

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO DÉCIMO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ, D.C.

Treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO: 11001400301020180108900
DEMANDANTE: CAMILO ARTURO ARÉVALO CARDONA Y OTRO
DEMANDADO: GRUPO EMPRESARIAL OIKOS S.A.S.

I. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda dentro del proceso verbal de menor cuantía, promovido por Camilo Arturo Arévalo Cardona y Ángel Arturo Arévalo Dawkins en contra del Grupo Empresarial Oikos S.A.S.

II. ANTECEDENTES

1. Camilo Arturo Arévalo Cardona y Ángel Arturo Arévalo Dawkins, mediante apoderado judicial debidamente constituido, instauraron demanda verbal en contra de el Grupo Empresarial Oikos S.A.S., con el propósito que se declare: **i)** que el señor Camilo Arturo Arévalo Cardona celebró un contrato de promesa de compraventa de vivienda de interés social con la parte demandada, respecto del apartamento 5-106, que hace parte de Oikos Torres de Versalles I, cuyo precio se pactó en la suma de \$94.971.999; **ii)** el demandante cumplió los requisitos exigidos por el extremo pasivo para el pago del precio; **iii)** que la demandada incumplió las estipulaciones contractuales; **iv)** y, en consecuencia, se le condene a la restitución del precio cancelado por la parte actora, indexado; el pago de los intereses moratorios a la tasa del 6% anual y el valor de la cláusula penal.

2. El *petitum* se sustentó en los hechos que a continuación se sintetizan:

2.1. El 17 de octubre de 2015, el señor Camilo Arturo Arévalo Cardona celebró promesa de compraventa con el Grupo Empresarial Oikos S.A.S. para adquirir un inmueble de vivienda de interés social.

2.2. De acuerdo a la cláusula séptima del contrato, el precio del inmueble se pactó en la suma de \$94.971.000, el cual se cancelaría de la siguiente forma: "a) \$1.900.000 al momento de la separación; b) \$26.600.000 en 21 cuotas", cada una por valor de \$1.270.000, a partir del 10 de noviembre de

2015; el saldo \$66.471.000 con el crédito que adquiriría el comprador con una entidad financiera.

2.3. Conforme el parágrafo 6° de dicha cláusula, el valor correspondiente a 135 SMLMV para el momento de celebración del contrato prometido ascendía a \$86.987.250. De ahí que el precio pactado al momento de la separación, excedía el previsto en la ley.

2.4. El demandante realizó pagos que superaron el pactado, pues canceló \$32.232.512. De igual forma, Bancolombia el 27 de junio de 2017 le aprobó el crédito para vivienda por \$69.714. 256.

2.5. El 25 de julio de 2017 la compañía demandada le informó que el precio del bien era de \$99.591.795; crédito hipotecario aprobado: \$69.714.256; saldo cancelado a la fecha \$3.326.511; saldo pendiente: \$3.326.511; y gastos de Beneficencia y Registro \$2.200.000. El aumento del precio no le fue informado de forma clara y oportuna.

2.6. No obstante lo anterior, el demandante canceló el total del precio pactado, con el fin de no incurrir en algún tipo de incumplimiento. Así como también el valor de \$2.200.000 y \$150.000 por gastos de escrituración, beneficencia, registro y avalúo.

2.7. La sociedad demandada al no informar el precio de forma detallada, clara, expresa y oportuna, desconoció el artículo 37 de la Ley 1480 de 2011.

2.8. La escritura pública se otorgaría el 4 de septiembre de 2017, en la Notaría 29 del Círculo de Bogotá a las 3:00 p.m.

2.8. El 2 de agosto de 2017, el señor Camilo Arturo Arévalo Cardona cede el 50% de los derechos del contrato de promesa de compraventa, el cual comunica a la constructora.

2.9. El 4 de agosto de 2017 presentó reclamación directa por violación al Estatuto del Consumidor, debido al aumento del precio de manera unilateral.

2.10. El 11 de agosto de 2017 le comunicó que tenía un saldo pendiente por pagar que, de no hacerlo antes del 31 de agosto de esa anualidad, desistiría del negocio por incumplimiento.

2.11. El 29 de agosto de 2017 se comunicó con Lorena Ruíz a quien le indicó que el señor Ángel Arturo Arévalo se encontraba en Villavicencio, y con la llegada del Papa a Colombia, probablemente no podría presentarse el día de la firma del instrumento público. La señora Ruíz le indicó que *“todo quedaba pendiente”* en la medida que se había presentado un derecho de

petición; asimismo, se reprogramaría la fecha para la firma de la escritura, y se comunicaría vía correo electrónico.

2.12. De acuerdo a lo anterior, el actor no se presentó a la Notaría. Sin embargo, la empresa, a pesar de lo que le informó, si acudió y solicitó acta de comparecencia.

2.13. Los demandantes citaron a la parte pasiva a una audiencia de conciliación extrajudicial, la cual se declaró fallida, el 2 de noviembre de 2017.

2.14. El 21 de noviembre de 2017, la compañía demandada le comunicó la resolución del contrato de compraventa del apartamento. Y el 18 de febrero de 2018, le envió una carta y un título judicial por la suma de \$17.165.326,62, por concepto de saldo a favor de la promesa de compraventa; de igual forma le informó que dispondría del inmueble.

2.15. La sociedad demandada declaró, unilateralmente, incumplido el contrato y dispuso de la suma de \$15.067.185, sin previa decisión judicial.

2.16. El 29 de noviembre de 2017 instauró demanda declarativa, la cual fue inicialmente conocida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Zipaquirá, quien la rechazó por competencia. Posteriormente, la conoció el Juzgado 69 Civil Municipal de Bogotá, quien la rechazó el 12 de abril de 2018, al considerar que no se subsanaron los yerros.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Por encontrarse reunidos los requisitos dispuestos en la ley, mediante providencia del 14 de enero de 2019, se admitió la demanda y se dispuso de la notificación del Grupo Empresarial Oikos S.A.

