SEÑORES

HONORABLES MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA.

MAGISTRADO PONENTE: Doctor JAIME LONDOÑO SALAZAR

Correo electrónico secftsupcund@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO N° 25899 – 31-03-001-2018-00328-02

DEMANDANTE: JORGE LUIS FAJARDO URIBE

DEMANDADA: VICTORIA LUCÍA MUÑOZ RODRIGUEZ y OTROS

EDGAR FERNANDO GAITÁN GARZÓN, mayor de edad, abogado en ejercicio, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de apoderado especial reconocido de la demandada VICTORIA LUCÍA MUÑOZ RODRIGUEZ, hija y heredera del señor LUIS ALEJANDRO MUÑOZ FANDIÑO, conforme al auto de esa Honorable Corporación, notificado por estado del 18 de Diciembre de 2023, que admite la APELACIÓN impetrada ante el *a-quo* contra la sentencia de fecha de noviembre de 2023, procedo dentro del término otorgado a sustentar dicho recurso en los siguientes términos:

Primero,- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

En el recurso de APELACIÓN presentado ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de la ciudad de Zipaquirá, fueron expuestos de manera breve y concreta los fundamentos básicos del mismo así:

INCONGRUENCIA DEL FALLO . Al emitirse el fallo se realizó una respetuosa, pero errónea interpretación de las Pretensiones de la demanda como de la Normatividad relacionada con la Resolución del Contrato.

Esa incongruencia toda vez que la decisión del *a quo* plasmada en la sentencia trata del incumplimiento mutuo, o desistimiento tácito que no fue deprecado en la demanda.

Por tal razón el fallo es Incongruente al no tener en cuenta los pedimentos de la demanda, y los limites o linderos del proceso que quedan trazados y entablados con la demanda y en o la contestación de la demanda conforme al artículo 281 del Código General del Proceso.

Incongruencia del proveído, puesto que sin haberse elevado solicitud alguna, dirigida a declarar esa resolución por mutuo disenso del contrato de Promesa, se está tomado una determinación que no se impetró.

Segundo,- LAS PRETENSIONES DEL ACTOR.

La pretensiones deprecadas por el actor taxativamente en la demanda presentada, fueron principalmente las siguientes :

“PRIMERA.- Que se **DECLARE** que se perfeccionó un contrato de promesa de compraventa entre los señores Luis Alejandro Muñoz Fandiño (Q.E.P.D.) quien actuó en calidad de Prometiente vendedor, y Jorge Luis Fajardo Uribe, quien obró en calidad de Prometiente comprador... cuyo objeto consistió en la promesa futura de celebrar un contrato de compraventa **de un predio rural O lote de terreno ... con un área aproximada de veinte fanegadas...**”

(La subraya y negrilla adrede)

La venta fue y era **sobre un cuerpo cierto** de 20 fanegadas.

“SEGUNDA: Que se declare que el señor Jorge Luis Fajardo Uribe pagó al señor Luis Alejandro Muñoz Fandiño (Q.E.P.D.) la suma de Trescientos Cuatro millones Setecientos Nueve Mil Setecientos Siete Pesos (\$304. 709. 707), por concepto de la primera cuota del precio **del inmueble prometido en venta.** (La subraya y negrilla mía)

Es decir, expresa la demanda que el Prometiente comprador CUMPLIÓ sus deberes y lo prometido en venta era un INMUEBLE y no derechos en común y proindiviso

“TERCERA Que se **DECLARE** que el señor Luis Alejandro Muñoz Fandiño (Q.E.P.D.) **incumplió** el contrato de promesa....

CUARTA Que se **DECLARE** que el señor Luis Alejandro Muñoz Fandiño (Q.E.P.D.) y la sucesión ilíquida del mismo, y en este orden también sus causahabientes , cesionarios o herederos , determinados e indeterminados son civil y contractualmente responsables por el incumplimiento del Contrato de Promesa, en la medida que el señor Muñoz Fandiño, no compareció para la firma u otorgamiento de la escritura pública **mediante la cual se perfeccionaría** el contrato prometido, violando la obligación que tenía como prometiente vendedor.

