ago. 2016, rad. 2007-00606-01).

Como se extrae de la disposición en cita, es premisa fundamental, tratándose de restituciones mutuas sobrevinidas de la declaratoria de resolución de un contrato, incluso por mutuo disenso, que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban para el momento de su celebración o, dicho con otras palabras, que se provea para que los contratantes se vean restituidos al estado en que se hallarían de no haber realizado la negociación disuelta.

En este camino debe predicarse, como regla general respecto de contratos de promesa de venta, que nace como obligación para el prometiente enajenante devolver las sumas de dinero recibidas como consecuencia del negocio jurídico que habrá de disolverse; mientras que al prometiente adquirente corresponde restituir el bien que se le entregó, con los frutos percibidos.

5.1. En desarrollo de tal premisa se tiene que en el *sub lite* la prometiente vendedora no entregó a su contendor los inmuebles objeto de la promesa de venta, motivo por el cual a éste último no se le impondrá obligación restitutoria alguna.

5.2. A la inicial demandada se le ordenará devolver los dineros entregados por Felipe Mendoza Vega como pago anticipado del precio, teniendo en cuenta que en el plenario no obra prueba que demuestre la detentación de esos dineros en alguna entidad financiera.

Por el contrario, en el expediente aparece acreditado con la promesa de compraventa (folios 19 a 25, cuaderno 1) y los recibos expedidos por esa sociedad (folios 17 y 18, *ídem*), que Construcciones El Lago recibió de Felipe Mendoza Vega \$5'000.000, \$265'000.000 y \$5'920.000, las dos primeras sumas el 5 de julio de 2002 -fecha de celebración del precontrato- y la última 1° de julio de 2003.

Adicionalmente, esas cantidades deberán reintegrarse indexadas, bajo la premisa de que el reintegro de los dineros recibidos debe ser completo, según la doctrina reiterada de esta Corte (CSJ SC, 25 abr. 2003, rad. 7140, SC11331 de 2015, rad. n° 2006-00119), partiendo de la base de que en economías inflacionarias como la colombiana el simple transcurso del tiempo determina la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, fenómeno que ha sido calificado como notorio.

Para tal actualización monetaria, en consecuencia, se utilizará el Índice de precios al consumidor, aplicando la fórmula según la cual el valor histórico multiplicado por el IPC actual y el resultado de ésta operación dividido por el IPC histórico arroja el valor presente de la misma suma de dinero.

Entonces, \$270'000.000 indexados del 5 de julio de 2002 al 31 de enero de 2018, totalizan \$539'382.327 ($270'000.000 \times 139,72/69,94$).

Y \$5'920.000 indexados del 3 de julio de 2003 al 31 de enero, totalizan \$11'049.190 ($5'920.000 \times 139,72/74,86$).

En total, los \$275'920.000 que entregó el primigenio demandante a su contendora, como pago anticipado del precio, equivalen a \$550'431.517 al 31 de enero del 2018.

Con sujeción al inciso final del artículo 308 del estatuto procesal civil, el valor que por corrección monetaria corresponda cancelar a la inicial convocada a partir del 1° de febrero del año en curso y hasta cuando se verifique el pago de la obligación, deberá determinarse en la forma fijada en precedencia.

Además de la indexación se ordenará el pago del interés legal previsto en el artículo 1617 de la codificación sustantiva civil, de la forma que la Sala ha estimado procedente (CSJ, SC11331 de 2015, rad. n° 2006-00119), que corresponde a la tasa del 6% anual sobre el capital nominal o cantidad de dinero que originalmente fue entregada por el prometiende comprador.

Las operaciones aritméticas arrojan como resultado, aplicando la referida tasa desde el 5 de julio de 2002 sobre un capital de \$270'000.000 hasta el 31 de enero de 2018 (15 años, 6 meses y 26 días) la cantidad de \$252'143.013; y desde

el 3 de julio de 2003 sobre un capital de \$5'920.000 hasta el 31 de enero de 2018 (14 años, 6 meses y 28 días) la suma de \$5'175.215; para un gran total de \$257'318.228.

Los mencionados intereses que sobre la suma de \$275'920.000 se causen a partir, inclusive, del 1° de febrero del presente año, deberán liquidarse con sujeción a los parámetros que se dejaron consignados en esta providencia y al mandato contenido en el inciso final del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

6.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil -que establecía la condena en costas en contra de *«la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación»*- y dados los resultados de la actuación, el demandante recurrente pagará las de segunda instancia a favor de su antagonista.

En virtud a la misma preceptiva se fijarán en esta providencia las agencias en derecho correspondientes a la alzada, de conformidad con los lineamientos de los acuerdos 1887 y 2222 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, que las contempla en *«hasta cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes»*.