El extremo pasivo se notificó de forma personal y, a través de apoderado judicial, contestó la demanda y formuló como excepciones de mérito “obligación contractual y autonomía de la voluntad; contrato realidad, integralidad del contrato de promesa de compraventa, en especial de la cláusula séptima en relación con el precio VIS; cumplimiento de las obligaciones; del cumplimiento de las obligaciones (desistimiento) y facultades otorgadas por ello; de la cosa juzgada por los mismos hechos ante la jurisdicción de la Superintendencia de Industria y Comercio; de la excepción de contrato no cumplido por el demandante ‘exceptio non adimpleti contractus’; cumplimiento de la Ley, en especial de la Ley 1480 de 2011; buena fe del demandado; y violación al derecho a la intimidad – mala fe del demandante”.

Corrido el traslado de rigor a la parte actora, se celebraron las audiencias de que tratan los artículos 372 y 373 del C. G. del P.

Con apoyo en las razones expuestas en la vista pública, se aplicó la facultad contemplada en el numeral 5° del artículo 373 citado; por lo que se procede a concluir la instancia, con apoyo en las consideraciones que a continuación se exponen.

IV. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Se encuentran dadas las condiciones para emitir una decisión de fondo que dirima la controversia jurídica, pues los llamados presupuestos procesales, entendidos como las condiciones de orden jurídico-procesal, se cumplen a cabalidad, toda vez que este Juzgado es competente para conocer del presente rito, las partes son capaces y comparecieron legalmente, al igual que no se observa algún vicio con entidad suficiente que haga nula la actuación, por lo que se resolverá sobre el mérito del asunto sometido a la jurisdicción.

2. DEL CONTRATO Y DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

2.1. De acuerdo con lo reglado en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, los contratos válidamente celebrados son ley para las partes, quienes deben ejecutarlos de buena fe y, por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

2.2. En el presente asunto, es punto pacífico que el Grupo Empresarial Oikos S.A. (en adelante Oikos) y el demandado Camilo Arturo Arévalo Cardona celebraron una promesa de compraventa en la que la compañía demandada se obligó a transferir a favor del demandante el derecho que tiene y ejerce sobre el apartamento 5-106, que hace parte de Oikos Torres de Versailles I; y, por su parte, el demandante se comprometió a pagar por aquél inmueble la suma de \$94.971.000, en la manera indicada en la cláusula séptima del contrato. Asimismo, se acordó que el instrumento público se suscribiría el 4 de septiembre de 2017.

De igual forma, no se vislumbra ni controvierte algún problema de capacidad, o un consentimiento viciado, por el contrario, el contrato reúne las exigencias regladas en el artículo 1502 del Código Civil, las cuales no fueron cuestionadas o reprochadas por la pasiva, amén de que no se advierte vicio alguno que pueda invalidarlo. Asimismo, cumple los requisitos del artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

3. Ahora bien, los demandantes alegaron que la parte demandada incumplió el contrato prometido, por cuanto: i) no informó de manera clara, oportuna y con la debida antelación, el aumento unilateral del precio del inmueble en la suma de \$99.591.795, desconociendo el artículo 37 del Estatuto del Consumidor; ii) indujo en error para que los demandantes no se presentaran a firmar la Escritura Pública el 4 de septiembre de 2017; iii) no firmó la Escritura Pública, el 4 de septiembre de 2017, a pesar de que habían pagado los gastos de escrituración, beneficencia y registro, y de la inasistencia de los promitentes compradores; iv) haber declarado unilateralmente el incumplimiento del contrato por parte de los demandantes sin que mediara decisión judicial; y v) apropiarse indebidamente de los dineros de los demandantes, hacer deducciones y devoluciones sin orden judicial.

Por su parte, la compañía demandada adujo en las excepciones, en síntesis, que cumplió con la obligación de informar de forma clara las condiciones del contrato, las cuales fueron aceptadas en su integralidad por el extremo activo y no constituyen una cláusula abusiva. Asimismo, aseguró que ha cumplido todas las obligaciones establecidas en la promesa de venta, y quien "desistió" o incumplió de la promesa de contrato, fue el demandante al no asistir a la firma de la escritura pública de compraventa, el 4 de septiembre de 2017, lo que facultó a la compañía para resolverlo, disponer del inmueble y aplicar la sanción penal, tal como lo acordaron los contratantes.

4. Con base en lo anterior, se hace necesario revisar y analizar las estipulaciones a que se comprometieron los contratantes, a efecto de determinar la entidad de las mismas.

El contrato tenía por objeto la transferencia a título de venta de los derechos que el promitente vendedor ejercía sobre el apartamento 5-106, Oikos Torres de Versalles I, a favor del promitente comprador y este se obligaba a cancelar el precio pactado en la cláusula séptima, en los siguientes términos:

"SÉPTIMA. -Precio: El precio de los inmuebles objeto del presente contrato de promesa de compraventa es la suma de **NOVENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y UN MIL PESOS M/CTE (\$94.971.000.00)** que EL (LOS) PROMITENTE (S) COMPRADOR (ES) pagará (n) a favor de la PROMITENTE VENDEDORA de la siguiente forma:

- a) La suma de UN MILLÓN NOVECIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$1.900.000.00 M/CTE) que EL (LOS) PROMITENTE (S) COMPRADOR (ES) ha consignado en Alianza Fiduciaria S.A. con ocasión del contrato de Encargo Fiduciario de Administración e Inversión celebrado entre esta Fiduciaria y el PROMITENTE VENDEDOR y del convenio mediante Carta de Instrucciones celebrada entre este, EL PROMITENTE COMPRADOR y LA FIDUCIARIA.

b) La suma de VEINTISÉIS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE (26.600.000.00) como saldo de la cuota inicial pagadero el día diez de cada mes, a partir del 10 de noviembre de 2015 y hasta el 10 de julio de 2017, por un valor cada una de \$1.270.000 y la última cuota de \$1.200.000.

c) El saldo o sea la suma de \$66.471.000.00 la pagará el promitente comprador "con recursos propios que se pagarán con 30 días de anticipación a la firma de la correspondiente escritura de compraventa, o con el producto de un crédito que se obligan a obtener oportunamente del BANCO O ENTIDAD FINANCIERA que EL (LOS PROMITENTE (S) COMPRADOR (ES) al promitente VENDEDOR por lo menos treinta (30) días antes fecha pactada para la firma de la escritura pública. Crédito que será desembolsado por dicha entidad una vez EL (LOS) PROMITENTE (S) COMPRADOR (ES) cumpla (n) con los requisitos exigidos por el BANCO o ENTIDAD FINANCIERA los cuales declara (n) conocer. El valor del crédito solo se entenderá pagado en el momento en que se haga efectivo el desembolso en cuenta del PROMITENTE VENDEDOR por parte de la entidad financiera que lo aprobó."

