

Honorable Magistrado:

ORLANDO TELLO HERNANDEZ.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA,

SALA CIVIL-FAMILIA

E. S. D.

Ref.: Proceso Rad. No. 25899310300120180053101, Apelación de sentencia

Origen: Juzgado Primero Civil del Circuito, Zipaquirá

Demandante: **JAVIER MOISES REYES MALDONADO**

Demandado: **HECTOR HIRALDO CASTELLANOS GARZON.**

Asunto: Sustentación al RECURSO DE APELACION.

EDGAR EFRAIN JARAMILLO RIVEROS, identificado civil y profesionalmente como aparece con mi firma, obrando en calidad de apoderado judicial de la parte actora dentro del proceso en referencia, por medio del presente escrito, en acatamiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 2020, art. 14, dentro de la oportunidad procesal allí establecida y para que sea tenido en cuenta para los fines en la misma norma señalados, procedo a sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la providencia proferida por el A-quo dentro del proceso señalado.

1. DE LAS EXCEPCIONES DECRETADAS.

El señor Juez Primero Civil del Circuito de la ciudad de Zipaquirá, Cundinamarca, dentro de la audiencia inicial del art. 372 del C.G.P., que se llevó a cabo el día 2 de diciembre de 2019, profirió sentencia mediante la cual DE MANERA OFICIOSA DECRETO PROBADA LA EXCEPCION DE “CONTRATO NO CUMPLIDO”, dentro del proceso en referencia

El fundamento de su decisión se basa, de acuerdo a su criterio, en lo que establecen los arts. 1609 del Código Civil (C.C.) y 282 del Código General del Proceso (C.G.P.), los que a su tenor tratan, el primero de ellos norma de la excepción de contrato no cumplido, según la cual en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras la otra parte no cumpla o se allane a cumplir en la forma y tiempo debidos, y la segunda sobre la potestad que asiste al Juez de reconocer de manera oficiosa la excepción de la que dispone la otra norma en comentario.

(Nota: Al hacer alusión al minuto (Min.) en que se produce ya sea una afirmación, declaración o pronunciamiento, la tomamos en el medidor de tiempo externo al de la grabación del video de la audiencia (o sea: se toma del medidor propio del equipo en que se hace la observación), puesto que el cronometro de la grabación está bastante ilegible de origen.)

1.1 A LA EXCEPCION PERENTORIA DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Ha entendido erróneamente el señor Juez en su parte considerativa y del análisis de los medios de prueba, que el demandante ha incumplido con los obligaciones contractuales por cuanto no se demostró dentro del proceso EL PAGO POR PARTE DEL DEMANDANTE DEL PRECIO (Min.1:33:09) del bien prometido en venta, ni de la CONCURRENCIA A LA NOTARIA de parte del señor REYES MALDONADO el día 6 de marzo del año 2009 (Min. 1:42:17), tal como se estipuló en el contrato de promesa de venta de bien inmueble y cuyo incumplimiento por parte del demandado es la base de la acción incoada.

La providencia de la cual se apela no está en consonancia con los hechos demostrados en el proceso, por cuanto contradice las pruebas legal y oportunamente allegadas. Veamos:

1.1.2 Sobre el factor de incumpliendo relacionado con no estar demostrada la comparecencia del demandante a la notaria de Tocancipá en la fecha estipulada en el contrato de promesa de venta.

El hecho de la comparecencia a la notaria por parte del demandante, señor REYES MALDONADO, se encuentra plenamente demostrado con la declaración extrajudicial del señor **LUIS HERNANDO BLANCO MORA** (fl.25 del libelo demandatorio) aportada de manera legal y oportuna por la parte actora. En esta el deponente da cuenta clara y precisa al manifestarse sobre el hecho y las razones por las cuales acompañó al señor REYES MALDONADO durante toda la jornada hábil a la Notaria Única del Municipio de Tocancipá el día 6 de marzo de 2009, desde las 9:00 a.m. y hasta la hora de cierre de ese despacho, con la finalidad de cumplir con lo acordado en la CLAUSULA SEXTA del contrato de promesa suscrito entre las partes.

Se dice en la providencia en apelación, que no se acredita (por parte del demandante) el haber asistido a la notaria pactada para allanarse a la firma de la escritura (Min. 1:42:17 en adelante), lo cual en su sentir se acredita por conducto de la notaria que certifica el hecho como prueba idónea y no de un tercero, por tratarse de un acto solemne debe dejarse constancia escrita dado que se trata de un acto accesorio a uno solemne por la naturaleza del acto; y además porque el señor Juez encuentra sospechoso que se procure la prueba de la comparecencia por este medio, cuando lo que resulta lógico es que sea la notaria la que lo certifique; además por que no le ofrece credibilidad este medio, agrega seguidamente que no le convence por la debilidad y la manipulabilidad de la declaración extrajuicio (Min.1:42:17) según se establece la providencia que nos ocupa.

