

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá D.C., junio quince de dos mil veintidós.

Magistrado Ponente : JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS.
Radicación : No. 25183-31-03-001-2019-00195-01
Aprobado : Sala No. 16 del 26 de mayo de 2022.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 26 de abril de 2021 por el juzgado civil del circuito de Chocontá.

ANTECEDENTES

1. Rafael Acosta Lee formuló demanda ordinaria contra Héctor Armando Moncada Rodríguez pretendiendo se declare que el demandado incumplió la obligación derivada del contrato de promesa de compraventa celebrado el 22 de mayo de 2017 cuyo objeto era *“instalar el servicio de energía eléctrica en el predio vendido, identificado con folio de matrícula inmobiliaria 176-159415 de la oficina de instrumentos públicos de Zipaquirá”* que en consecuencia se le ordene cumplirla y se condene *“a pagar a Rafael Acosta Lee la suma de ciento treinta y tres millones (\$133.000.000), equivalente al 10% del valor del contrato de promesa de compraventa”*, conforme con lo establecido en la cláusula penal pactada.

Relató que entre Rafael Acosta Lee como promitente comprador y Héctor Armando Moncada Rodríguez como promitente vendedor, celebraron un contrato de promesa de compraventa el 22 de mayo de 2017 sobre el lote rural denominado La Leyenda, con un área de 163.670,16 M2, ubicado en la vereda Tierra Negra del municipio de Sesquilé, identificado con folio de matrícula inmobiliaria 176-159415 de la O.R.I.P. de Zipaquirá.

En la cláusula sexta del contrato se fijó el 22 de junio de 2017 como fecha para el otorgamiento de la escritura pública, que se modificó en un otrosí en el que se señaló que la firma del acto notarial de venta se realizaría el 29 de junio de 2017 con la condición de que *“el promitente vendedor para la nueva fecha fijada hubiera obtenido la instalación del servicio de energía eléctrica en el predio prometido en venta”*.

Pero a la fecha convenida, *“el promitente vendedor no había dado cumplimiento a su obligación de instalar el servicio de energía eléctrica en el predio prometido en venta, pero el contrato de promesa de compraventa se protocolizó con la Escritura Pública No. 01043 de 29 de junio de 2017 otorgada por la Notaría 35 de Bogotá, con el compromiso del promitente vendedor de cumplir en los próximos días con la instalación”*, y para la fecha de presentación de la demanda el incumplimiento persistía.

Precisó que se había pactado en el contrato de promesa, cláusula quinta, una cláusula penal por el incumplimiento del contrato por el 10% del precio de venta, que equivale a la suma de \$133'000.000.00, a cargo de la parte incumplida.

2. Trámite.

La demanda inicialmente fue repartida al juez civil del circuito de Zipaquirá que la admitió con proveído del 19 de octubre de 2018¹, pero notificado el demandado contestó oponiéndose a las pretensiones, proponiendo además excepciones de mérito y previas, entre estas, *“falta de jurisdicción o competencia”*.

Como excepciones de fondo formuló las que denominó: (i) *“Cumplimiento de las obligaciones por el demandado”*, pues *“para el día 29 de junio de 2017, había cumplido con el proceso de instalación del servicio eléctrico para la finca materia de compraventa”*; (ii) *“Buena fe exenta de culpa”*, dado que al haber contratado con un tercero la instalación eléctrica, quedaba *“demostrada la diligencia del vendedor demandado para adelantar la contratación y consecución de dicha obra”* lo que acreditaba también la buena fe contractual; (iii) *“Falta de legitimación por activa y desistimiento tácito de las condiciones para suscribir la escritura pública”*, dado que la escritura se había celebrado por solicitud del promitente comprador, a favor de Credicorp Capital Fiduciaria S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo Fideicomiso FAP, Carreta, Cuartillo, Morichal, por lo que *“los derechos y obligaciones que ostentaba el demandante en dicha promesa de contrato de compraventa, los cedió de manera expresa y pública a dicha entidad FIDUCLARLA”*; (iv) *“Rebaja de pena por cumplimiento parcial”*, porque *« se cumplió con la instalación de toda la parte física, para la fecha en que se suscribió la escritura pública No. 1043 del 29 de junio de 2017, faltando únicamente que la empresa CODENSA instalara el contador de luz»*.