QUINTA. Que como consecuencia de la anterior petición se **DECLARE** la resolución del Contrato de Promesa **en los términos del artículo 1546 del Código Civil** ya que se dan los presupuestos fácticos y normativos ahí consagrados **por el incumplimiento** del señor Luis Alejandro Muñoz Fandiño... (La subraya y negrilla adrede)

Nótese Honorables Magistrados, que dichas pretensiones del demandante, tienen como causal exclusivamente, EL **CUMPLIMIENTO** de las obligaciones a cargo del demandante o prometiente comprador y el **INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO** por parte del demandado prometiente vendedor LUIS ALEJANDRO MUÑOZ FANDIÑO, hoy representado por su única hija y heredera.

Jamás de los Jamases, las pretensiones de la demanda hicieron referencia a la declaratoria de una resolución del contrato por **DESISTIMIENTO**

TÁCITO o que hubiese existido INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DEMANDANTE, o incumplimiento mutuo.

Fue así como dicho demandante, haciendo caso omiso de los pronunciamientos ejecutoriados de este mismo Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, conforme providencia de fecha 11 de junio de 2015, siendo ponente igualmente el Honorable Magistrado Dr Jaime Londoño Salazar, providencia anexa al plenario, la demandante sin embargo, entabla el presente proceso, para pedir la RESOLUCIÓN DEL CONTRATO con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil, tal y conforme reza taxativamente la Pretensión Quinta de la demanda: “... se DECLARE la *resolución del Contrato de Promesa en los términos del artículo 1546 del Código Civil ya que se dan los presupuestos fácticos y normativos ahí consagrados por el incumplimiento del señor Luis Alejandro Muñoz Fandiño...* (La subraya y negrilla adrede).

En la providencia del Honorable Tribunal de Cundinamarca antes referenciada, quedaron demostrados **los varios o múltiples** incumplimientos claros, del acá demandante, conforme se expuso en la contestación de la demanda y excepciones presentadas por el suscrito al respecto dentro del presente asunto, basado lógicamente en las PRETENSIONES formuladas en LA DEMANDA y no en lo que no se conocía e iría a suceder en la sentencia.

Tercero.- Errónea interpretación de la normatividad y causal de la Resolución del Contrato por incumplimiento.

El demandante ya sabía y conocía perfectamente de su incumplimiento del contrato objeto del asunto en referencia, y no puede allanársele el camino al demandante y avalársele su errado proceder, decretando de oficio la resolución del contrato por incumplimiento mutuo o tácito, cuando el demandante ha debido ejercer las vías conforme a derecho, que caben en este asunto, cuando existe incumplimiento del contrato por ambas partes.

La resolución del contrato en la forma deprecada, es ilegítima, por cuanto **para impetrarla el actor** debe haber **cumplido a cabalidad con todas sus obligaciones**. Ser un contratante cumplido. El demandante incumplió el contrato como se hizo claridad en la contestación a la demanda, principalmente los hechos cuarto-séptimo- octavo -décimo segundo. El demandante debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

Y es que el incumplimiento unilateral y recíproco-, como lo dispone la Corte Suprema de Justicia, ha de reconocerse, por igual, **que el contrato subsiste jurídicamente. Por tanto** ese contrato de promesa de compraventa, continúa generando efectos para quienes lo celebraron, de modo que su extinción ha de obtenerse por un medio diferente, claro está, con sujeción a la regla del artículo 1602 del Código Civil, esto es, “por causales legales”.

Tercero.- La demanda así presentada y cuyas pretensiones se ratificaron en la subsanación de la demanda, fue admitida por auto del 29 de noviembre del año 2018 y se notificó a la demandante, el 30 de noviembre de 2018.

Cuarto.- La demanda fue contestada oportunamente por parte del suscrito apoderado de la señora VICTORIA LUCÍA MUÑOZ RODRIGUEZ, planteándose varias excepciones. Sobre dicha contestación y excepciones, la parte demandante **guardó absoluto silencio a pesar que el Juzgado le corrió traslado de las mismas, conforme lista fijada según archivo digital 075.** No se pronunció el actor sobre las mismas, y menos aún se opuso a su prosperidad, por lo que con el silencio elocuente el demandante, avaló las excepciones de fondo presentadas por la demandada VICTORIA LUCÍA MUÑOZ RODRIGUEZ **de lo cual quedó constancia en el plenario.**