Asimismo, el parágrafo 6° citado por el actor señala que "En todo caso el precio del (los) inmueble (s) objeto de este contrato no podrá ser superior ni inferior a CIENTO TREINTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (135 SMLMV) del año en el que se suscriba la escritura pública de compraventa, por tratarse de una Vivienda de Interés Social (VIS)."

4.1. Con relación al precio pactado y el deber de información clara y oportuna que el extremo activo consideró transgredido al haberse modificado unilateralmente, importa señalar que ello fue objeto de estudio por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en sentencia del 28 de junio de 2018, en la cual concluyó que no se violó el deber de información en tanto, se brindó de forma clara y oportuna, tal como lo establece el parágrafo 6° de la cláusula séptima del contrato, destacando el deber que, también, tiene el consumidor de informarse. Asimismo, señaló que no se advierte la existencia de una cláusula abusiva, pues el demandante no indicó cual era la causal que debió aplicarse, pero aun así, tampoco la autoridad advirtió algún tipo de limitación "a las responsabilidades de la sociedad accionada o que genere por si sola algún tipo de desequilibrio que perjudique al consumidor"¹.

De manera que la discusión sobre el valor del precio pactado, está zanjado, sin que sea posible dilucidar nuevamente el conflicto, por cuanto el objeto, la causa y las partes son las mismas, pues a pesar de la cesión que el promitente comprador realizó en favor del señor Ángel Arturo Arévalo Dawkins, a este lo vincula esa decisión judicial dada la causahabencia existente, figura que es declarable aun de oficio en franco acatamiento de la seguridad jurídica y la inmutabilidad de la sentencia en firme. Razón por la cual, la excepción de cosa juzgada frente a dicha pretensión esta llamada

¹ Se transcribe la decisión conforme se escucha en el CD aportado.

a prosperar.

De igual forma, el cesionario del 50%, quien no fue parte inicial del contrato ni participó en el proceso citado, asumió los derechos, obligaciones, y tuvo a su disposición todas las condiciones pactadas, entre ellas lo consignado en el parágrafo 6º de la cláusula 7º del contrato, en el que con suficiente claridad se indicó que el precio no puede ser superior ni inferior a 135 SMLMV del año que se suscriba la escritura pública, esto es, 2017, sin que se haya realizado alguna manifestación al respecto.

Conforme lo anterior, por sustracción de materia no hay lugar a resolver las excepciones *"obligación contractual y autonomía de la voluntad; contrato realidad; integralidad del contrato de promesa de compraventa, en especial de la cláusula séptima en relación con el precio; y cumplimiento de la ley, en especial la Ley 1480 de 2011"*, todas ellas relacionadas con el valor del precio pactado.

4.2. Frente al pago del precio en la forma estipulada, el extremo activo manifestó que cumplió, pese el inesperado incremento. Para probar su dicho, obran en el plenario los siguientes elementos de juicio:

- a) El correo electrónico de fecha 11 de septiembre de 2011, el cual contiene un estado de cuenta en el que figuran todos los pagos realizados por el extremo activo, y se relacionan los recibos de caja, por un valor total de \$32.232.512, incluyendo los intereses moratorios cobrados.
- b) Asimismo, milita el estado de cuentas visible a folio 135 en el cual se observa que se canceló el valor total de 22 cuotas, junto con los gastos notariales por \$2.200.000. Dicho documento señala que el total recaudado fue \$32.232.512.
- c) Misiva del 29 de noviembre de 2017, suscrito por la representante legal del Grupo Empresarial Oikos, en el que se lee que el valor consignado asciende a \$32.232.512 (fl. 140).
- d) Lo anterior también fue reconocido por el extremo pasivo, a través de apoderado judicial, cuando contestó al hecho décimo tercero de la demanda, en el cual señaló "el demandante consignó un total de \$32.077.539, de los cuales \$154.973 corresponde a intereses de mora reiterativamente de las cuotas"

De las pruebas aportadas por las partes se extrae que, en efecto, se canceló \$1.900.000; así mismo un valor de \$30.332.512, correspondiente a las cuotas pactadas, junto con el incremento señalado en el parágrafo 6º de la cláusula séptima, los intereses moratorios causados y gastos notariales, tal como lo señala el correo del 25 de julio de 2017 (fl. 49).

Al respecto, la representante legal de Oikos adujo que la sociedad aceptó los pagos tardíos y cobró intereses moratorios.

Luego, aunque algunas cuotas se cancelaron de forma extemporánea, lo cierto es que la compañía convalidó el pago y, adicionalmente, le cobró intereses moratorios al promitente comprador. Aunado a lo anterior, al 31 de agosto de 2017 ya se había cancelado el saldo pendiente, tal como lo requirió el extremo pasivo en el correo de fecha 11 de agosto de 2017 (fl. 115).

4.3. Con relación al crédito hipotecario se observa que, mediante comunicación del 27 de junio de 2017, Bancolombia S.A. informó que el crédito solicitado para la adquisición del inmueble había sido aprobado. Asimismo, le indicó, entre otras condiciones, que el valor a financiar era de \$69.714.256.