Presentó además llamamiento en garantía en contra de Jairo Riaño Moreno a través del cual pretendió que se declare que el llamado incumplió su obligación emanada de un contrato de obra celebrado entre ambos para culminar la instalación del servicio de energía eléctrica en el predio prometido en venta y pidió que se declare que está él obligado a responder por las condenas que se profieran contra el demandado, con ocasión de la demanda principal.

Sustento el llamamiento relatando que Héctor Armando Moncada Rodríguez como contratante y Jairo Riaño Moreno como contratista celebraron un contrato de obra el 02 de enero de 2017, con el objeto de que el segundo se ocupara de la instalación de una red eléctrica en la finca La Leyenda, comprometiéndose a comprar todos los materiales necesarios incluyendo transformador, postería, alumbrados y de realizar el trámite requerido ante Codensa para la puesta en marcha del servicio, pactando como precio de toda la labor un precio de \$26'000.000.

Que Jairo Riaño Moreno conocía el contrato de promesa de compraventa que Héctor Armando Moncada Rodríguez había celebrado con Rafael Acosta Lee, así como del compromiso que el promitente vendedor había adquirido con el promitente comprador de instalar la red eléctrica para el 29 de junio de 2017, fecha para la cual quedó instalado el servicio, pero dejó *“pendiente que la empresa CODENSA conectara los medidores o contadores”*.

Que pasado un mes sin la visita de Codensa Héctor Armando Moncada Rodríguez y Rafael Acosta Lee decidieron desconectar el servicio para evitar sanciones, conociendo ambos que a Jairo Riaño Moreno le correspondía el trámite ante la empresa y sólo el 9 de marzo de 2019 se suscribió un acta de entrega de la obra entre Héctor Armando Moncada Rodríguez y Jairo Riaño Moreno, en la que el contratista *“acepta asumir el retardo del cumplimiento del contrato, por lo que está dispuesto a asumir las indemnizaciones que lleguen a generarse a causa de entregar el trabajo tardíamente”*².

El demandante al pronunciarse sobre las excepciones de fondo, frente a la de *“Cumplimiento de las obligaciones por el demandado”*, manifestó que no era cierta porque la instalación del servicio de energía

¹ Fl. 0001 Cuaderno principal exp digital.

² Fl. 6 C.0001 excepciones previas y llamamiento en garantía

que era la obligación incumplida sólo culminó el 9 de marzo de 2019, 19 meses después de lo pactado. Que la de *“Buena fe exenta de culpa”* habría requerido que el demandado exigiera el cumplimiento a su contratista dentro del plazo fijado. A la de *“Falta de legitimación por activa y desistimiento tácito de las condiciones para suscribir la escritura pública”*, respondió que la demanda se basaba en el incumplimiento de la promesa, de la cual el actor era la parte que cumplió con sus obligaciones y respecto a la de *“Rebaja de pena por cumplimiento parcial”*, que el monto de la pena es el fijado en la cláusula penal y estaba probado *“el cumplimiento tardío de la obligación de instalar en la finca prometida en venta el servicio de energía eléctrica”*.

Con auto del 29 de agosto de 2019 se declaró proada la excepción previa de *“Falta de jurisdicción o de competencia”* y se ordenó la remisión del proceso al juzgado primero civil del circuito de Chocontá que avocó su conocimiento y admitió el llamamiento en garantía en autos del 9 de octubre del 2019.

El llamado se notificó personalmente el 20 de enero de 2020 y ante su silencio, mediante auto del 1 de julio de 2020 se tuvo por no contestado el llamamiento, el 25 de marzo de 2021 se adelantó la audiencia del artículo 372 del C.G.P. y en ella se recepcionó el interrogatorio al demandado y se decidió prescindir del interrogatorio del demandante y la audiencia suspendida por problemas técnicos se culminó el siguiente 12 de abril de 2021, oportunidad en la que se surtió el interrogatorio al llamado en garantía, se oyó a los testigos y cerrado el debate probatorio se escucharon los alegatos de conclusión y se anunció que se emitiría sentencia escrita dentro de los 10 días siguientes, como en efecto ocurrió.

3. La sentencia apelada.

Luego del resumen de la demanda, contestación, llamamiento en garantía y el trámite procesal surtido, el a-quo dejó sentado que como problema jurídico resolvería en primera medida si existía incumplimiento del contrato por el promitente vendedor al no haber entregado instalado el servicio eléctrico al momento de suscribirse la escritura de compraventa; y frente al llamado en garantía, que sí debía el convocado salir al pago de la condena que se le llegase a imponer al demandado por ese incumplimiento.

