

REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL  
JUZGADO 038 CIVIL MUNICIPAL  
LISTADO DE ESTADO

LISTADO No. 122

Fecha: 22/11/2021

Página: 1

No Proceso	Clase de Proceso	Demandante	Demandado	Descripción Actuación	Fecha Auto	Cuad.
00140 03 038 20 00224	Verbal	FERNANDO GONZALEZ OSORIO	CONSTRUCTORA LAS GALIAS S.A.	Auto pone en conocimiento DECLARA NULOS LOS APARTES REFERIDOS EN LAS CONSIDERACIONES, RESPECTO DE LAS CLÁUSULAS 4, 5, 15 Y 22 DEL CONTRATO DE PROMESA CELEBRADO ENTRE LAS PARTES. CONDENÓ A LA CONSTRUCTORA AL PAGO DE \$19.973.717 A FAVOR DE FERNANDO GONZÁLEZ. SIN COSTAS	19/11/2021	

DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN EL ART. 321 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y PARA NOTIFICAR A LAS PARTES DE LAS  
ANTERIORES DECISIONES, EN LA FECHA 22/11/2021 Y A LA HORA DE LAS 8 A.M., SE FIJA EL PRESENTE ESTADO POR EL  
TERMINO LEGAL DE UN DIA SE DESFIJA EN LA MISMA A LAS 4:00 P.M.

ANDREA DEL PILAR HURTADO CÁRDENAS  
SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

Diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Rad. 11001-40-03-038-2020-00224-00.

Verbal

Fernando González Osorio

Vs. Constructora Las Galias S.A.

ANTECEDENTES

I. Fernando González Osorio, promovió demanda en contra de **Constructora Las Galias S.A.** persiguiendo que en su favor se despacharan las siguientes pretensiones:

1. *Que se declaren como abusivas e ineficaces las cláusulas cuarta, quinta, décima quinta y vigésima segunda del contrato de promesa de compraventa para vivienda de interés social (VIS) (fideicomiso) y financiación suscrito el día 7 de mayo de 2018 entre el señor Fernando González Osorio y la Constructora Las Galias S.A.*

2. *Que se declare la resolución por incumplimiento del contrato de promesa de compraventa para vivienda de interés social (VIS) (fideicomiso) y financiación suscrito el día 7 de mayo de 2018 entre el señor Fernando González Osorio y la Constructora Las Galias S.A., por incumplimiento grave por parte de la Constructora Las Galias S.A.*

3. *Que se declare civilmente responsable por responsabilidad civil contractual a la Constructora Las Galias, por los daños y perjuicios causados al Sr. Fernando González Osorio, por lucro cesante, como consecuencia del incumplimiento contractual de la constructora.*

4. *Que se tasen como perjuicios que ha sufrido el señor Fernando González Osorio el valor de la valorización causada desde el momento en el que se transfirió el dominio del apartamento ya referenciado hasta la fecha de la presentación del dictamen pericial del avalúo del inmueble identificado como apartamento No. 1402 de la Torre 07 del proyecto de vivienda Altavista el Mirador (VIS) identificado con matrícula inmobiliaria No. 50C-1967490 y ubicado en la Carrera 4 # 1 - 46 Sur, Bogotá, Cundinamarca; como resultado del incumplimiento de la CONSTRUCTORA LAS GALIAS, al contrato de promesa de compraventa firmado. Valor que se dejó de percibir por parte del convocante.*

5. *Que se tasen como perjuicios que ha sufrido el señor Fernando González Osorio el valor de lucro cesante por la posibilidad de arriendo causada desde el momento que se transfirió el dominio del apartamento ya referenciado hasta la fecha de la presentación del dictamen pericial del avalúo del inmueble identificado como apartamento No. 1402 de la Torre 07 del proyecto de vivienda Altavista el Mirador (VIS) identificado con matrícula inmobiliaria No. 50C-1967490 y ubicado en la Carrera 4 # 1 -46 Sur, Bogotá, Cundinamarca; Como resultado del incumplimiento de la CONSTRUCTORA LAS GALIAS, al contrato de promesa de compraventa firmado. Valor que se dejó de percibir por parte del convocante.*