El análisis se apoya además en que este medio (la declaración extrajuicio vertida por el señor LUIS HERNANDO BLANCO MORA), de acuerdo a su criterio, no reúne los requisitos para la demostración del hecho de la comparecencia que están señalados en el art. 225 del C.G.P., el cual dispone en su inciso primero que: “La *prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato*” (resaltado propio). Se colige así desde esta consideración que para el señor Juez el único medio demostrativo de la asistencia a la notaria con fines de realizar la suscripción de la escritura que debe

materializar el objeto del contrato de promesa de venta es la certificación expedida por el propio notario en la cual se dé cuenta de la asistencia del obligado.

Pero la determinación del señor juez no corresponde con la libertad probatoria consagrada en nuestro derecho positivo (Art.165 C.G.P.). Las consideraciones en la parte sobre decreto de pruebas (Min. 55:26 en adelante) que aluden a la certificación notarial de comparecencia como a la “prueba reina” están referidas a las facultades del Notario Público, contenida en los arts. 3, 95 y 96 del Decreto 960 de 1970 (Estatuto del Notariado), En tales facultades se da a los notarios la potestad de dar testimonio escrito para fines jurídico-probatorios de los hechos percibidos por ellos en ejercicio de sus funciones, u ocurridos en su presencia de los que no quede dato en el archivo, o de aquellos hechos o situaciones perceptibles por los sentidos en forma directa para los que sea requerido a presenciar y que estén relacionados con el ejercicio de sus funciones.

Pero en ningún artículo de este decreto se ha señalado que sus certificaciones constituyan un tipo de solemnidad para la demostración de esos hechos sobre los que puede dar testimonio, como por ejemplo la comparecencia de partes a una notaria con fines de cumplir con obligación de suscribir instrumento público en el marco de obligaciones contractuales; ni en las normas de este decreto ni en ninguna otra norma, de donde se puede concluir que sobre este tipo de hechos, como de cualquier hecho subsiste el principio de la libertad probatoria.

Podemos señalar además que las solemnidades están instituidas para los actos jurídicos, como es el caso del contrato de promesa de venta sobre bien inmueble el cual para su existencia, eficacia y validez debe reunir los requisitos que la norma señala (art.89 Ley 153 de 1.887) como es el caso del contrato que sirve de base a la acción que se adelanta, hecho sin reparo u objeción en el proceso y así señalado en la parte considerativa de la providencia apelada (Min.1:21:00). Estas solemnidades no están instituidas ni se hacen extensivas a los hechos aunque estos estén vinculados a los actos jurídicos de naturaleza solemne por tanto, como ya está dicho, los hechos pueden ser probados de conformidad con lo dispuesto por el art. 165 de nuestro C.G.P. (libertad probatoria)

Tenemos entonces que la declaración extrajuicio vertida por el señor LUIS HERNANDO BLANCO MORA, decretada para ser admitida como prueba (Min.59:07) puesto que fue oportuna y en debida forma allegada, observa los presupuestos que la revisten de la eficacia e idoneidad para demostrar el hecho propuesto (Art. 188 C.G.P.); igualmente debemos señalar que de la declaración extrajuicio no se presento objeción alguna por la parte demandada, tampoco se procuró la ratificación (Art. 222 C.G.P.) aun fuera de forma oficiosa en cumplimiento de la obligación de esclarecer los hechos señalados en la declaración en procura de la realización de la justicia material (Arts. 169 y 170 del C.G.P.)

El señor LUIS HERNANDO BLANCO MORA informa en su declaración (fl.25 del libelo demandatorio), que efectivamente el demandante señor JAVIER MOISES REYES MALDONADO asistió a la notaria de Tocancipá en la fecha en que debió hacerlo (6 de mayo de 2009) y que le consta porque él también asistió acompañando al señor REYES MALDONADO con la finalidad de servir como testigo en la suscripción de el instrumento público y recibir el inmueble (casa 15 del conjunto Prados de la Sabana de Tocancipá) prometida en venta por el Demandado HECTOR HIRALDO CASTELLANOS GARZON, sobre el que debía, -una vez recibido-, realizar la cotización de los trabajos de obra que el inmueble requería. Lo anterior encuentra respaldo y coincide con lo manifestado por el mismo demandado CASTELLANOS

GARZON en el sentido de que el inmueble se encontraba en obra negra (Min.28:33 en adelante) y por tanto requería de las obras necesarias para su terminación.