De igual forma, obra correo electrónico de Héctor Javier Rodríguez - coordinador de cartera y trámites de Oikos- del 25 de julio de 2017, en el que se relacionó el precio total del inmueble, el valor del crédito hipotecario por el monto antes señalado, el saldo cancelado y le indicó como saldo pendiente la suma de \$3.326.511. Obsérvese que en dicha comunicación en ningún momento se le informó al promitente comprador que faltaba la aprobación del crédito hipotecario, por el contrario, relacionó el valor del crédito que señaló Bancolombia.

De la revisión integral de las pruebas, se colige que la compañía Oikos consideró que el documento del 27 de junio de 2017, consistía en la carta de aprobación exigida en la cláusula séptima del contrato. Lo anterior, si se tiene en cuenta el correo electrónico del 25 de julio de 2017 antes mencionado.

Adicionalmente, el 11 de agosto de 2017 la gerente comercial le indicó mediante correo electrónico al señor Camilo Arturo que *“a la fecha su apartamento cuenta con un saldo pendiente de pago, el cual genera un incumplimiento por parte de ustedes para proceder a programar documentación para la firma de escritura. Le recordamos que de no tener pago este saldo pendiente antes del próximo jueves 31 de agosto nos veremos en la obligación de proceder a realizar desistimiento por incumplimiento a la promesa de compra de venta firmada.”* De tal manera que en las misivas aludidas no se le indicó al demandante que faltaba la aprobación del crédito hipotecario.

En este punto vale la pena mencionar que la señora Lizeth Lorena Ruiz Gamboa [coordinadora de trámite y cartera, encargada de la legalización del crédito de los clientes, envío de correos electrónicos, hacer revisión de las escrituras cuando llegaban de la Notaría] informó que *“se llegó hasta la carta de aprobación”*;

adicionalmente, afirmó que si se presentaba algún problema en la legalización del crédito se le informaba al cliente, sin que en el expediente obre prueba de algún requerimiento en ese sentido a la parte actora.

Lo anterior cobra fuerza si se tiene en cuenta que la compañía demandada, en caso de no haberse cumplido los requisitos aludidos, no desistió del contrato, por el contrario, asistió a la Notaría el día 4 de septiembre de 2017, conforme se observa en el acta de presentación número 335 de 2017, en la cual se constata que se presentó el representante de la constructora para *"dar cumplimiento a lo acordado en el contrato de promesa de compraventa"* (fl.120); instrumento público que se suscribiría *"siempre y cuando el promitente comprador hubiere cumplido con todas las obligaciones a su cargo, emanadas del presente contrato y sus modificaciones de ser el caso, especialmente haber obtenido la aprobación y legalización del crédito hipotecario y haber pagado el precio total del inmueble o la cuota inicial según la forma de pago."* (cláusula décima segunda de la promesa de contrato fl. 32)

De tal manera que, no puede ahora alegar la parte demandada que no se cumplió con la legalización del crédito hipotecario, ya que ello ocurrió el 20 de septiembre de 2017, pues las pruebas antes mencionadas permiten colegir que la sociedad demandada le dio dicho valor al documento fechado 27 de junio de 2017.

En ese sentido, la representante legal de Oikos manifestó *"antes de firmar una escritura lo que se le comunica a un cliente es qué tiene pendiente, para poder llegar a firmar una escritura pública antes, no hay terminación porque lo que busca una promesa es cumplirse y llegar a honrarse con el otorgamiento de la escritura pública que es la que nos perfecciona la promesa, entonces antes se le avisa que es lo que tiene pendiente, después se le avisa que es lo que no ha cumplido"*. Es decir, antes de la firma de la escritura la compañía demandada, únicamente, le informó que el saldo pendiente, según lo dicen los documentos, ascendía a \$3.326.511, y que también refirió la representante legal, los cuales se cancelaron según estado de cuenta aportado por la parte pasiva, el 30 de agosto 2017, junto con los gastos de beneficencia y registro por \$2.200.000.

Súmese a lo anterior que la resolución del contrato de promesa de compraventa se envió al demandante el 14 de noviembre de 2017, y no se fundó en la falta de aprobación del crédito hipotecario o el pago extemporáneo de las cuotas pactadas, sino en el incumplimiento del extremo activo por no haber asistido a la Notaría a firmar la escritura pública de compraventa, el 4 de septiembre de 2017 *"con la cual se formalizaría la venta del inmueble."*

Es más, de pensarse que la carta de aprobación del crédito hipotecario data del 20 de septiembre de 2017, la entidad demandada no lo consideró un motivo de resolución unilateral o desistimiento, conforme la comunicación del 14 de noviembre de 2017.

4.4. Ahora bien, en lo atinente a la firma de la escritura pública, adujo el extremo pasivo que los demandantes no asistieron a la Notaría, por lo que el incumplimiento de la cláusula décimo segunda, facultaba la resolución del contrato. En contraposición, la parte actora, adujo que ello se debió a que la sociedad demandada actuó “de manera temeraria, con mala fe, faltando a los principios de confianza, prohibición del abuso del derecho y buena fe”, al inducir en error al señor Arévalo Cardona, pues le hizo creer que no se llevaría a cabo el trámite de escrituración, el 4 de septiembre de 2017, pero contrario a ello, asistió con el propósito de provocar el incumplimiento del contrato de promesa (fl. 76).

4.4.1. Para resolver, importa memorar que, en virtud del principio de la autonomía privada, las partes pueden autogobernar los designios de sus intereses, por ello, escogen el sujeto con el que contratan, fijan los plazos, las condiciones, precios, la forma de terminar el vínculo, entre otros.

Una vez el contrato existe y es válido, se instituye en ley para las partes, lo que trae consigo la obligación de honrar el negocio jurídico en esas condiciones y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, ellas están compelidas a atender, a cabalidad, todas y cada una de las prestaciones que de él dimanen, *so pena* que su incumplimiento sea sancionado².

En punto de la buena fe en la ejecución de los contratos, el artículo 1603 del C.C. es claro al precisar, que “(...) los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella”.