Como consecuencia de lo anterior:

1. *Que se condene a la Constructora Las Galias S.A a devolver al señor Fernando González Osorio el valor total de la cláusula penal aplicada, es decir la suma de \$15.463.950.*

2. *Que se condene a la Constructora Las Galias S.A a pagar el valor de los intereses moratorios desde la fecha en que retuvieron el dinero de la cláusula penal por supuesto incumplimiento, es decir desde el día 10 de octubre de 2018.*

3. *Que se condene a la Constructora Las Galias S.A. a pagar al señor Fernando González Osorio el valor total de la cláusula penal por incumplimiento contractual grave, es decir la suma de \$15.463.950.*

4. *Que se condene a la Constructora Las Galias S.A. a que le devuelva al señor Fernando González Osorio el valor total de lo que pagó como gastos notariales, es decir \$3.500.000.*

5. *Que se condene a la Constructora Las Galias S.A. a que pague el valor de los intereses moratorios a la tasa legal más alta establecida por la Superintendencia Financiera desde la fecha en que retuvieron el dinero correspondiente a gastos notariales, es decir desde el día 10 de octubre de 2018.*

6. *Que se condene a constructora Las Galias a pagar el lucro cesante generado por concepto de la valorización del inmueble, desde el momento en que se transfirió el dominio del apartamento ya referenciado hasta la fecha de la presentación del dictamen pericial, como indemnización de perjuicios por el incumplimiento contractual, el cual se estipula en el valor de \$27.772.070, el cual es la diferencia entre el valor estipulado en la promesa de venta \$103.093.000 y el valor por el cual la sociedad demandada vendió el apartamento \$130.865.070.*

7. *Que se condene a constructora Las Galias a pagar el lucro cesante generado por concepto de futuros arriendos del inmueble, desde el momento que se transfirió el dominio del apartamento ya referenciado hasta la fecha de la presentación del dictamen pericial, como indemnización de perjuicios por el incumplimiento contractual, el cual se estipula \$4.795.056, que serian seis meses de arrendamiento acorde a un canon de \$799.176, estipulado por el peritaje.*

II. Como fundamento de las pretensiones, adujo que el 28 de noviembre de 2016, los señores Fernando González Osorio y el señor Jarvin Antonio López Rodríguez, suscribieron un contrato denominado "de opción de compra con financiación" con la sociedad Constructora Las Galias S.A., cuyo objeto era la firma de la promesa de compraventa del apartamento No. 1402 de la Torre 07 del proyecto de vivienda Altavista el Mirador (VIS) identificado con matrícula inmobiliaria No. 50C-1967490 y ubicado en la Carrera 4 # 1 -46 Sur, Bogotá, Cundinamarca.

Narró que el 21 de julio de 2017, las partes firmaron un otrosí al contrato denominado "de opción de compra con financiación", modificando la forma de pago del inmueble, que el 21 de julio de 2017 se firmó otro sí al contrato denominado "de opción de compra con financiación", estableciendo que los gastos de escrituración serían pagados a La Constructora a más tardar el 30 de junio de 2018 por valor aproximado de \$3.500.000.

Referenció que el 29 de octubre de 2017 se firmó un otrosí al contrato nominado "de opción de compra con financiación", en el sentido de excluir al señor Jarvin Antonio López Rodríguez, quedando como único titular del contrato el señor Fernando González Osorio.

Arguyó que el 30 de octubre de 2017 se firmó otro sí al contrato denominado "de opción de compra con financiación", en el sentido. modificar el banco ante el cual se tramitaría el crédito hipotecario pasando del Banco Caja Social a Bancolombia.

Indicó que el 31 de marzo de 2018 las partes suscribieron un nuevo otrosí al contrato denominado "de opción de compra con financiación", con el fin de modificar la cláusula octava del contrato, estableciendo una nueva fecha para aportar los

documentos para el trámite del crédito hipotecario, fecha que sería el 15 de abril de 2018.