Por otra parte, el señor Juez sin un verdadero análisis a fondo del contenido de la declaración extrajuicio del señor LUIS HERNANDO BLANCO MORA, y sin haber procurado de manera oficiosa la ratificación del testigo para esclarecer verdaderamente los hechos, se aparta del principio de buena fe como se hace patente en su apreciación de duda sobre la declaración por su debilidad y manipulabilidad de la que podría ser objeto esa declaración; dudas que se podrían haber disipado fácilmente con la convocatoria del testigo como lo señala la norma, ya que estaba mencionado dentro de las diligencias, pero en su lugar el señor Juez descartó sin más el otorgarle la credibilidad que ostenta esta prueba pertinente, conducente, eficaz, idónea, y además única con que cuenta el actor para demostrar un hecho fundamental como fue su presencia en la notaria en la fecha señalada; se está demeritando entonces de manera arbitraria una prueba que tiene la capacidad de modificar el sentido del fallo.

De otra parte aduce el señor Juez, poniendo en duda los dichos del declarante sin ningún fundamento, que aún en el evento en que el señor BLANCO MORA hubiera estado presente en la notaria el no podría certificar que el compareciente reunía los requisitos necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, cuando en realidad para ese momento no existía ninguna obligación que cumplir a cargo del demandante, entonces para el cumplimiento solamente se requería su presencia, su firma en la escritura pública y recibir el inmueble que se le debió haber entregado en esa misma fecha. Mientras que lo contrario sucede con la comparecencia del demandado ya que el mismo hizo la manifestación de no haber asistido en la fecha acordada a la notaria (Min.30:08) y así se fue acogido en las consideraciones de la providencia (Min. 1:32:15).

En conclusión, el demandante demostró mediante un medio idóneo y eficaz, como es la declaración extrajuicio **-(En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia 7036, del 19 de noviembre de 2001, con ponencia del Honorable Magistrado Silvio Fernando Trejos Bueno)-** del señor LUIS HERNANDO BLANCO MORA, el cumplimiento de su obligación de comparecer a la Notaria como quedo pactado y estipulado en la CLAUSULA SEXTA del contrato de promesa de compraventa que sirve de base a la demanda.

1.1.3 Sobre el factor de incumpliendo relacionado con no estar demostrado por parte del Demandante el pago del precio del inmueble objeto del contrato de promesa de venta.

En este punto el A-quo en las consideraciones que sustentan lo resuelto en su providencia encuentra que no está debidamente demostrado el tercer elemento que debe cumplirse para que se configure la condición resolutoria instituida por el art.1546 del Código civil, norma que a la vez es el soporte jurídico de la acción de cumplimiento de contrato que se promueve con la demanda; según la cual en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de incumplimiento sobre lo pactado por uno de los contratantes, en donde el contratante cumplido puede pedir a su arbitrio ya sea la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, como se ha optado en esta demanda. Ese tercer elemento, de acuerdo a lo determinado por el señor Juez, es el hecho de que el actor

haya cumplido o allanado a cumplir en este caso **con el pago del precio** por el valor del inmueble prometido en venta (Min.1:33:09 en adelante).

Conforme lo dispone el Código Civil el precio de venta debe ser determinado por los contratantes (Art. 1864) y es posible hacer esa determinación por cualquier medio o indicaciones que lo fijen, por otra parte de acuerdo al mismo compendio **el pago efectivo es la prestación de lo que se debe** (Art.1626).

En el caso que nos ocupa las partes han celebrado un contrato de promesa de compraventa sobre el bien inmueble casa 15 del conjunto residencial Prados de la Sabana, del municipio de Tocancipá fijando como precio la suma de CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$140.000.000.00) pagaderos a la firma del contrato de promesa de venta (Clausula TERCERA). El contrato fue suscrito 22 de febrero de 2009, y presentado por parte del Demandado, promitente vendedor, HECTOR HIRALDO CASTELLANOS GARZON para su reconocimiento de firma y contenido ante el Notario Único de Tocancipá, el día 24 de febrero de 2009 (fls. 10 y 11); y por parte del demandante, promitente comprador, JAVIER REYES MALDONADO para el reconocimiento notarial el día 25 de febrero de 2009 Hoja 2 del contrato Vta.)