Ahora, si bien es cierto se espera que el contrato produzca los efectos queridos por los contratantes; sin embargo, por disposición expresa del legislador o por convenio se puede poner fin al vínculo negocial. Entre las formas de terminación del contrato se encuentran las cláusulas resolutorias por el incumplimiento de las obligaciones pactadas, y cuya aplicación se reserva al contratante cumplido. Dichos pactos son válidos y lícitos, siempre que sean claros, expresos e inequívocos.

Al respecto, la jurisprudencia nacional ha considerado:

“La eficacia de las cláusulas resolutorias expresas por incumplimiento, exige acatar íntegros los presupuestos genéricos de validez, la indicación particular, clara y precisa de la obligación u obligaciones cuya inobservancia relevante, total o parcial (SNG, sentencia de 29 de abril de 1935), faculta a una o ambas

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de mayo 13 de 2014, Exp. 11001 31 03 039 2007 0029901, [Margarita Cabello Blanco]. Recuperado de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

partes la terminación unilateral del contrato. No basta mención o referencia abstracta, global, genérica o en bloque.

(...) Igualmente, para preservar la simetría, paridad o equilibrio objetivo de las partes, la buena fe, lealtad y evitar abusos, la eficacia de estas cláusulas se subordina a la reciprocidad de la facultad para ambas partes o, estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta según corresponde a la probidad o corrección exigible, el principio de la conservación del acto, su utilidad y la gravedad de aquél.

(...) De igual manera, su ejercicio presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras, y de tal gravedad, magnitud, relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución. Tampoco esta facultad, y ninguna otra en general, podrá ejercerse en forma contraria a la buena fe o con abuso del derecho. Asimismo, la eficacia y el ejercicio de esta prerrogativa, es controlable por los jueces, sin excluir el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia para definir toda disputa, diferencia o controversia a propósito.”³

De tal manera que la terminación unilateral del contrato soportada en la aplicación de las cláusulas resolutivas pactadas por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, no se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico colombiano, pero encuentra límites en el principio de buena fe, cuya aplicación es objeto de control jurisdiccional.

4.4.2 Pues bien, las partes convinieron en la cláusula décimo segunda que el instrumento público se suscribiría el 4 de septiembre de 2017, en la Notaría 29 del Círculo de Bogotá, a las 3 p.m.

Asimismo, el parágrafo 4º de la cláusula décimo segundo de la promesa de compraventa, establece: “si algunas de las partes no asistieren a firmar dicho instrumento público en la fecha señalada, se considerará que hubo desistimiento y/o incumplimiento de su parte”.

La cláusula décimo sexta previó: “Incumplimiento: El incumplimiento de cualquiera de las partes a cualquiera de las obligaciones contenidas en este contrato, dará lugar a que la parte cumplida lo declare resuelto sin necesidad de requerimiento judicial alguno, a los cuales renuncia expresamente desde ahora quien incumpla, y a que se le reconozca una suma igual a la establecida como sanción penal dentro de este contrato a cargo de la parte incumplida. En el evento en que el incumplimiento provenga de el (los) PROMITENTE (S) COMPRADORES, este (os) faculta (n) a la PROMITENTE VENDEDORA a disponer de manera inmediata de los inmuebles prometidos en venta, obligándose la PROMITENTE VENDEDORA, a restituir en un término no mayor a 60 días el valor de la suma que hubiere recibido de aquellas, sin intereses de ninguna naturaleza y previo descuento del valor acordado en este documento como sanción penal.”

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de agosto 30 de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, [William Namén Vargas]. Recuperado de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.x.html>.

De igual forma, es un hecho cierto que la parte demandante no asistió a la Notaría, lo que, en principio, conllevaría a que se predicara el incumplimiento de las estipulaciones referidas y, por ende y en principio, la resolución unilateral del contrato prometido. Sin embargo, obran elementos de juicio que permiten colegir que ello obedeció al comportamiento inducido por la misma compañía demandada.

4.4.3. En efecto, la parte actora manifestó que el 29 de agosto de 2017 se comunicó telefónicamente con la entidad demandada, y lo atendió la señora Lorena Ruiz, a quien le informó que el señor Ángel Arturo Arévalo estaría en la ciudad de Villavicencio y por la visita del Papa Francisco, *“probablemente habría inconveniente de movilización para la firma de la escritura pública”*. Indicó que la señora Lorena Ruiz le comunicó que como había presentado un derecho de petición *“todo quedaba pendiente”*; asimismo, le expresó que *“se estaban reprogramando las firmas de las escrituras y que por correo electrónico le enviaría la confirmación”*, conversación que fue grabada y escuchada por la señora Luisa Fernanda Arévalo Cardona, por lo que aseguró que, con base en la información suministrada y el principio de buena fe, la parte actora no asistió a la Notaría.

Por su parte la compañía Oikos adujo que el demandante fue quien actuó de mala fe al *“confesar que grabó una conversación que sostuvo telefónicamente supuestamente con una funcionaria de la sociedad demandada, sin contar con autorización expresa de la misma, lo cual es evidentemente contrario a la ley.”*

Con la demanda, se aportó la grabación en la que se escucha la realización de una llamada a la línea telefónica del grupo empresarial Oikos, en la cual el señor Camilo Arturo se comunica con la señora Lorena Ruiz, quien al preguntarle *“¿la firma de la escritura es el 4 de septiembre de 2017, cierto?”* ella contestó *“dependemos de la legalización del crédito de Bancolombia, de la cesión, creo que tiene un derecho de petición cierto? si señor quedaría todo eso pendiente por ahora”*; y más adelante al informarle que el señor Ángel se encuentra en la ciudad de Villavicencio, por lo que va a ser difícil asistir, debido a la llegada del Papa Francisco, y al preguntarle si debía presentar algo por escrito ella le indicó que *“no no señor porque realmente yo las estoy reprogramando, entonces por correo electrónico les envío confirmación cuando ya tengo todo los documentos listos.”*

Sobre la grabación cuestionada por la parte demandada, importa señalar que al tenor de lo previsto en el artículo 243 del Código General del Proceso, es un documento que debe cumplir con el requisito de haber sido obtenido de forma regular, so pena de quedar afectada con el fenómeno de la nulidad constitucional, pues el derecho que le asiste a las partes de probar los hechos no puede ser ejercido de forma arbitraria, inconsulta o ilimitadamente, y desconociendo las garantías fundamentales de los contendientes.