Señaló que el día 7 de mayo de 2018 las partes firmaron un CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA PARA VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL (VIS) (FIDEICOMISO) Y FINANCIACIÓN del apartamento No. 1402 de la Torre 07 del proyecto de vivienda Altavista el Mirador (VIS) identificado con matrícula inmobiliaria No. 50C-1967490 y ubicado en la Carrera 4 # 1 -46 Sur, Bogotá, Cundinamarca, en donde quedó establecido que la escrituración del inmueble se llevaría a cabo el día 30 de junio de 2019 a las 10:00 a.m., en la Notaría 21 del círculo de Bogotá D.C. Además de establecer que la solicitud del crédito hipotecario debería ser llevada por el señor González el día 20 de mayo de 2018.

Explicó que el 20 de mayo de 2018 el señor Fernando González Osorio allegó la carta de aprobación de crédito hipotecario con Bancoomeva de fecha 17 de mayo de 2017, carta que fue recibida para estudio por parte de la constructora para realizar su validación.

Adujo que el día 24 de mayo de 2018 el señor Fernando González Osorio pagó la última cuota correspondiente a la cuota inicial del inmueble.

Narró que el 27 de julio de 2018 el asesor José Andrés Benítez de la constructora, le indicó al señor Fernando González Osorio que no había posibilidad de admitir el crédito hipotecario con Bancoomeva ya que la entidad financiera solicitaba unos requisitos que la constructora no podía cumplir para lograr el desembolso del crédito sobre el apartamento objeto del contrato.

Señaló que el día 15 de junio de 2018, el demandante realizó el pago \$28.182, con el fin de realizar un primer pago correspondiente a gastos de escrituración.

Adiciona que posteriormente el día 27 de septiembre de 2018, el demandante pagó el saldo pendiente que tenía por gastos de escrituración, el cual ascendía a la suma de \$3.471.818 como consta en el comprobante de pago No. 222005578 de Bancolombia con fecha 27 de septiembre de 2018, a la 1:57 pm, consignación hecha a la constructora Las Galias.

Dijo que el 27 de septiembre de 2018 el señor Fernando González Osorio recibió un correo enviado por Sayra Viviana Barrera en su calidad de asistente de cartera de la Constructora, informándole que se le haría la devolución del dinero aportado por él para la compra del inmueble, por lo que le solicitaba una certificación bancaria para realizar la transferencia.

Explicó que el 06 de octubre de 2018 presentó derecho de petición solicitando información sobre el estado actual del inmueble, así como la copia de todos los documentos suscritos, además de solicitar aclaración del porqué del correo electrónico recibido, teniendo en cuenta que el señor Fernando González Osorio realizó todos los pagos y se encontraba al día con sus obligaciones contractuales.

Señaló que el 10 de octubre de 2018 la Constructora dio respuesta al derecho de petición haciendo recuento de todos los hechos, e indicando lo siguiente: *“Que se le terminó el contrato de promesa de compraventa para vivienda de interés social (VIS) (FIDEICOMISO) Y FINANCIACIÓN por incumplimiento, y en consecuencia se le aplicaría la cláusula penal establecida en la cláusula décima tercera de dicho contrato, la cual correspondía al 15% del valor total, es decir la suma de \$15.463.950.”*

Referenció que dentro de los anexos a la respuesta del derecho de petición adjuntaron los siguientes documentos que eran desconocidos para el demandante: *“Una carta de terminación del contrato de opción de compra con financiación de fecha 23 de marzo de 2018. Una carta de terminación del contrato de promesa de compraventa para*

*vivienda de interés social (vis) (fideicomiso) y financiación de fecha 6 de julio de 2018.”*

Manifestó que de conformidad con lo evidenciado en la respuesta al derecho de petición, el demandante por concepto de cuota inicial del apartamento canceló la suma de \$31.093.000, en 19 cuotas.

Indicó que constructora Las Galias transfirió al demandante la suma de \$16.871.927, por concepto del remanente que le quedaba por el valor aportado hasta ese momento, pero dicho valor no reflejaba el pago realizado por el demandante por la cuota inicial del apartamento.