Las diferencia de fechas entre el momento en que el contrato fue suscrito y presentado para el reconocimiento, tanto por parte del promitente vendedor como del promitente comprador, las cuales son de un día entre la presentación Notarial de uno y otro de los contratantes y de un día y dos, respectivamente, desde su suscripción. Esta diferencia de fechas es importante de tener en cuenta porque nos demuestra que las partes tuvieron un tiempo prudencial para haberse abstenido del proceder al reconocimiento de firma y contenido del contrato en caso de que hubiese existido alguna inconformidad para ese momento con cualquier de los aspectos convenidos en el contrato, como por ejemplo el valor fijado por el inmueble, o el mismo pago del precio el cual se estipulo para ser cancelado a la firma del contrato; se colige entonces que al momento de firmarse el contrato fue recibido el pago del precio como allí se estipula (CLAUSULA TERCERA), y se corrobora por el hecho de su posterior presentación ante notario para su reconocimiento de firma y contenido.

Por su parte el Demandado aduce en su declaración (Min. 31:14) que el señor REYES MALDONADO no le incumplió al decir “..a mi no me incumplió directamente, le incumplió a mi hermano en el negocio de las acciones y el lote entro como parte de pago” más adelante sobre el mismo tópico (Min.33:03) dice: “no es que haya incumplido en el pago, fue que no se realizó” reiterando lo dicho más atrás en su declaración, en el mismo sentido dice: “ellos no realizaron el negocio de las acciones por eso no firme la escritura..” .

En este punto es necesario hacer las precisiones que ponen en contexto el hecho del pago y la forma en que fue realizado por el demandante señor REYES MALDONADO. El contrato de promesa de venta surge como parte de un acuerdo realizado entre los señores HECTOR HIRALDO CASTELLANOS y su hermano CARLOS JULIO CASTELLANOS por una parte, con el señor JAVIER REYES MALDONADO por la otra, como parte de la negociación del contrato de venta una parte de las acciones de la empresa **CONSTRUCTORA COLOMBIANA DE PROYECTOS LTDA.** propiedad del demandante señor REYES MALDONADO, las que fueron adquiridas por el señor CARLOS JULIO CASTELLANOS hermano del demandado, con quien éste (el demandado) tenía una sociedad de hecho sobre la propiedad del inmueble prometido en venta el cual aparece registrado como de propiedad del demandado HECTOR HIRALDO CASTELLANOS (Matricula inmobiliaria No. 176-106668, fl. 18

del libelo demandatorio), (Min.34:02/40:58), en esta parte de su declaración el demandado pone en conocimiento sobre la sociedad con su hermano CARLOS y manifiesta que aportó el su parte del inmueble (terreno) para la compra de las acciones (Mins.:30:33,31:15,39:53, 40:06, 41:00) y de cómo fue realizado el acuerdo sobre el precio y el pago por medio de las acciones en la venta del inmueble prometido.

Y contrario a lo que afirma el demandado en cuanto a que el negocio de venta de las acciones de la empresa constructora no se realizó (Min.32:55), lo cual aduce como justificación de no haber cumplido con su comparecencia a la notaria en la fecha acordada a fin suscribir la escritura pública de venta como está estipulado en el contrato de promesa de venta (CLAUSULA SEXTA) y la entrega material del inmueble como se había convenido; la realidad es que la venta de las acciones si se concretó, la prueba de ello es el contrato mismo de venta de las acciones allegado como prueba documental por la parte demandada (fls.9,10 y 11), el cual está suscrito y vigente; en este se determina en forma clara y expresa al acuerdo negocial sobre el inmueble prometido en venta, así como de la suscripción del documento que debe firmar el demandado HECTOR HIRALDO CASTELLANOS (**PARAGRAFO en la CLASULA QUINTA**), que no es otro que la promesa de venta, como en efecto lo hizo.

El contrato de venta de las acciones de la empresa constructora, si bien no es objeto de la acción incoada, es un contrato que no ha sido terminado ni resuelto a petición o iniciativa de ninguna de las partes, y su validez jurídica la prescribe el art. 406 del Código de comercio, el cual señala que las acciones nominativas pueden enajenarse por el simple acuerdo de las partes, sin ninguna otra solemnidad, lo cual significa que mientras el contrato de venta de las acciones no esté terminado o resuelto, constituye la prueba idónea de la propiedad sobre las acciones mediante este adquiridas, cuya propiedad está en cabeza del allí comprador CARLOS CASTELLANOS, por tanto esas acciones ingresaron y se encuentran dentro del patrimonio del señor CARLOS JULIO CASTELLANOS hermano y socio en la compra de esas acciones del aquí demandado HECTOR CASTELLANOS, como este mismo lo ha manifestado (Min.39:52 en adelante).

Así las cosas el Demandado mediante la suscripción y reconocimiento notarial está reconociendo implícitamente el haber recibido el pago efectivo del precio a la firma del contrato, como efectivamente sucedió con la transferencia de la propiedad de las acciones a su socio CARLOS CASTELLANOS, hecho probado mediante el contrato aludido atrás; estos dos contrato arrimados y tenidos como pruebas dentro del proceso, sumados constituyen por lo menos el principio de prueba del PAGO EFECTIVO DEL PRECIO ACORDADO por el inmueble prometido en venta que señala la norma (Art.225, inc. 2º) para que no se configure el indicio grave de inexistencia del correspondiente pago.