Quinto.- Primera audiencia. En la etapa conciliatoria con el mejor ánimo y deseo de continuar con el contrato celebrado de promesa de compra-venta entre el señor LUIS ALEJANDRO MUÑOZ FANDIÑO y el señor JORGE LUIS FAJARDO URIBE, por parte de la señora VICTORIA LUCÍA MUÑOZ RODRIGUEZ se le propuso al demandante, que se trasladaran al inmueble que decía el prometiente comprador señor Jorge Luis Fajardo Uribe, había negociado con el señor Luis Alejandro Muñoz Fandiño, toda vez que desconocía la parte demandada, cual fue la parte del inmueble de mayor extensión distinguido con la matrícula inmobiliaria número N° 176-0035 211 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Zipaquirá denominada la Manga, que como cuerpo cierto había negociado el acá demandante con el causante LUIS ALEJANDRO MUÑOZ FANDIÑO, su padre.

De esa manera podrían identificar plenamente cual fue la parte del Lote de terreno que se había negociado, así mismo acordar las partes su precio real como forma de pago, saldos de lo que aún adeuda el Prometiente Comprador, acuerdo del cual se pondría en conocimiento al Juzgado Décimo de Familia donde cursa la sucesión del señor LUIS ALEJANDRO MUÑOZ FANDIÑO. De esa forma, quedaría finiquitada la negociación de una parte de el inmueble denominado LA MANGA, tal y conforme fue realmente la voluntad de las partes plasmada en el contrato de Promesa de venta de fecha 8 de noviembre de 2010, que lo fue EXCLUSIVAMENTE sobre un cuerpo cierto y determinado de 20 fanegadas aproximadamente. No lo fue **sobre derechos en común y pro indiviso**, como quedó plasmado – (contrario a lo que aparece en el contrato celebrado-), **en el poder otorgado por el hoy demandante y Prometiente Comprador a la señora LUZ AMPARO FAJARDO** para que en su nombre se presentara a la Notaría única de Nemocón el día 27 de diciembre del año 2010.

Así, de común acuerdo entre la señora heredera representante legítima del señor LUIS ALEJANDRO MUÑOZ FANDIÑO (prometiente vendedor) y el señor JORGE LUIS FAJARDO URIBE (prometiente comprador) se podría y puede culminar el contrato de promesa de compraventa y dar por terminado el presente asunto como corresponde por acuerdo de las partes. Tan fue así que el Señor juez, accedió a la solicitud de suspensión de la audiencia y señaló nueva fecha para continuar la misma.

Al respecto, en la contestación a la demanda y en el alegato de conclusión, expresé que lo negociado no fueron derechos en común y proindiviso como lo dice el poder otorgado por Jorge Luis Fajardo Uribe a Luz Amparo Fajardo, para comparecer a la Notaría Única de Nemocón el 27 de diciembre de 2010, contrariando ese poder lo expresado en la promesa de venta, para concluir y reiterar que la voluntad de la heredera única y legítima Victoria Lucía Muñoz Rodríguez es continuar con la negociación y por ello tampoco puede darse cabida al desistimiento tácito, teniendo como causal el señor Juez, **únicamente el incumplimiento recíproco de las partes**, y olvidando que la causal única invocada por la parte demandante para pedir o pretender la resolución del contrato fue el cumplimiento del demandante y el incumplimiento del contrato por parte del prometiente vendedor hoy representado por la única heredera. Además, no tuvo en cuenta que la figura del desistimiento tácito no fue invocada por la parte demandante. Tampoco por la demandada. Requerimiento o pretensión que no se invocó o se trató a lo largo del proceso, vulnerándose así derechos fundamentales a mi representada, entre ellos el debido proceso y de la defensa.

Sexto.- La SENTENCIA. Realizados los alegatos de conclusión el Señor Juez procede a dictar sentencia en la cual expresa que en el contrato “ se encuentra determinado su objeto y demás especificaciones en el precio como **sobre el bien respecto del cual recaería**. Contrato respecto del cual además se extiende la presunción de autenticidad de que trata el artículo 244 del Código General del proceso. Documento que dijo el *a-quo* tampoco fue tachado de falso o desconocido su contenido en la forma ritual dispuesta por la ley adjetiva. Pero nótese que nada se dijo sobre lo expresado respecto que el contrato de promesa de compra venta que el mismo NO versa SOBRE derechos en común y

proindiviso, que fue para lo que el prometiente comprador hoy demandante OTORGÓ PODER para firmar una escritura. Continúa manifestando el señor Juez en la sentencia, que en dicho contrato se observa que se pactó un precio de \$900.000.000 **por la porción del predio** los Mangos que allí se describe debiéndose pagar en tres instalamentos cada uno de \$300.000.000 de pesos, siendo que el primero se pagaría a la firma de dicha promesa.