Para anunciar que la respuesta a ambos cuestionamientos sería “positiva” aunque en el primer evento declararían probada la excepción de rebaja de pena por cumplimiento parcial de la obligación.

Paso a explicar el fundamento de su decisión identificando que se ejercía la acción resolutoria del artículo 1546 del C.C., que exigía acreditar la celebración de un contrato válido, el cumplimiento de las obligaciones del demandante y el incumplimiento del demandado y que en este caso se optaba por reclamar la declaratoria de incumplimiento para obtener la indemnización de los perjuicios causados pues se persistía en el contrato que ya se había perfeccionado; y acogió las pretensiones, declaró probada la excepción de *“Rebaja de pena por cumplimiento parcial”* y próspero el llamamiento en garantía.

Consideró reunidos los requisitos del art. 89 de la Ley 153 de 1887 el actor promitente comprador había cumplido sus obligaciones que así lo afirmó al demandar y lo aceptó el promitente vendedor al contestar, observó su obligación principal de pagar el precio de \$1.330'000.000.00 de pesos y suscribió la escritura pública de venta.

Descartó la configuración de la excepción de *“Falta de legitimación por activa y desistimiento tácito de las condiciones para suscribir la escritura pública”*, porque el contrato objeto del reclamo era la promesa de

compraventa, acuerdo autónomo e independiente de la compraventa contenida en la escritura pública 1043 del 29 de junio de 2017, por lo que eran las partes del primer contrato las que debían comparecer al proceso.

Resaltó que al promitente vendedor le correspondía instalar el servicio de energía eléctrica en el predio prometido en venta, según lo establecido en la cláusula sexta del contrato de promesa modificada por la cláusula primera del otrosí del 22 de junio de 2017, obligación que como se había evidenciado en el interrogatorio del demandado, del llamado en garantía y de los testimonios de Rodríguez Peña, Mario Alberto Muñoz Moncada y Jairo Antonio Moncada Rodríguez, no se había cumplido.

Pues esas declaraciones demostraban que *“aunque para el veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017) fecha en la cual se firmó la escritura pública de venta, se había instalado en el predio objeto de venta una bombilla y aparentemente contaba con el servicio de energía instalado, ello no era así pues ni siquiera se había instalado el contador correspondiente ni CODENSA había recibido formalmente la red”*. Para con ello despachar desfavorablemente las excepciones de mérito de *“Cumplimiento de las obligaciones por el demandado”* y *“Buena fe exenta de culpa”*.

Frente a la invocada aplicación de la sanción por incumplimiento cláusula penal, que anotó era un acuerdo para fijar una pena en caso de incumplimiento, en virtud de art. 1596 del C.C., esta debía ser proporcional a la medida del incumplimiento; que en el caso se había cumplido parcialmente, pues cuatro obligaciones tenía el promitente vendedor, transferir el dominio del predio, entregarlo al comprador; la solicitud y trámite de un permiso de construcción ante la CAR, y la instalación del servicio de energía.

Que eran obligaciones principales las dos primeras y que el valor total del contrato podía repartirse en las obligaciones asumidas así: un 80% las dos primeras (40% para cada una) y el 10% para cada una de las restantes, para concluir que ante el incumplimiento de la última, la condena debía limitarse al 10% del monto establecido en la cláusula penal, \$13'300.000 de pesos, indexados desde el 29 de junio de 2017.

Frente al llamamiento en garantía consideró debía prosperar, se soportaba en un contrato de obra que cumplía los requisitos legales, el llamado se comprometía como contratista a la instalación del servicio de energía eléctrica, pero fue ella incumplida, en los términos del art. 2056, que dicha omisión fue a la vez causa del incumplimiento del demandado promitente vendedor frente al demandante, por lo que el llamado debía responder por la suma que se le impuso al promitente vendedor cubrir.

4. La apelación.

4.1. El demandante apela pidiendo se modifique la decisión y se imponga la condena al pago de la cláusula penal tal y como fue convenida, sin ninguna rebaja, pues considera que la decisión de disminuir el monto de la pena estaba *“en abierta oposición a la voluntad de las partes contratantes acerca de la cláusula penal”* pues hubo *“una jerarquización injustificada de las obligaciones contractuales a cargo de la parte demandada y en una noción de proporcionalidad carente de razonabilidad”*.