Hay que precisar que el valor de la transferencia de las acciones de la compañía constructora se realizó por el valor de DOCIENTOS SETENTA MILLONES DE PESOS (\$270.000.000.00) dentro de los cuales se encuentran los CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$140.000.000.00) con que se realizó el pago efectivo del precio del inmueble prometido en venta mediante el contrato de promesa de venta.

Este contrato de promesa de venta suscrito entre HECTOR HIRALDO CASTELLANOS como promitente vendedor y JAVIER REYES como promitente comprador, por el hecho de un acuerdo en la negociación del contrato de venta de las acciones de la empresa constructora se encuentra vinculado con éste, pero esta

vinculación solamente explica su génesis sin que ello signifique que deje de ser un contrato eficaz y autónomo en los derechos y obligaciones que le configuran dado que cumple con todas las solemnidades y requisitos legales propios de su naturaleza y eficacia conforme a la norma que lo rige (Art. 89, Ley 153 de 1.887).

Este documento de contrato es demostrativo del pago, pues constituye principio de prueba todo documento firmado proveniente de aquel contra quien se ha presentado la demanda que por razones de fondo o de forma no puede constituir un escrito necesario para la prueba de un acto jurídico, en este caso el pago efectivo del precio del inmueble, pero que hace verosímil el hecho alegado. En este caso lo es el contrato de promesa de venta en cuanto a la determinación de que el pago se tendrá por realizado a la firma del documento, reiterado por el hecho de su presentación notarial para reconocimiento de firma y contenido, respaldado por el acuerdo referido en el parágrafo de la cláusula QUINTA del contrato de venta de acciones de la compañía constructora, - cuya copia esta aceptada como prueba dentro del proceso -, y además por las propias declaraciones del demandado como se señala.

Lo demostrado en precedencia contradice las apreciaciones considerativas realizadas como sustento de la providencia recurrida y constituyen un análisis defectuoso del material probatorio por cuanto se aparta de las reglas de la experiencia, de la sana crítica y de la lógica interpretativa, en donde junto con los criterios lógicos se debe propender por la adecuada interpretación y aplicación de las normas.

En este orden de ideas podemos ver como de una forma casi arbitraria y sin razón de peso se dan por no probados hechos que emergen de estas pruebas documentales de una forma clara y objetiva, como es el caso del pago del precio dentro del contrato de promesa de venta. Contrariamente a lo demostrado en las declaraciones de las partes el señor Juez aduce situaciones que las partes no han dispuesto o señalado como es el caso de entender que por haber fijado el precio en CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS, y de que se haya incluido en el contrato que el valor señalado era en pesos, esto significa necesariamente que el pago debió hacerse en dinero efectivo (Min.1:34:17), cuando las partes al unísono han sido cónsonas y reiterativas en señalar en sus dichos, ya sea para afirmar o negar el pago, que el precio se determinó para ser pagado en acciones de la compañía constructora por valor de CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$140.000.000.00) incluidos en el paquete total de acciones transferidas por valor de doscientos setenta millones de pesos (\$270.000.000.00).

Es más, el Demandado ha afirmado categóricamente que él, (HECTOR HIRALDO CASTELLANOS), no debía recibir ningún dinero del señor REYES MALDONADO (Min. 35:00), y que por el contrario debía ser su hermano (CARLOS JULIO CASTELLANOS) quien debería pagarle cuando afirma: “...mi hermano debería pagarme el valor que saliera, por la sociedad con mi hermano” (resaltado propio) (Min.38:04). Y más adelante igualmente el demandado en su declaración afirma que el predio entró como parte de pago (Min.40:15) y que sabía que el predio era parte de pago de las acciones (de la empresa constructora) (Min. 41:00)

Haber asumido que el pago del precio por el bien inmueble prometido en venta debió realizarse en dinero efectivo y que al no existir de ese pago por lo menos principio de prueba, constituye indicio grave de falta de pago, como lo señala el art.225 de C.G.P. Lo anterior conduce necesariamente a que a pesar de que en el proceso existen los elementos probatorios aludidos, el Juez ha omitido considerarlos de forma ponderada a efectos de fundamentar la decisión de su providencia , y resulta

evidente que de haber realizado su análisis y valoración más de fondo, buscando incluso de manera oficiosa otros elementos para el esclarecimiento de los hechos, la solución del asunto jurídico habría variado sustancialmente; pero contrariamente se omitió incluso escuchar a los testigos de las partes quienes asistieron a la audiencia, con el argumento de que la prueba aceptada sería únicamente la prueba documental como prueba reina (Min.56:28) por tratarse, según lo dijo, de un acto solemne que debe constar por escrito; desestimando por inconducentes los medios testimoniales, cuando estos son fundamentales para establecer los hechos materia del litigio, imponiendo así el señor Juez un criterio inquisitivo.