Señaló que en la respuesta al derecho de petición, constructora Las Galias S.A. informó que el valor consignado al demandante correspondía al valor pagado con el descuento de la cláusula penal del 15% estipulada contractualmente, como consecuencia del supuesto incumplimiento del demandante.

Manifestó que en el valor devuelto al demandante por concepto de remanente del pago de la cuota inicial hecho por constructora Las Galias S.A. no se regresó lo correspondiente a gastos de escrituración, sin justificación alguna.

Narró que tras los hechos anteriormente suscitados, mediante vía telefónica un asesor comercial de constructora Las Galias S.A., le comunicó al señor Fernando González Osorio que el apartamento No. 1402 de la Torre 07 del proyecto de vivienda Altavista el Mirador (VIS) identificado con matrícula inmobiliaria No. 50C-1967490 y ubicado en la Carrera 4 # 1 - 46 Sur, Bogotá, Cundinamarca., había sido adjudicado a otra persona, por lo que ya no era posible continuar con la ejecución del contrato.

III. Presentada en debida forma, el despacho ordenó tramitar la demanda admitiéndose mediante proveído adiado 11 de septiembre de 2020 (fl. 188), posterior a ello la parte demandante presentó el día 5 de febrero de 2021 (fl. 189) reforma de la demanda, la cual fue admitida en proveído de fecha 14 de abril de 2021 decisiones que fueron notificadas a Constructora Las Galias S.A., quien a través de apoderada debidamente constituida contestó y propuso las excepciones de mérito que denominó: *“Inexistencia de hecho alguno que amerite la protección contractual”, “Cumplimiento de contrato”, “Bilateralidad, equilibrio y obligaciones recíprocas”, “Regulación legal y jurisprudencial de la cláusula penal y la condición resolutoria expresa”, “Actos propios”, “Información clara y veraz de las obligaciones adquiridas”, “Libre autonomía de las partes e incumplimiento contractual”.*

#### PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. Para el desarrollo de la decisión que ocupa la atención del despacho, se hará referencia a los siguientes temas que conciernen a la disputa: relación de consumo; ineficacia o nulidad absoluta, de algunas cláusulas de la promesa de compraventa; efectos de la nulidad absoluta de las cláusulas; resolución del contrato de promesa de compraventa.

2. Primero se debe establecer si la relación contractual de las partes del litigio es de consumo, pues solo así es posible verificar la ineficacia de dichas cláusulas a la luz de la Ley 1480 de 2011 –Estatuto del Consumidor-.

Para ello, es pertinente remitirnos a la definición consagrada en el artículo 5º de la Ley 1480 de 2011, por virtud de la cual, califica como consumidor o usuario, *“Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario”.*

Así mismo, en sentencia del 3 de mayo de 2005 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 1999-4421-01), en relación con dicho tema destacó que: *“siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto – persona natural o jurídica– persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial –en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social–, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo”*.

A partir de lo expuesto, el despacho puede establecer que para el presente caso no existió una relación de consumo, y en consecuencia, no es dable aplicar el estatuto del consumidor en esta disputa, pues lo cierto es que en su declaración de parte el demandante admitió categóricamente que se comprometió a adquirir el inmueble, al decir: *“me pareció muy buen proyecto, porque yo soy médico y en el sector hay un cadena hospitalaria, y entonces yo dije yo compro el proyecto, como negocio, y fui y adquirí pues el apartamento 1402, torre 7”*; dicho del que se extrae, que no se cumplen las características descritas en el artículo 5° del la Ley 1480 de 2011 para que el demandante pueda ser considerado un consumidor, pues no se trataría de un destinatario final, ni perseguía la adquisición del inmueble *“para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica”*.

Pese a lo anterior, ello no es obstáculo para que se analice si las cláusulas referidas son, o no, abusivas, a la luz del derecho privado, pues dicha figura no es exclusiva de las relaciones de consumo. En efecto, el abuso del derecho, es una figura que se consagró en la Constitución Política (art. 95), y también en ordenamientos legales, como el Código de Comercio (art. 830, y 871) y el Código Civil (art. 1603).