Que era una suma única la pactada para cubrir el incumplimiento de una cualquiera o varias de las obligaciones del contrato sin que en ninguno de los apartes del aquel se estipulara una división entre las obligaciones, por lo que el fraccionamiento resultaba arbitrario.

Que el art. 1594 del C.C. refiere a la obligación principal para establecer una diferencia exclusivamente con la obligación de pagar la pena por incumplimiento y que con base en ese artículo no puede establecerse una categorización del resto de obligaciones como se hace en la sentencia.

Cuestionó que se hablara de una aceptación del cumplimiento parcial cuando las pruebas indican inequívocamente un ánimo de incumplimiento del demandado por meses y que no se valorara la omisión del promitente vendedor al no ejercer control sobre la ejecución del contrato de obra civil.

4.2. El extremo demandado no recurrente se pronunció reiterando que para la fecha convenida *“estaban instalados los postes, instalada la red eléctrica, construido el muro para los contadores, y hasta allí llegó la luz eléctrica, a tal punto que colocaron un bombillo como prueba de ello [y] solo quedaba pendiente el trámite ante CODENSA (...) trámite que dependía de terceras personas y no de las partes, por lo que se aceptó tácitamente que el vendedor había cumplido con su parte”*.

Y agregó que en todo caso *“si en aras de discusión llegare a modificarse la cuantía que se declaró a favor del demandante, que se le debe pagar como parte de la CLÁUSULA PENAL, dicha obligación como lo señala la sentencia recae en el LLAMADO EN GARANTÍA, señor JAIRO RIAÑO y no propiamente en el aquí demandado”*, punto este último que no había sido objeto de apelación.

CONSIDERACIONES

1. Concurren los presupuestos procesales que la doctrina señala indispensables para proferir decisión de mérito. El juez de primera instancia es competente por la naturaleza del asunto, la cuantía de la pretensión y el domicilio del demandado y esta colegiatura como superior funcional de aquella autoridad. Las demandas reunieron los requisitos de ley para su admisibilidad; demandante, demandado y llamado en garantía, personas naturales, están facultados por la ley para ser parte procesal y comparecer directamente en razón de su mayoría.

De otro lado, no se observa configurada causal de nulidad que invalide lo actuado y se acredita, prima facie, la legitimación en causa activa y pasiva, al existir identidad entre quienes son partes procesales y los llamados por la ley sustancial a ser extremos del debate principal, pues demandante y demandado son los contratantes de la promesa cuyo cumplimiento e indemnización se pretende, el demandante se dice contratante cumplido y se convoca por el demandado promitente vendedor a quien se comprometió con el a asumir el pago de lo que llegare a imponerse cubrir por el incumplimiento de la obligación contractual cuya ejecución contrató con el llamado.

2. La pretensión

Fuente de obligaciones es el contrato o acuerdo de voluntades destinado a crearlas, el artículo 1494 del Código Civil señala que *“las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas como en los contratos o convenciones...”*. Relevada importancia se le otorga a esta convención, pues dispone el legislador en el artículo 1602 ídem que *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Ahora bien, por el ejercicio de esa autonomía de la voluntad quedan las partes obligadas a la ejecución del contrato convenido de buena fe, a cumplir no solo lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley le pertenecen a ella (art. 1603 Íbidem), y caso de incumplimiento contractual, la ley faculta al contratante cumplido a reclamar o bien la resolución del convenio o su cumplimiento forzado, en ambos casos con

derecho a la indemnización de los perjuicios acusados; así lo señala el artículo 1546 del Código Civil, que consagra la condición resolutoria tácita, propia de los contratos bilaterales como lo es el contrato de promesa de venta, fuente de la pretensión elevada.

3. La solución de la alzada.

3.1. Al demandar se reclamaba por el promitente comprador, no obstante haberse ya cumplido con la entrega y tradición del inmueble prometido en venta, que se forzara al vendedor a realizar la instalación del servicio de energía eléctrica autorizado por la empresa respectiva y que por el incumplimiento de esa obligación se le condenara al pago de la cláusula penal pactada en un 10% del precio de venta del inmueble prometido.