Podría por ejemplo haberse decretado oficiosamente, - en busca de hacer prevalecer la búsqueda de la verdad en el proceso-, el testimonio del señor CARLOS CASTELLANOS, socio del demandado, quien se hizo presente para la audiencia y quien con su declaración hubiera contribuido a dar claridad respecto de los contratos involucrados y del acuerdo que origino el contrato de promesa de venta que nos ocupa; pero en su lugar decreto las pruebas documentales allegadas por las partes, la declaración extrajudicial y posteriormente apartándose de la evidencia probatoria se separa por completo de los hechos debidamente probados.

Así sucedió con el hecho probado del pago del precio de inmueble por medio de la entrega de las acciones de la empresa constructora, y como se expone en el análisis del otro factor de incumplimiento que estructura la excepción perentoria declarada de contrato no cumplido, también lo hace respecto de la prueba de comparecencia del demandante a la notaria en cumplimiento de su obligación contractual demostrado por medio de prueba idónea como lo es la declaración extrajuicio allí analizada.

Con las anteriores precisiones de orden jurídico y consideraciones sobre los medios de prueba se dio la demostración del cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Demandante queda refutado a la vez el indicio grave de inexistencia del pago por falta de la prueba documental o del principio de prueba que se aplicó con fundamento en el inciso segundo del artículo 225 del Código General de Proceso.

En razón de las anteriores consideraciones y con fundamento en los medios de convicción aducidos se solicitará a este Honorable Tribunal que se sirva revocar la sentencia apelada en el sentido de declarar infundada la excepción perentoria declarada de CONTRATO NO CUMPLIDO por carecer de sustento factico y jurídico como ha quedado demostrado.

2. OTRA RAZON DE INCONFORMIDAD SOBRE LA SENTENCIA APELADA.

2.1 LA INADECUADA FIJACION DEL LITIGIO.

Como bien fue manifestado por la parte actora por la parte actora durante el desarrollo de la audiencia en la que fue proferida la providencia de la cual se apela (Min. 46:54), se procedió por parte del señor Juez primero Civil del Circuito a dar cumplimiento con lo preceptuado en el numeral x.x.x. del art. 372 del C.G.P., a tal efecto y como lo señala el numeral séptimo (7º.) inciso cuarto (4º) se inicio la fijación del litigio pero esta vez apartándose del propósito fundamental y técnico establecido y buscado por la norma.

Lo que señala la norma en su numeral 7, del artículo 372, obedece íntegramente al principio dispositivo que impera y debe materializarse en nuestro sistema dispositivo, el cual es diametralmente opuesto a la orientación que regia antaño nuestro sistema inquisitivo. Así reiteradamente lo han señalado nuestra jurisprudencia y doctrina; por tanto en el presente son las partes las que están llamadas a fijar los puntos y límites de su controversia con la orientación del Juez como director de la audiencia; es lo que la norma impone señalando al punto que una vez decretadas y de ser posible practicadas las pruebas, el juez debe requerir a las partes y sus apoderados a fin de que determinen los hechos en que están de acuerdo y que sean susceptibles de confesión y a continuación se debe proceder a la fijación del litigio con fundamento en los hechos que se consideren demostrados y los que requieran ser probados.

La anterior disposición no debe surtirse como un mero formalismo más dentro del ritual del proceso, pues en este descansa la materialización del principio dispositivo que orienta nuestro ordenamiento procesal y que faculta a las partes para que sean estas las determinadoras del problema jurídico a resolver, así lo han señalado reiteradamente nuestra jurisprudencia y doctrina, lo contrario representa la continuación en el arraigo inquisitivo de formalismos y tarifa legal en donde el Juez en su leal saber y entender es quien fija las pautas, señala las pruebas de su manera y forma determinando así los asuntos jurídicos de fondo a resolver, cuando es a las partes a quienes corresponde este medular asunto.

Además la adecuada fijación del litigio determina el futuro que han de tener los medios de prueba en donde la trascendencia, protagonismo y eficacia de cada medio estará marcado por este momento procesal; y si bien es cierto que la inadecuada fijación del litigio no constituye en sí una abierta violación al debido proceso y por lo tanto técnicamente no es susceptible de recursos ni configura causal de nulidad, si merma considerablemente la posibilidad material y objetiva que asiste a las partes para ejercer a plenitud su derecho a la defensa. La fijación del litigio por tanto no está incluida dentro de las facultades oficiosas del Juez y debe hacerse por la determinación de las partes.