7.- Por lo expuesto, se casará la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y procederá la Corte, en sede de instancia, a confirmar el fallo dictado por el *a quo*, previa modificación en relación con las restituciones

mutuas derivadas del mutuo disenso tácito declarado, según se anunció.

8.- No hay lugar a condena en costas en casación por la prosperidad del recurso, conforme lo reglado en el inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia de 28 de septiembre de 2011, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario que promovió Felipe Mendoza Vega contra Construcciones El Lago Ltda.; y en sede de instancia,

RESUELVE:

Primero. Confirmar el fallo de primera instancia de 15 de marzo de 2011, dictado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, en el presente proceso, previa modificación del inciso final del numeral «tercero» de su parte resolutive, a fin de indicar que a título de restituciones mutuas Construcciones El Lago Ltda. debe devolver a Felipe Mendoza Vega, en el lapso de cinco (5) días contado a partir del día siguiente a la ejecutoria de esta decisión, ochocientos siete millones setecientos cuarenta y nueve mil setecientos cuarenta y cinco pesos (\$807'749.745),

como precio que recibió (\$275'920.000) indexado y con intereses civiles calculados hasta el 31 de enero de 2018.

La corrección monetaria y los intereses civiles del 6% anual que se causen sobre la suma de \$275'920.000 a partir del 1° de febrero del presente año, deberán liquidarse con sujeción a los parámetros que se dejaron consignados en esta providencia y al mandato contenido en el inciso final del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Segundo. Condenar en las costas de segunda instancia al demandante inicial, las que serán liquidadas por la Secretaría del Tribunal incluyendo \$2'000.000 por concepto de agencias en derecho.

Tercero. Sin costas en casación.

En su oportunidad, vuelva el proceso al despacho de origen.

Notifíquese,



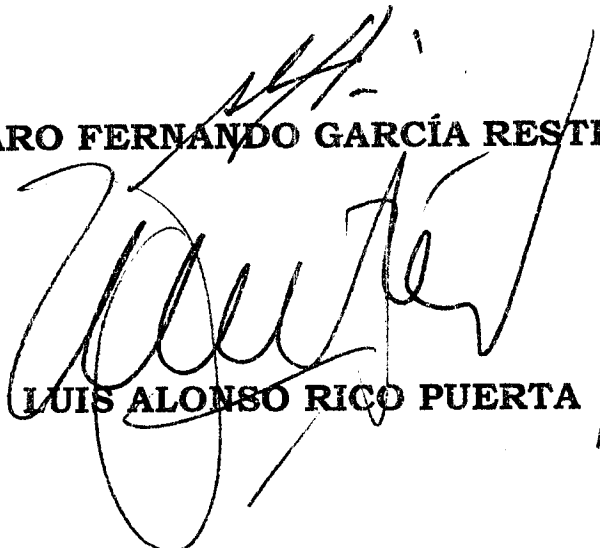
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Presidente de la Sala

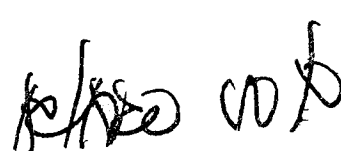


MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



LUIS ALONSO RICO PUERTA

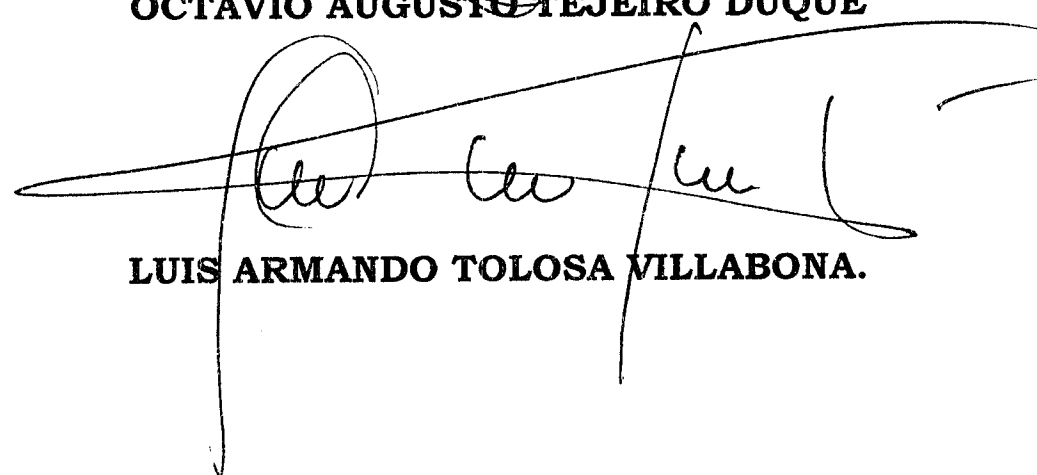


(Ausencia justificada)

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.