Luego, Relata la presentación que hace el Prometiente Comprador por conducto de su apoderada en la Notaría indicando que se aportó al plenario el documento de comparecencia. Sin embargo el sr Juez no se detuvo a analizar lo discurrido por la demandada que represento en cuanto que **dicho poder no lo fue** para la escritura pública de un cuerpo cierto y determinado, sino para **la de unos derechos en común y proindiviso como textualmente lo dije en los alegatos**

A continuación dice el sr Juez en su sentencia parte final minuto 2, que “ lo cierto es que del actor no se acreditó o se deduce, que se haya hecho presente con los valores correspondientes para cumplir con el pago del saldo del precio pactado a través de un medio de pago válido, pues es esta la obligación principal del prometiente comprador y no la de simplemente asistir a la Notaría.

De esa forma, el juzgador coligió, que se presentó un incumplimiento mutuo, al no asistir el Prometiente vendedor a la Notaría, procediendo sin mas a **declarar** la resolución del contrato pero sin indemnización de perjuicios.

JURISPRUDENCIA QUE DETERMINA LA INCONGRUENCIA DEL FALLO, y RESPETUOSA PERO ERRONEA INTERPRETACIÓN, DE LAS PRETENSIONES Y LA NORMATIVIDAD

A este respecto del desistimiento tácito, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, ha sido enfática como consistente, que deben existir dos condiciones principales exactas y concretas para que se decrete la resolución del contrato **por desistimiento tácito**.

- a) La pretensión o solicitud de la resolución del contrato por desistimiento tácito debe ser elevada legítima y legalmente por el actor, como principal o subsidiaria en la demanda. O por el demandado si se presenta como excepción, y resolverse la misma como tal.
- b) La voluntad de ambas partes de querer dar por terminado el contrato, no siendo suficiente únicamente el **incumplimiento mutuo o recíproco incumplimiento contractual**.

Total: No puede simplemente declararse el desistimiento tácito sin haberse PROPUESTO en el libelo por el actor; o por el demandado como excepción, y sin respetar los linderos que al proceso le pusieron las partes, siendo la sentencia incongruente. Esa incongruencia de la sentencia, es el objeto y causal aducida en la APELACIÓN presentada en el Juzgado de la instancia y otorgada por el *a-quo*, que acá se sustenta.

En cuanto al acápite

- a) Que debe haberse propuesto por demandante o por el demandado.

A este respecto basta con observar y dar aplicación a los apartes que a continuación transcribiré, de la sentencia **SC 1662 DE 2019 de la C.S.J. referenciada por el a-quo** en la SENTENCIA objeto de esta apelación, siendo ponente el Honorable Magistrado Doctor JOSÉ FERNANDO GARCIA, la cual sentencia en cuanto al tema del MUTUO DISENSO y sobre todo, respecto a la **solicitud concreta** de dicho mutuo disenso determinó lo siguiente, indicando desde ahora que las subrayas, negrillas, y resaltados son del suscrito:

“CONSIDERACIONES

Son incongruentes los fallos judiciales cuando, por defecto, por exceso o por ajenidad, no respetan los linderos que al proceso le fijaron las partes en la demanda y en la contestación, o que establece la ley, en

cuanto hace al reconocimiento oficioso de excepciones (art. 305, C. de P.C.).

De suyo, será mínima petita la sentencia que deja sin decidir alguno de los extremos del litigio; ultra petita, la que los excede; y extra petita, la que resuelve por fuera de los mismos.

Insistente y constantemente, la Sala ha puntualizado que “el principio de la congruencia que debe informar a la sentencia, se infringe ‘cuando hay falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, en cualquiera de estas formas:

1) ultra petita: si provee sobre más de lo pedido; 2) extra petita: si provee sobre

pretensiones o excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas y, 3) mínima petita: cuando omite decidir sobre todo lo pedido (sent. 107 de julio 21 de 1993, exp. 4383, reiterada en mayo 16 de 2000, exp. 6295)” (se subraya) .