De tal suerte que la prueba que injustificadamente desconoce los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, en principio, se califica como ilícita, y por ello impide que sea valorada. Empero, hay circunstancias que, dependiendo del caso, permiten la valoración de la prueba.

Justamente, la sentencia de casación del 29 de junio de 2007 al analizar una grabación aportada en un proceso civil expuso que *"no hay duda de que en el ámbito de los procesos civiles, lato sensu, habrá casos en que, por sus específicas particularidades y, sobre todo, por la naturaleza de los concretos derechos que allí se discutan, podrá concluirse la viabilidad de apreciar una prueba que, en principio o prima facie, luzca como ilícita, ponderación que, en cada caso particular, corresponderá realizar y justificar a los jueces, para lo cual, ex abundante cautela, habrán de examinar si en la específica controversia en que se aduzca el respectivo elemento demostrativo, está seriamente comprometido el interés general, el orden público, o el derecho de un menor, preferente por mandato del artículo 44 de la Carta Política, etc., al igual que la específica forma como se obtuvo el mismo, los derechos superiores conculcados, el titular de éstos, la existencia de otras pruebas que sirvan al propósito de comprobar similares hechos a cuya acreditación apunta el medio irregular, entre otras circunstancias..."*⁴

De igual forma, el Tribunal Superior de Bogotá consideró que, *"(...) es preciso evaluar en cada caso concreto, si la obtención o el contenido de la conversación trasgrede alguna prerrogativa, particularmente de índole constitucional, pues en tanto aparezca probado que se infringió algún derecho fundamental en la creación del medio probatorio, como el de la intimidad, o que existió algún tipo de artimaña para conseguirla, o que la normatividad prevea, de manera expresa, la necesidad de que el interlocutor autorice el almacenamiento de la conversación –por ejemplo, el de recopilación de datos personales, frente a los que, ineludiblemente, debe existir consentimiento regulado en la Ley estatutaria 1581 de 2012-, entre otros factores, eventualidades en las que la prueba se torna ilegal y, por lo tanto, no puede ser evaluada por el juzgador"*.

Bajo esa perspectiva, la conversación telefónica recogida en la grabación se originó en el contrato de promesa celebrado entre el Grupo Empresarial Oikos y el señor Camilo Arturo Arévalo Cardona, conversación que solo afectaba o beneficiaba a tales extremos contractuales. De igual forma, no versa sobre temas que afecten el derecho fundamental a la intimidad que impidiera restringir la circulación de la información, o respecto de la cual se requiriera autorización de los interlocutores para su divulgación.

Lo anterior cobra fuerza si se tiene en cuenta que la señora Lizeth Lorena Ruíz Gamboa manifestó que uno de los canales que dispuso la compañía demandada para contactarse con los clientes con el fin de dar indicaciones o resolver consultas sobre el negocio jurídico, es a través de la llamada

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 29 de 2007, Exp. 05001-31-10-006-2000-00751-01, [Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo]. Recuperado de <http://consulta.jurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

telefónica. Por lo tanto, en este caso, es posible apreciar el medio demostrativo.

Ahora bien, sobre la autenticidad del documento, dispone el artículo 244 del Código General del Proceso, que es auténtico:

"(...) cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado manuscrito, firmado, o cuando exista certeza de la persona a quien se atribuye el documento.

"Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso."

De acuerdo con lo anterior, la grabación fue aportada como prueba en la demanda, elemento de juicio que se incorporó en la providencia, sin que la convocada la hubiese tachado, generando certeza acerca de su contenido. Adicionalmente, la interlocutora de la llamada, Lizeth Lorena Ruiz Gamboa no desconoció su contenido, por el contrario, manifestó que no recordaba lo informado al señor Arévalo Cardona, y que posiblemente era su voz.

Obsérvese que la información brindada en la llamada telefónica guarda coherencia con lo narrado por la testigo, pues la señora Ruiz Gamboa manifestó que *"si hay que hacer algún tipo de modificación de las fechas ya sea desde la persona que está manejando la cartera o en su momento yo, porque eran mas o menos 3 o 4 personas manejando ese proyecto era muy grande entonces muchas veces se apoyaban las labores entre todos de llamar a los clientes para firmar otro sí con el que se cambian las fechas, si había lugar a eso."* Y a la pregunta ¿usted informaba a los clientes que se podía llegar a modificar la fecha de la firma de la escritura? *"en algún caso pude haberlo hecho, si señora"*

A lo anterior se suma que en el hecho 30 de la demanda se dijo que *"Lorena Ruiz le informa al demandante que como había pasado un derecho de petición todo quedaba pendiente"*. Asimismo, el hecho 31 señaló *"la funcionaria Lorena Ruiz le manifestó al demandante que se estaban reprogramando las firmas de las escrituras y que por correo electrónico le enviaría la confirmación"*, supuesto fáctico del que la parte demandada adujo que no le consta, sin expresar las razones de la respuesta, lo que conlleva a presumirlos por ciertos, tal como lo dispone el artículo 96 del Código General del Proceso que reza: **"2. [p]ronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan. En los dos últimos casos manifestará en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta. Si no lo hiciere así, se presumirá cierto el respectivo hecho."**

En ese sentido, la parte demandada nunca explicó las razones ni desvirtuó que la señora Lorena Ruiz no haya proporcionado dicha información al demandante, pues tan solo dijo que *"la compañía no cuenta con sistemas de grabación de llamadas"*.