Y el vendedor demandado llamó en garantía a la persona natural que contrató para obtener autorización y realizar la instalación eléctrica, pues aquel firmó con el llamante documento en que se comprometía a pagar aquello por lo que se le condenara a su contratante, derivado del incumplimiento de esa su obligación.

Como en curso del proceso se admitió por el actor que el 9 de marzo de 2019 se cumplió a cabalidad con la obligación objeto del reclamo, el debate se centró entonces exclusivamente en la indemnización de perjuicios y el llamamiento en garantía.

El a-quo, con el acreditado incumplimiento decidió que era viable imponer la indemnización reclamada, pero como observó que la cláusula penal era garantía de todas las obligaciones contractuales, consideró que las del promitente vendedor eran cuatro dos principales, la entrega de la cosa y la tradición de la misma, a las que para efecto de determinar el monto de la indemnización le dio valor de 40% del 100% a cada una, y a las de obtener para el inmueble prometido en venta los permisos de la CAR para hacer un pozo profundo y la instalación del servicio eléctrico con autorización de Condensa, a las que les atribuyó en el mismo esquema una valoración del 10% a cada una, por ello condenó al demandado al pago del 10% de la cláusula penal que ascendía a \$130.000.000.00; de los \$1.300.000.000.00, que se pactaron como precio y le impuso al llamado su cubrimiento, producto del acuerdo que suscribió con su llamante contratante.

El promitente comprador al apelar sólo discute el monto de la condena impuesta y es a ello a lo que se contrae la alzada del único apelante, atendiendo además que el artículo 320 del C.G.P., señala que el recurso de apelación *“tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”*, y que, conforme lo dispone el artículo 328 del C.G.P., el juez de segunda instancia tiene una competencia limitada a la definición del recurso, que éste *“deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio”*.

3.2. Como se dejó sentado en el antecedente el contrato de venta prometido se ejecutó, el acuerdo preparatorio logró su propósito de realización de la venta del inmueble ofrecida, sin embargo, una de las obligaciones de pacto expreso en la promesa dejó de observarse por el promitente vendedor, pues para el día en que se firmó la escritura de venta no se había instalado con los permisos de Condesa, como se había comprometido, el servicio de energía eléctrica en el predio enajenado; y aunque en curso del proceso cumplió con lo debido, no hay discusión en que se acreditó el incumplimiento soporte del reclamo.

Siendo así las cosas, para la definición del recurso es entonces importante el recordar que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria tiene sentado que: *“(…) el efecto ‘extintivo’ que conlleva frente a los pactos del precontrato el surgimiento del convenio final, no puede, ni debe, ser absoluto. Por el contrario, para*

responder el cuestionamiento propuesto resulta imperativo identificar, previamente, si existe perfecta coincidencia entre ambos negocios jurídicos (es decir, si en el contrato prometido se vertieron, sin reformas, las condiciones señaladas en la promesa), o si se presentan divergencias en sus contenidos.

En la primera hipótesis, resulta innegable la improcedencia (y futilidad) de hacer pervivir una negociación que, como se ha señalado insistentemente a lo largo de esta providencia, corresponde a una expresión temporal de voluntad de las partes, orientada —precisamente— a ser sustituida con el otorgamiento del contrato prometido. En el segundo evento, a su turno, será necesario identificar si los puntos divergentes fueron, o no, objeto de una novedosa regulación en el contrato definitivo.

Ciertamente, si en la promesa se prevé que alguno de los elementos del contrato prometido adoptará una determinada forma, y luego en este resulta regulado de manera distinta, es ineludible entender —al menos en línea de principio— que lo manifestado en el negocio jurídico final recoge la contundente, irrevocable y definitiva voluntad de los contratantes, sustituyendo así su querer inicial, expresado en la promesa; lo anterior precisamente por la naturaleza meramente preparatoria y función jurídico-económica del precontrato, que no es otra que allanar el camino para la celebración de un convenio posterior.

En cambio, si las partes guardan silencio en el segundo contrato (el definitivo) frente a algún punto sistematizado en el primero (el preliminar), la disposición primigenia subsistirá, siempre y cuando reúna los requisitos que exige el ordenamiento para la validez y eficacia de la totalidad de las convenciones entre particulares³.