La inadecuada fijación del litigio socaba súbitamente la posibilidad de defensa de las partes porque al momento de definirse el objeto de la litis se altera la confianza en los límites trazados en sus demandas, como sucedió en nuestro caso en el momento en que el señor juez sin la debida participación de las partes para la determinación puntual y objetiva de los hechos

Sucedió en nuestro caso que el señor juez en su decisión unilateral de fijar el litigio en el proceso optó por enfilear la acción hacia la demanda de **RESOLUCION DE CONTRATO**, desechando de plano la demanda principal de cumplimiento de contrato y sus pretensiones propuestas como principales dentro de la demanda; se basó para esta consideración en una supuesta ambigüedad del petitum, determinando que en la petición lo que se busca es la resolución del contrato (Min.43:36), por cuanto las pretensiones no son acertadas ,m ya que – según estimó- están planteadas para una acción ejecutiva (Min.48:04 en adelante), cuando en realidad la demanda en cuanto propende por la ACCION OPTATIVA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO instituida por el art. 1546 del Código Civil (C.C.), con su consecuente indemnización de perjuicios. Se suplica en la demanda la declaración de existencia del contrato; la declaración de cumplimiento de obligaciones por parte del demandante; la declaración de incumplimiento a las obligaciones contractuales por parte del Demandado; la consecuente orden de cumplimiento y la consecuente condena al pago de perjuicios.

En gracia de discusión vamos a admitir que la redacción de la demanda o su presentación no son claras, es ahí en donde cobra vital importancia la convocatoria de las partes para procurar la debida fijación del litigio que permita la interpretación de la demanda y la fijación de sus límites y alcances, señalados por las partes; pero en este caso de manera unilateral el señor Juez fijo como objeto de la demanda la opción no invocada del mentado art. 1546 de resolución de contrato basado en las pretensiones subsidiarias propuestas en la demanda, pero estas son subsidiarias a las principales, para el caso en que por alguna razón sean negadas las pretensiones principales, las cuales en todo caso deben ser resueltas de acuerdo a lo planteado en la demanda principal.

Da a entender el señor Juez en su pronunciamiento para fijar la litis, que la vía ejecutiva es la única vía posible para el ejercicio de la acción de cumplimiento contractual de que trata el art. 1546 del C.C. (Min.43:38), y que las presentaciones presentadas como principales están presentadas de tal forma y que por tanto no son acertadas (Min. 48:04), pero en realidad no hay norma que lo disponga de esa manera; lo que tenemos es la posibilidad de exigir por vía ejecutiva el cumplimiento de una obligación que sea clara, expresa y exigible, cualquiera sea, como por ejemplo la obligación de hacer contenida en el contrato de promesa de venta que nos ocupa, siempre y cuando cumpla con los requisitos que exige el merito ejecutivo y se den los demás presupuestos y circunstancias para el éxito de la acción de cumplimiento forzado. Pero lo anterior no implica que la única vía jurídica posible para buscar la satisfacción en las obligaciones de un contrato sea en exclusiva la acción ejecutiva.

En el caso que se debe resolver, y como se informó en los hechos del libelo demandatorio, ya la parte demandante intento sin éxito la acción ejecutiva con los mismos fines pero fue despachada desfavorablemente lo cual no obsta para que se cierre la posibilidad de procurar el cumplimiento de las obligaciones del contrato por la vía declarativa como aquí se procura. Cabe aquí hacer una acotación en este punto en lo que puede ser tomado como un indicio en contra del Demandado, y es el hecho de que a pesar de haberse enterado de la acción ejecutiva, y así lo demuestra la aportación que hizo de la copia del proceso ejecutivo 2010-00348, Unidad Judicial Municipal de Tocancipá, no se presentó notificarse ni se hizo parte en aquel proceso para hacer valer las defensas y excepciones que ahora alega; vino a hacerlo en esta ocasión únicamente porque se logró ubicar la dirección para proceder a citarlo para la notificación, lo que no había sido posible ya que se desconocía tal dirección.

Lo anterior sin duda constituye un acto de deslealtad de parte y muestra la intención manifiesta de sustraerse arbitrariamente y sin ninguna justificación al cumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato de promesa de venta suscrito. También en un indicio de su desleal actitud, el hecho de que nunca presentó requerimiento alguno al aquí demandante, o inició algún tipo de acción legal en busca de resolver, anular o terminar el contrato base de esta acción, en donde habría podido exponer las razones y causas que ahora expone como traídas de los cabellos, con la única finalidad de no cumplir con tales obligaciones, lo que representa grave perjuicio para el patrimonio del demandante, puesto que en esa empresa constructora, con cuyas acciones pago el inmueble de marras, constituía gran parte de los ahorros de toda su vida, que ahora están perdidos y en el disfrute injustificado de la parte demandada.