Con otras palabras, “al juzgador no le resulta dado pronunciarse en la sentencia sino sobre lo que se le ha pedido por las partes, sin que pueda fallar en asuntos que no le han sido demandados (extra petita), ni más allá de lo solicitado (ultra petita), como tampoco puede abstenerse de pronunciamiento alrededor de alguno de los extremos del litigio (citra petita), pues, en los dos 24 primeros casos habrá incurrido en exceso de poder al ejercer la jurisdicción y, en el último, en defecto, que es lo que en la doctrina ancestralmente se conoce como el fallo omiso o diminuto” (se subraya)25

24 CSJ, SC del 21 de octubre de 2003, Rad. n.º 7486.

25 CSJ,

2. Como ya se registró, en la demanda con la que se dio inicio al proceso, se solicitó declarar que su promotor, señor Gustavo Chávez Matallana, ganó por prescripción adquisitiva extraordinaria, el

dominio del inmueble ubicado en la carrera 4ª Este No. 109-51 de esta ciudad.

A su turno, en la reconvencción que presentó el primigenio demandado señor Francisco José Camacho Amaya, se solicitó, de manera principal, la reivindicación del identificado bien raíz, con los pronunciamientos que son consecuentes a esa súplica; y de forma subsidiaria, la resolución por

incumplimiento del reconvenido e inicial actor, del contrato de promesa de compraventa que en relación con ese mismo predio celebraron aquél y la señora María Cristina Hernández de Camacho (q.e.p.d.), como prometientes vendedores, con Chávez Matallana, como prometiente comprador, con las determinaciones inmanentes a esa reclamación.

3. El Tribunal en el fallo recurrido en casación, luego de negar tanto **las pretensiones** del libelo introductorio como **las de la contrademanda**, así como **las excepciones formuladas** en frente de la reconvencción, “salvo la de mutuo disenso que se declara probada”, dispuso la resolución “por mutuo disenso” del mencionado acuerdo de voluntades y proveyó sobre las prestaciones mutuas derivadas de esa determinación, imponiéndole al primigenio demandante el deber de restituir a su contraparte el inmueble del pleito, junto con los frutos civiles causados “desde la celebración de la promesa de compraventa” y hasta la efectiva entrega del bien; y a Francisco José Camacho Amaya, como a los herederos de María Cristina Hernández de Camacho, la devolución de la parte del precio que recibieron y el pago de las mejoras.

4. Efectuado el cotejo objetivo de las pretensiones elevadas en las comentadas demandas del proceso y las ordenaciones adoptadas por el sentenciador de segunda instancia en su fallo, **se colige con absoluta claridad la inconsonancia de dicho proveído, puesto que sin haberse formulado solicitud alguna dirigida a que se declarara la resolución por mutuo disenso del contrato de promesa de compraventa vinculante de los litigantes, el ad quem adoptó tal determinación.**

5. Esa desarmonía del fallo no encuentra justificación, ni quedó conjurada, por el hecho de que el demandado en reconvencción, propuso, entre otras, la excepción que denominó “MUTUO DISENSO”, pues si el Tribunal denegó la resolución contractual solicitada subsidiariamente en ese libelo, **debido a que su proponente carecía de interés para intentarla,**

pues igualmente incumplió el convenio allí censurado, es patente que dicha acción no se configuró en favor del reconviniente y que, por ende, no había lugar al estudio de ninguna de las excepciones alegadas.

Con otras palabras: el fracaso de la acción de resolución por insatisfacción de los elementos que la estructuraban, impedía al Tribunal (en este caso al **juzgado 1° Civil del Circuito de Zipaquirá**) pasar al estudio de la (del distracto contractual) anotada excepción, como lo hizo, por lo que tampoco en desarrollo de dicho mecanismo defensivo, había lugar a que el Tribunal (**juzgado 1° Civil del Circuito de Zipaquirá**) abordara el estudio del distracto contractual. (lo en paréntesis y anotaciones adrede del suscrito)