Pues ocurre que en este caso la obligación derivada de la promesa y su otro sí que se alega incumplió el promitente vendedor, no obstante haberse ya firmado la escritura pública de transferencia del dominio del inmueble No. 01043 de 29 de junio de 2017 de la notaría 35 de Bogotá, consistente en la instalación autorizada del servicio de energía eléctrica en el predio La Leyenda, subsistía en los mismos términos en que se incluyó en la cláusula sexta de la promesa, modificada por el otrosí del 22 de junio de 2017, pues nada se pactó en contrario en la escritura de venta.

En efecto, la obligación inobservada recogida en la cláusula sexta del contrato de promesa establecía que correspondía al promitente vendedor haber “obtenido la instalación del servicio de energía eléctrica en el predio que se promete en venta” y sólo se cumplió a cabalidad el 9 de marzo de 2019, pues aunque antes ya se había instalado la infraestructura necesaria, sólo entonces se dejó funcionando con autorización el servicio de energía, es decir, tras un retraso de varios meses respecto de lo convenido.

Por lo que, en aplicación del artículo 1546 del C.C. podía el contratante cumplido pedir, como acá demandó, el cumplimiento del contrato y la indemnización de los perjuicios causados, y aceptándose que se incumplió el contrato por la inobservancia de esa obligación, aun cuando en curso del proceso esta se hubiese satisfecho, precedente resultaba imponer la condena a indemnizar, pues el supuesto de hecho para ello exigido en la norma jurídica se había configurado, el contratante demandado incumplió sus obligaciones.

3.3. Luego el problema jurídico que debe resolverse en esta instancia es si resulta viable calificar por su importancia las obligaciones contractuales, para efecto de disminuir la indemnización por su incumplimiento prevista en la cláusula penal.

³ Sentencia SC2221-2020, con Rad. 76001-31-03-011-2016-00192-01.

3.3.1. Por cláusula penal se entiende según el artículo 1592 del C.C. “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

Sobre su alcance señala la Corte: “Pues bien, en el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina ‘cláusula penal’ al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de ‘cláusula penal compensatoria’ y en el segundo, ‘cláusula penal moratoria’; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación. En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una ‘obligación accesoria’, en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación; igualmente, constituye una ‘obligación condicional’, porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la ‘obligación principal’; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos”⁴.

Los términos en que se estipuló permiten en el caso afirmar que se convino como cláusula penal moratoria o tasación anticipada de perjuicios, pues en ella se redactó que las partes convenían “como cláusula penal por incumplimiento a lo aquí acordado el diez por ciento (10%) del valor de la venta a (sic) sea la suma de **CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$133.000.000.00)** M/cte, en favor de la parte que cumpla o se allane a cumplir lo pactado y en contra de la parte que incumpla una o varias cláusulas del presente contrato. Por el pago de la pena no se extingue el cumplimiento de la obligación principal”.

3.3.2. El promitente comprador demandante afirma que la sentenciada rebaja del monto de la pena en ella dispuesta va “en abierta oposición a la voluntad de las partes contratantes acerca de la cláusula penal”, razonamiento que el Tribunal no comparte, pues debe recordarse que es regla que rige la interpretación de los contratos que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” (artículo 1618 del C.C.), y contrario a lo alegado por el recurrente fácil es concluir que la intención de las partes con su pacto no era otra que la de amparar el contrato en su integridad, que es respecto al conjunto de sus obligaciones que debe entenderse el objeto por ella cubierto.

Que en este evento, se condicionó en el texto de la promesa y su otro sí la ejecución de la principal obligación de la promesa del perfeccionamiento del contrato prometido con la firma de la escritura de venta, a que se hiciera por el promitente vendedor la instalación autorizada del servicio de energía eléctrica en el inmueble prometido pues la cláusula sexta, modificada por el otrosí, establecía claramente que: “La escritura pública que da cumplimiento a la presente PROMESA DE COMPRAVENTA, se otorgará el día jueves 29 de junio de 2017 (...) siempre y cuando el PROMITENTE VENDEDOR, para dicha fecha (i) haya obtenido la instalación del servicio de energía eléctrica en el predio que se promete en venta”.

Y aun cuando el contrato establecía expresamente que “en caso de que, para la fecha antes señalada, EL PROMITENTE VENDEDOR no haya cumplido con lo estipulado en la presente cláusula, LAS PARTES de común acuerdo prorrogarán la fecha de la firma de la escritura, mediante la suscripción de un OTROSI o cláusula adicional a esta promesa donde así se manifieste”.