La observación en relación con la modificación que el señor Juez activó sobre la acción principal optando sin justificación válida por la propuesta planteada en

subsidio, fue formulada por la parte actora sin respuesta favorable (Min.46:55) en la que se reiteró que la demanda versa sobre la acción de cumplimiento con indemnización de perjuicios, la cual es optativa y así está establecida en el art. 1546 del C.C. y que de acuerdo al criterio del actor esa era la fijación del litigio, la respuesta del Juzgador fue: “.....**suya, la mía no.!!** ” (resaltado propio) refiriéndose a la fijación del litigio (Min.47:22); puede apreciarse aquí por la respuesta recibida, como se ha dicho, que el criterio inquisitivo fue el que oriento realmente la fijación del litigio, en cuanto el señor Juez procedió a su formulación y determinación motu proprio, de manera unilateral sin la participación activa de las partes para tal fin, contraviniendo de esa forma el propósito y alcance dispositivo de la norma (Art. 372, Núm. 7, inc.4 del C.G.P.). Sobre la variación del objeto de la demanda principal, se dejó igualmente constancia por parte del actor en los argumentos de la sustentación inicial al recurso de apelación que por este se sustenta (Min. 1:48:53).

Por otra parte y como consecuencia de la inadecuada forma en la fijación del litigio y de la errada interpretación de la demanda, que veníamos tratando, se desatendió a la presunción de validez teleológica que está implícita en la demanda, que una vez que esta ha sido admitida, notificada en debida forma, y ejercida su contradicción al descender su traslado por la parte convocada, como aquí ha sucedido, esto implica que debe ser resuelta atendiendo el principio de congruencia que se establece de forma perentoria por el art. 281 del C.G.P., conforme al cual “La sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.” (Resaltado propio), presupuesto que no se ha cumplido.

Honorable Magistrado, con las consideraciones fácticas y jurídicas esgrimidas en precedencia se presenta por la parte actora la sustentación del recurso de apelación propuesto contra la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, y con fundamento en las mismas se permite formular las siguientes

PETICIONES:

Se suplica al Honorable Tribunal que sean acogidos favorablemente los argumentos aquí expuestos de conformidad con el soporte fáctico y jurídico que los sustentan y en consecuencia se sirva decretar

1.- La revocatoria integral de la sentencia recurrida, declarando la improcedencia la la excepción oficiosa DE CONTRATO NO CUMPLIDO emitida por el A- quo.

2.- Que en su lugar se acoja en todas sus parte la súplica de la demanda presentada como principal por la parte demandante y en consecuencia se declare i) la existencia y eficacia del contrato de promesa de venta celebrado entre el demandado HECTOR HIRALDO CASTELLANOS como promitente vendedor y el demandante señor JAVIER MOISES REYES MALDONADO como promitente comprador, ii) se declare que el Demandante ha cumplido con todas y cada una de las obligaciones emanadas del contrato, particularmente con el pago del precio y la comparecencia a la Notaria única de Tocancipá con la finalidad de suscribir la escritura pública que perfeccione junto con la entrega material del inmueble la venta del mismo, iii) que se declare que el Demandado no ha cumplido con las obligaciones contraídas mediante el contrato de promesa de venta suscrito iv) Consecuencialmente se ordene al

demandado proceder a la suscripción de la escritura pública de venta y la entrega material del inmueble en la forma solicitada en la demanda, v) como consecuencia de las declaraciones que anteceden, se condene al Demandado al pago de perjuicios de la forma y cuantía en que están propuestos en la suplica principal de la demanda, con la correspondiente actualización e indexación, vi) se condene en costas y agencias en derecho al Demandado.

SOLICITUD ADICIONAL.

Solicito comedidamente del Honorable Tribunal que una vez acogidas las suplicas de la demanda conforme se pretende con el recurso interpuesto, se sirva Oficiar directamente a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la ciudad de Zipaquirá con la finalidad de se haga efectiva la medida cautelar solicitada en la primera instancia y de la cual no se dispuso en su momento a pesar de la solicitud y la constitución de la garantía correspondiente, como consta en el cuaderno de medidas cautelares.

De los Honorables Magistrados,

Atentamente;

EDGAR EFRAIN JARAMILLO RIVEROS

C.C. No. 19228833

T.P. No. 75.697 H.C.S.J.

E-mail: abogadoedgarjaramillo@gmail.com

Tel.: +573003548855.