Al respecto, bueno es memorar que “la labor de juzgamiento no puede ejercerse de cualquier modo. El rigor que exige la tarea decisoria requiere abordar inauguralmente **el reclamo del demandante** para que, definida la vocación de prosperidad de la pretensión con fundamento en las pruebas, se continúe con la valoración de las excepciones planteadas, de manera que sólo cuando la acción tiene posibilidad de victoria, se impone al juez entrar a auscultar los mecanismos aducidos **en pro de la defensa del demandado** a fin de establecer si ellos tienen la virtud de enervarla. (...). En este sentido, el juez de manera previa al estudio de la excepción, debe decidir el mérito de la demanda, concretamente, si concurren los presupuestos materiales para una sentencia favorable, porque si ello no es así, conocidos como el interés para obrar, la legitimación en la causa, la tutela jurídica y la prueba de los hechos, en palabras de Calamandrei ‘(...) **el derecho de acción** (entendido como derecho a la providencia favorable) **no nace (...)**”

26

(se subraya) .

6. Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que fue pertinente el estudio **del mutuo disenso** (la indicada excepción), es del caso señalar que su reconocimiento solamente podía

producir el derrumbamiento de la acción resolutoria incoada (), pero no que, adicionalmente, se dispusiera el rompimiento por mutuo disenso del contrato en esos términos controvertido, decisión que, por ende, se visualiza como resultado de la exclusiva iniciativa del sentenciador.

*Sólo con el propósito de reafirmar que **en tratándose de la figura del distracto contractual**, su alegación como excepción no daba para fulminar el correspondiente acuerdo de voluntades, pertinente es destacar que si ese hubiese sido el querer del legislador, habría dado a dicho mecanismo defensivo el mismo tratamiento que otorgó en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil a las excepciones de nulidad y de simulación del contrato fuente de la relación jurídica debatida, **en relación con las cuales dispuso que de haber sido propuestas**, “el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; **en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción**”, precepto en torno del cual la Sala tiene explicado que:*

El cabal entendimiento que a la aludida norma corresponde, permite distinguir con claridad los diversos supuestos de hecho que el legislador concibe y las consecuencias que a cada uno de ellos le atribuye. En primer lugar, cuando el demandado propone las excepciones de nulidad y simulación y al proceso han comparecido todas las partes que intervinieron en el acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez debe pronunciarse ‘expresamente’ sobre ellas, alocución que le impone de manera perentoria el deber de declarar la nulidad o la simulación del acto o contrato de que se trate, con las consecuencias propias de las declaraciones judiciales de esa especie, es decir, la aniquilación del mismo con las subsecuentes restituciones mutuas, si de la nulidad se trata, o la revelación de los verdaderos alcances de la voluntad contractual, atribuyéndole los efectos que le son inherentes.

*Un segundo supuesto se presenta cuando el demandado **propone** las susodichas excepciones, pero al proceso no comparecen todas las partes que intervinieron en la formación del acto jurídico. En tal hipótesis, no le es dado al juzgador, obviamente, aniquilar el contrato nulo, ni asignarle los efectos que conciernen a **la verdadera voluntad de las partes la cual, por lo demás, no puede declarar,** sino que solamente podrá acoger como fundada la excepción, declaratoria*

Tampoco se propuso por la parte demandada el desistimiento tácito por incumplimiento de ambas partes como excepción, que de haber sido propuesta, se ha debido fallar por el juzgador de la instancia, con las consecuencias de la misma, lo que no ocurrió en el presente asunto.

- b) En cuanto al punto b denominado “La voluntad de ambas partes de querer dar por terminado el contrato, no siendo suficiente únicamente el **incumplimiento mutuo** o **recíproco incumplimiento contractual**.”

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 25 de agosto de 2021 siendo ponente igualmente el Honorable Magistrado Doctor ALVARO FERNANDO GARCÍA invocada por el demandante tardíamente, no confiere patente de corso al actor para que luego de haberse presentado la demanda, estando notificado la misma, contestada y haberse propuesto EXCEPCIONES sobre las pretensiones de la demanda, solicite la resolución del contrato por desistimiento tácito, sin tener en cuenta que además de vulnerar derechos fundamentales del debido proceso y derecho a la defensa, estaría burlando lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto por ejemplo, que dicho **desistimiento tácito** para la resolución o terminación del contrato debe estar propuesto OPORTUNAMENTE por alguna de las partes del proceso, sino además, que esa sentencia del 25 de agosto del año 2021 por ninguna parte dispone que OFICIOSAMENTE pueda dictarse un fallo fundado en el desistimiento tácito que nunca se invocó y su fundamento sea únicamente un incumplimiento mutuo. Debe tenerse muy en cuenta, que es un requisito indispensable para la resolución del contrato, la inconfundible y concreta voluntad de ambas partes de dar por terminado ese convenio.