Así las cosas, con el comentado diálogo se acredita que la funcionaria de la compañía Oikos le informó al promitente comprador que se pospondría la fecha de la firma de la escritura pública, lo cual le confirmaría por medio de correo electrónico y, por tanto, no se le puede endilgar dicho incumplimiento al promitente comprador.

En este punto, vale la pena mencionar que el ente moral se relaciona a través de las personas naturales que lo representan para esos específicos fines comerciales y, por lo tanto, el cliente entiende que la información que le brinda es verdadera. De este modo, la construcción de expectativas y la motivación a la acción está racionalmente fundada en la sinceridad del acto comunicacional y la confianza que merecen las señales que provienen de sus interlocutores en el trato cotidiano, incluida la actividad comercial. Así, si el empresario, a través de su trabajador, indicó que prorrogaría la firma del instrumento público, no puede posteriormente negar ello, pues la buena fe contractual se lo reprocha.

Lo anterior permite concluir que a la parte actora no se le puede imputar el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la promesa de compraventa y, en consecuencia, no había lugar a declarar la falta contractual que motivó la resolución del contrato, ni tampoco aplicar la sanción punitiva prevista en la cláusula decima sexta del contrato.

En este punto, no se desconoce que la promesa de compraventa, así como sus modificaciones deben constar por escrito, tal como lo mencionó el apoderado de la parte demandada, así como la señora Lorena Ruiz, quien adujo que cuando se va a modificar la fecha de la firma de la escritura *"hay que hacer la firma de otrosí a la promesa. En ese caso hay que comunicarle al cliente que debe acercarse a la oficina a firmar ese documento"*, trámite que no desconoció el demandante, pues la funcionaria le comunicó que se reprogramaría la firma de la escritura y quien le iba a enviar un correo era ella, al punto que el señor Camilo le preguntó que, si debía enviar algún escrito, y ella le contestó que no.

Luego, la información brindada conllevó a que el demandante no asistiera a la Notaría, con la confianza de que el Grupo Empresarial le remitiría el correo para la firma del otrosí, tal como se lo indicó la persona encargada de esa función, es decir, la modificación se iba a realizar tal como lo exige la ley, por escrito.

Y es que si, la testigo de la compañía demandada conocía de ante mano que era política de Oikos asistir siempre a la Notaría para firmar el instrumento público, lugar donde era posible suscribir un otrosí, tal como lo informó en su declaración y lo confirmó la representante legal, así se lo debió manifestar al actor, cuando llamó con antelación al 4 de septiembre de 2017, precisamente, para poner en conocimiento la situación que se le

presentaba, para que una vez recibida una directriz diferente, hubiese encaminado su actuar de forma distinta. Lo previo, porque las pruebas demuestran, que su intención no era desistir del contrato, pues frente a los requerimientos del promitente comprador, como lo fue el pago del saldo de las cuotas para el 31 de agosto de 2017, muy a pesar de no estar de acuerdo, el señor Arévalo Cardona cumplió en la fecha que le indicaron.

Corolario de lo expuesto, las pretensiones dirigidas a que se declare que el actuar de la demandada indujo en error a los demandantes para que no se presentaran a firmar la escritura pública el 4 de septiembre de 2017 y con fundamento en ello declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato por parte de los demandantes sin orden judicial prosperan, al desacatar la constructora lo dispuesto en el artículo 1603 civil citado, pues no en vano actuar de buena fe constituye un elemento de la naturaleza, ínsita en todos los contratos.

En ese sentido, vale la pena reiterar lo considerado por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de agosto de 2011:

"[l]a buena fe y la proscripción de abuso, constituyen constantes en la formación, celebración, desarrollo, ejecución e interpretación del acto, a punto de ser instrumentos valiosos para controlar el negocio jurídico y el ejercicio de las facultades de terminación unilateral, legales o negociales, en función del justo equilibrio y proporción según el contrato y la solidaridad social.

El abuso, conducta disfuncional en beneficio exclusivo del titular y sacrificio desproporcionado de la contraparte, altera la función objetiva y esquema estructural del derecho.

(...) La terminación unilateral en cualquiera de las formas o modalidades, no puede ejercerse con abuso, ni de mala fe, so pena de comprometer la responsabilidad, y en toda controversia respecto de la eficacia o el ejercicio de la facultad, los jueces deben tener especial rigor en la valoración específica del marco concreto de circunstancias para garantizar la justicia al sujeto iuris, razón de ser, fundamento genuino, fin primario y último del Estado social de derecho democrático"⁵.

Dicho deber no fue asumido por la demandada, pues a pesar de que había indicado que se reprogramaría la fecha de la firma de la escritura, y que se le confirmaría vía correo electrónico la reprogramación, decidió asistir a la oficina notarial, para que prevalida de ese hecho y de la inasistencia de la contraparte, ponerle fin al contrato, con las consecuencias pecuniarias ya referidas, sin que estuvieran reunidos los requisitos establecidos en la cláusula décimo sexta citada.

Ese proceder, es susceptible de ser calificado como un incumplimiento contractual, al no haberse acatado debidamente las reglas para declarar de

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de agosto 30 de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, [William Namén Vargas]. Recuperado de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.x.html>.

forma unilateral el incumplimiento y resolver el negocio, en los términos estipulados.

Todo lo aquí discurrido, conlleva a concluir que las excepciones tituladas, "cumplimiento de las obligaciones, del cumplimiento de las obligaciones (desistimiento) y facultades otorgadas para ello, de la excepción de contrato no cumplido por el demandante, *excpitio non adimpleti contractus*, buena fe del demandado y violación al derecho a la intimidad - mala fe del demandante-", no están llamadas a prosperar.

5. De acuerdo con lo indicado, emerge la necesidad de examinar las pretensiones consecuenciales de condena que se plantearon en la demanda.

5.1. La parte actora solicitó que, por la actuación de la sociedad demandada, se condenara al pago del precio cancelado y descontado, indexado, junto con los intereses a la tasa del 6% anual y la sanción penal, correspondiente al 15% del valor del inmueble prometido en venta, es decir, \$14.938.769.