No obstante, aunque el día en que se firmaría el acto notarial esa obligación no se había satisfecho, el promitente comprador y acá demandante decidió acceder a perfeccionar el contrato y firmar la escritura de venta, aun sin la plena satisfacción de todas las obligaciones que para con él tenía el promitente vendedor; y es desde ese comportamiento contractual de donde resulta válido concluir

⁴ Sentencia SC3047-2018, con Rad. 25899-31-03-002-2013-00162-01

que había lugar a realizar una rebaja proporcional en la pena convenida por el incumplimiento en la cláusula penal, pues no estando obligado a hacerlo el contratante cumplido, aceptó en esas condiciones realizar la ejecución de la obligación principal del contrato de promesa.

Pues en discusiones de contratos de promesa señala la Corte Suprema de Justicia⁵ que: *“Estipulada la cláusula penal y aunque el acreedor no esté obligado aceptar del deudor el pago parcial de la obligación, sin embargo, cuando lo acepta en esas condiciones renuncia implícitamente a una parte proporcional de la pena, como claramente se desprende de la ley, en cuanto esta establece que “si el deudor cumple solamente una parte de la obligación y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal”.*(artículo 1596 del c.c.)

Sin que pueda aceptarse la alegación del recurrente de que existe “una jerarquización injustificada de las obligaciones contractuales a cargo de la parte demandada y en una noción de proporcionalidad carente de razonabilidad”, pues en el propósito que señala la jurisprudencia es lógico razonar que aceptándose el cumplimiento de la obligación principal del contrato de promesa, perfeccionamiento del contrato prometido, la inobservancia de otra obligación no principal en el tipo de contrato suscrito, como la que se da por incumplida en el caso de no instalación autorizada del servicio de energía eléctrica, debe generar por aplicación del artículo 1596 del C.C. una disminución razonable en la pena a imponer por el incumplimiento.

Ahora, no varía lo concluido la alegación del recurrente de que no se valoró la conducta omisiva del promitente vendedor de tener un control en la ejecución de la obra civil que contrató para la instalación eléctrica, pues lo cierto es que en el caso al darse por establecido, para los efectos de lo demandado, que era el promitente vendedor el contratante incumplido por no entregar el servicio de energía eléctrica autorizado e instalado en el inmueble para el día en que se debía firmar la escritura de venta, poco y nada sumaba en ese propósito el que se señalase que había sido causa del mismo su falta de cuidado sobre la ejecución del contrato que suscribió con un tercero.

Pues debe reiterarse que si el promitente comprador que podía ampararse en la cláusula sexta para no otorgar la escritura el día previsto sin el cumplimiento de la condición a que aquella estaba sujeta, o bien convenir una nueva prórroga para su ejecución, decidió celebrar el contrato prometido, sin hacer ninguna anotación en la escritura de venta pública respecto a la obligación pendiente de instalación del servicio de energía eléctrica, no otra cosa puede entenderse que aceptó el cumplimiento de la obligación principal de su contraparte negocial, y con ello, dejó sentado que era aplicable el artículo 1596 del C.C. y dar paso a disminuir el valor de la pena prevista en la cláusula penal.

En conclusión la respuesta al problema jurídico planteado es afirmativa, no resultan aceptables los reparos del apelante y la decisión recurrida será confirmada con la condena en costas a la parte demandante y recurrente, pues en últimas el Tribunal comparte la estimación del a-quo de dar valor a las distintas obligaciones que se derivaban del contrato, considerando en ello el carácter principal y secundario que aquellas tenían, dada la facultad legal de disminuir la condena en perjuicios anticipada por los contratantes, cuando se admite por el reclamante el cumplimiento parcial de las obligaciones convenidas por su contraparte.

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

⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia de octubre 7 de 1976 G.J. CLII pág. 441.

RESUELVE

CONFIRMAR, la sentencia proferida el 26 de abril de 2021, por el juzgado civil del circuito de Chocontá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Condenar en costas de la instancia al extremo apelante, tásense por el a-quo fijándose como agencias en derechos la suma de \$1.500.000.00

Notifíquese y Cúmplase.

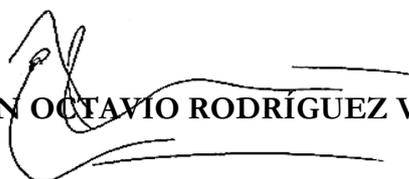
Los magistrados,



JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS



JAIME LONDOÑO SALAZAR



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