De otra parte, en este preciso asunto el demandante solicitó la Resolución del Contrato con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil y esta norma no es aplicable al incumplimiento mutuo o de ambas partes, lo que conlleva una errada interpretación de la Normatividad en la sentencia apelada. Dice la norma: “*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 o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios*”.

Dijo al respecto el Honorable Magistrado ARMANDO TOLOSA VILLABONA: No es cuestión de precisar si se trata de una condición ya expresa o tácita. No es lo uno ni lo otro. De condición no tiene nada, ni menos tácita, porque las condiciones obligacionales como hechos futuros inciertos, deben ser expresas para que la modalidad obligacional no revista el carácter de pura o simple o a plazo.

Igualmente la Corte Suprema de Justicia a este respecto expresó:

“La legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor.”(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil M.P.. Dr Silvio Fernando Trejos Bueno Sentencia: Marzo 7 de 2000, Referencia: Expediente 5319)

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia que invoca el demandante del 25 de agosto del año 2021 cuya referencia no anunció, se trata de la **SC3666-2021 Radicación n.º 66001-31-03-003-2012-00061-01**, por ninguna parte avala que sin haberse siquiera propuesto o presentado una pretensión como la resolución del contrato por **desistimiento tácito**, éste pueda ser resuelto o decretado de oficio por el Juzgador.

Dicha sentencia dispuso lo siguiente como puede observarse en los apartes que me permito transcribir, y cuyas subrayas, resaltados, negrilla o colores son del suscrito adrede.

“CONSIDERACIONES

(..)

“DEL MUTUO DISENSO

De aceptarse en gracia de discusión la satisfacción de la prenombrada exigencia, el embate tampoco se abriría paso por la vía de analizar de fondo lo relativo al mutuo disenso, pues no hay manera de inferir un “grave error” del Tribunal en sus apreciaciones jurídicas sobre esa figura -como se afirma en la censura-, y que fueron las que le llevaron a desestimar la suplica subsidiaria, relacionada con la terminación del contrato de promesa en cuestión, a partir de la tácita voluntad de los interesados. En efecto:

3.1. El mutuo disenso si bien cuenta con aval normativo en el Código Civil, no aparece mencionado allí con tal denominación, y tampoco se encuentra regulado con carácter general o específico.

*3.2. Ahora, ante la importancia cobrada por el mutuo disenso tácito como herramienta para superar situaciones de estancamiento contractual, son varios los casos que han llegado a la Corte sobre la materia, y que le han permitido, a través de su jurisprudencia, precisar que **no todo evento de mutuo incumplimiento de las obligaciones contractuales deriva, necesariamente, en la aplicación de esa figura, porque***

“Para que pueda declararse desistido el contrato por mutuo disenso tácito requiérese que del comportamiento de ambos contratantes, frente al cumplimiento de sus obligaciones, pueda naturalmente deducirse que su

implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato, el de no llevarlo a cabo. No basta, pues, el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean expresivos, de manera tácita o expresa, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato...”¹².

*Lo anterior quiere decir, siguiendo el precedente de la Corporación, que amén de esa desatención o abandono contractual, debe aparecer como hecho concluyente del mutuo disenso, **el inequívoco interés de las partes por no continuar con el negocio jurídico, esto es, por desistir del mismo y de las obligaciones que allí se incorporan.***

De esa manera, ha reiterado la Corte en época más reciente, que

“[L]a desatención recíproca de las partes, inclusive en el caso de ser concomitante, no autoriza la resolución de un contrato, cuando se invoca, sin más, como fundamento del mutuo disenso, porque [...] se requiere de algo adicional, como es que el abandono recíproco de las prestaciones correlativas, sea el fruto de un acuerdo expreso o tácito, obviamente, dirigido de manera inequívoca a consentir la disolución del vínculo”¹³.