Para resolver sobre el punto, está probado que los demandantes entregaron a la demandada \$32.232.512, de los cuales la constructora devolvió \$17.165.326,62, mediante depósito judicial, comunicado el 5 de febrero de 2018.

En este orden de ideas, se ordenará que la sociedad demandada restituya la suma de \$15.067.185, correspondiente a la diferencia resultante de restar el valor reintegrado, dinero que deberá pagarse con la respectiva corrección monetaria, desde que se efectuó cada uno de los pagos -según estado de cuenta aportado a folio 135- hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, atendiendo la variación porcentual del índice de precios al consumidor (IPC) que certifique el DANE⁶, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$Va = K \left(\frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}} \right)$, donde Va corresponde al valor actualizado, y K al capital inicial.

VALOR HISTÓRICO	FECHA DE CONSIGNACIÓN	ÍNDICE FINAL	ÍNDICE INICIAL	VALOR ACTUALIZADO
\$510.673	13/12/16	104,97	93,11	\$575.721
\$850.000	26/12/16	104,97	93,11	\$958.270
\$1.290.000	10/01/17	104,97	94,07	\$1.439.474
\$1.290.000	10/03/17	104,97	95,46	\$1.418.514
\$1.300.000	10/04/17	104,97	95,91	\$1.422.803
\$1.300.000	11/05/17	104,97	96,12	\$1.419.694
\$3.000.000	19/07/17	104,97	96,18	\$3.274.173
\$50.000	8/08/17	104,97	96,32	\$54.490
\$5.476.512	30/08/17	104,97	96,32	\$5.968.329
\$15.067.185				\$16.531.467

⁶ <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc>

Asimismo, sobre las consignaciones realizados, se ordenará el pago de los intereses a la tasa del 6% anual, liquidados desde la fecha en que fueron realizados, relacionadas en la primera y segunda columna de anterior cuadro.

5.2. En lo atinente *"a la cláusula penal consignada en el contrato de promesa de compraventa, en la cláusula décimo sexta, parágrafo 1, equivalente al 15% del valor del inmueble"*, advierte el despacho que no hay lugar a su imposición, pues tal como se determinó la conducta desplegada por el Grupo Empresarial Oikos, al declarar el incumplimiento unilateral y resolver el contrato sin causa que lo justificara, contrario al principio de la buena fe, fue el fundamento determinante para definir su incumplimiento.

Con todo, el cobro de la sanción prevista en la cláusula décimo sexta tiene como razones para su reconocimiento la desatención de las obligaciones contenidas en el contrato, propias de la ejecución contractual, no la declaración de incumplimiento unilateral, y consecuente resolución, lo que de suyo es ajeno a lo previsto en dicho pacto por las partes, situación que impide que pueda materializarse su reclamación. Adicionalmente, en el parágrafo tercero se hace referencia al incumplimiento *"i) cuando desiste del negocio; (...) iv) por las causales previstas en este contrato o en la ley"*, pero del promitente comprador, más no de la sociedad demandada.

En mérito de lo expuesto, la Juez Décima Civil Municipal de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

IV RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que el Grupo Empresarial Oikos S.A. incumplió la promesa de contrato, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción titulada *"de la cosa juzgada por los mismos hechos ante la jurisdicción de la Superintendencia de Industria y Comercio"*, de acuerdo a las razones expuestas.

TERCERO: declarar no probados los medios exceptivos denominados *"cumplimiento de las obligaciones, del cumplimiento de las obligaciones (desistimiento) y facultades otorgadas para ello, de la excepción de contrato no cumplido por el demandante, exceptio non adimpleti contractus, buena fe del demandado y violación al derecho a la intimidad – mala fe del demandante"*, en razón de las consideraciones.

CUARTO: CONDENAR al Grupo Empresarial Oikos S.A. a pagar a los demandantes Camilo Arturo Arévalo Cardona y Ángel Arturo Arévalo

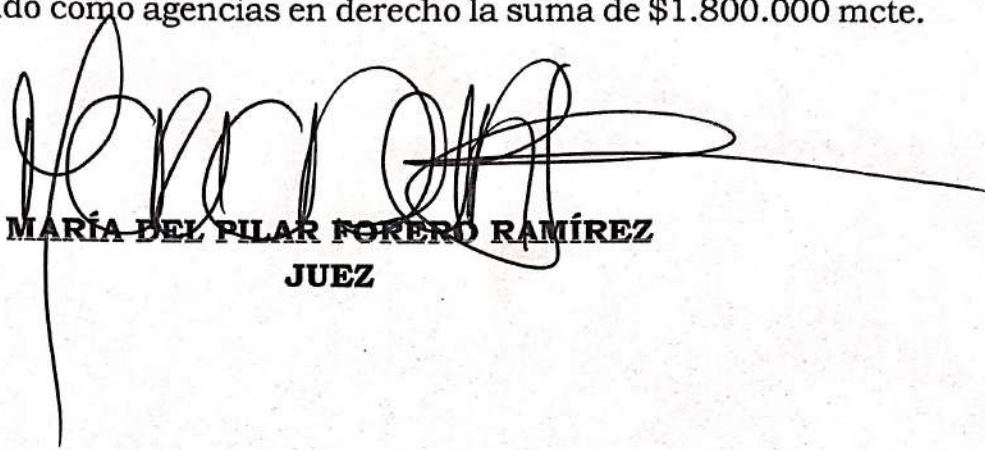
Dawkins, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la suma de \$16.531.467, así como con los intereses legales del 6% anual, en la forma indicada en esta sentencia.

A partir del día siguiente al vencimiento de este término, se deberá actualizar dicha suma, de acuerdo a la metodología aquí empleada.

QUINTO: NEGAR el pago de la cláusula penal, conforme lo aquí expuesto.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Por secretaría liquídense teniendo como agencias en derecho la suma de \$1.800.000 mcte.

Notifíquese,



MARÍA DEL PILAR FORERO RAMÍREZ
JUEZ