*Con lo expuesto resulta que el mutuo disenso tácito o implícito, termina siendo una verdadera y genuina convención resolutoria, parecida a la figura romana del *contrarius consensus*¹⁴, que se perfecciona en virtud de las actuaciones inequívocas de los contratantes, encaminadas a poner fin al lazo contractual que los ligaba.*

¹³CSJ SC 6906-2014 de 3 de junio de 2014.

¹⁴ Una referencia concreta a esta figura se encuentra, en la literatura jurídica colombiana, en: CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. ‘Contrarius Consensus: terminación del contrato por mutuo acuerdo en la experiencia jurídica romana. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 28, págs. 79 a 126

*3.3. Así las cosas, no se observa vulneración del derecho sustancial o desconocimiento de la doctrina de la Corte, cuando el Tribunal razonó en su sentencia , que no hay mutuo disenso por el “simple incumplimiento unilateral o mutuo de las obligaciones”, **pues, se requiere del “proposito de ambos contratantes de desistir de lo acordado”**, de donde se descarta esa figura “si uno de ellos [contratante] inicia las gestiones para cumplir y lo hace; o las inicia, pero sin acatar lo que fue acordado; o simplemente se abstiene de hacerlo, porque el otro incumplió, pero su propósito ha sido el de llevar adelante*

el pacto; o ambos, con esa misma intencion incumplen lo suyo”.

Esas consideraciones, base juridica de la desestimacion de la pretension subsidiaria de terminacion del contrato de promesa por mutuo disenso tacito, estan acordes con la jurisprudencia de la Sala, porque reafirman la doctrina consistente en que no basta para tal proposito el mero incumplimiento contractual de las partes, sino que se exige la prueba contundente e inequivoca de que la voluntad de ellos, los interesados, es la de extinguir implicitamente el nexo comercial que los unia.

3.4. Cumple señalar, adicionalmente, que aun cuando el ataque se funda en la violacion directa de la normativa sustancial -lo que deja al margen cualquier controversia probatoria-, bueno es hacer hincapie en que dificil en verdad es la prueba del mutuo disenso tacito, ya que deben existir y demostrarse hechos concluyentes (facta concludentia) de los que se pueda deducir la intencion de las partes de finalizar el contrato celebrado (aun sin ejecutar o en camino de ejecucion).

*Pues bien, el Tribunal en su fallo no encontró prueba de la voluntad resolutoria de las partes, y por el contrario hallo elementos facticos para descartarla, **como lo dicho por el accionante en la demanda sobre el cumplimiento de sus cargas contractuales, y su actitud comercial, consistente en haber efectuado unos pagos.***

“En sintesis, las apreciaciones del Tribunal sobre la improcedencia del mutuo disenso tacito en el sub-lite, no constituyen una afrenta contra el ordenamiento juridico y el entendimiento que le ha dado la Sala a esa materia, particularmente a la hermeneutica de los articulos 1602 y 1625 delCodigo Civil, porque es natural que, para que se aplique esa figura, deba existir certeza de un consentimiento resolutorio, ya que el mutuo disenso es, en toda regia, un contrato dirigido a finalizar una relacion obligacional preexistente, y el hecho de que las declaraciones de voluntad comercial no solo tengan lugar de forma expresa y explicita, no exime de la carga de demostrar los

*actos univocos que lleven a presumirla, **no bastando, como se repitió, el mero incumplimiento de las prestaciones por parte de los contratantes.***”

En el presente asunto, por el hecho del mutuo incumplimiento no puede declararse la resolución del contrato por mutuo disenso o incumplimiento, toda vez el propio demandante afirmó en su demanda que **ÉL, como prometiende comprador fue el cumplido** pagando unos dineros, y por tal razón deprecó la resolución del contrato POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEMANDADO, prometiende vendedor LUIS ALEJANDRO MUÑOZ FANDIÑO, conforme a lo preceptuado en el artículo 1546 del Código Civil.

PETICION

Debidamente sustentado en tiempo el recurso de apelación admitido, y conforme a lo expuesto como lo existente en el plenario, solicito al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca revocar la sentencia apelada del a-quo, disponiendo lo conducente.

Atentamente,

EDGAR FERNANDO GAITAN GARZON
C.C. N° 11.331.827
T.P. N° 19075
Correo electrónico: asegaitan@hotmail.com