Asimismo, se ha admitido, que en en la preparación, celebración, ejecución, y liquidación de un contrato se puede incurrir en abuso del derecho por parte de los extremos contratantes.

Al respecto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho lo siguiente:

*“Por eso la Sala ya ha puesto de presente, con innegable soporte en las normas constitucionales reseñadas y al mismo tiempo en el artículo 830 del Código de Comercio, que en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas, ejemplo prototípico de las cuales lo suministra el ejercicio del llamado poder de negociación ‘ por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación (CCXXXI, pág., 746)”* (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de febrero de 2001. MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo”.

Por la misma senda lo ha indicado el profesor Sergio Muñoz Laverde al expresar que, *“—Como quedó apuntado, una de las manifestaciones de abuso del derecho en materia contractual está dada por los excesos en que incurre, en la preparación de los contenidos contractuales, quien ostenta la posición fuerte o dominante. Es este un muy frecuente caso de transgresión al postulado de buena fe contractual. (...) La autonomía privada, en cuanto se refiere al establecimiento de contenidos contractuales, puede desviarse de su legítimo cauce y, por ende, ejercerse*

*abusivamente. En efecto, tratándose de contratos cuyo contenido predispone unilateralmente quien ostenta la posición dominante en la contratación, es frecuente ver excesos (abuso) en la concepción y redacción de las cláusulas con los consiguientes irreprochables desequilibrios, (...)”.*—De lo anterior se desprende que el abuso del derecho en el campo contractual tiene manifestaciones que van desde la definición del contenido contractual, pasan por la fase de ejecución del acuerdo y llegan hasta su disolución y liquidación” (Realidades y Tendencias del Derecho en el siglo XXI, Derecho privado, Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana. Parte segunda, capítulo denominado: El principio de buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano, Págs. 228 y 231).

En ese sentido, es claro para el despacho que las cláusulas abusivas pueden presentarse en relaciones contractuales ajenas al derecho del consumo, como la que aquí nos ocupa.

Superado lo anterior, conviene recordar que las cláusulas abusivas, siguiendo a Pedro Lafont Pianetta, son *“aquellas que, con vulneración de las reglas de la igualdad y equilibrio contractual, son impuestas y otorgan a una de las partes contratantes una serie de atribuciones, o le exoneran otra serie de deberes o responsabilidades, o bien le imponen a la otra parte una serie de obligaciones, cargas o responsabilidades o le elimina o le reducen seriamente sus derechos, en forma tan desproporcionada e irrazonable que al constituir un abuso en el ejercicio del derecho de contratar..., tales cláusulas deben ser objeto de corrección en la forma que permita restablecer el equilibrio contractual (...)”.* (Manual de Contratos, T. I, Bogotá, Librería de Profesional, 2001, página 263).

Y en criterio de Muñoz Laverde, *“(...) son abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual. Por supuesto, lo excesivo de la estipulación, su injustificación o irrazonabilidad, su desproporción, son asuntos que en cada caso deben ser cuidadosamente evaluados por el juzgador. No existen definiciones únicas, precisas y generalizables sobre tales características (...)”* (ob. Cit., pag. 234).

3. Definido lo anterior, procede el despacho a estudiar si son abusivas las cláusulas cuarta, quinta, décima quinta y vigésima segunda del contrato de promesa de compraventa suscrito el día 7 de mayo de 2018 entre el señor Fernando González Osorio y la Constructora Las Galias S.A.

#### Análisis de la cláusula cuarta

Respecto a la cláusula cuarta, en su párrafo octavo, se encuentra lo siguiente:

En caso de retardo en el pago de cualquier suma LA PROMITENTE VENDEDORA podrá dar por terminado inmediata y unilateralmente el presente contrato, considerándose que ha habido incumplimiento por parte de (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES. No obstante, LA PROMITENTE VENDEDORA podrá no dar por cancelado el contrato y cobrar a (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal permitida.

Al respecto, el despacho encuentra que dicha cláusula en su párrafo 8º -que fue el reprochado-, concede a la constructora la facultad de determinar unilateralmente si la ejecución del contrato por parte del promitente comprador, se ajusta o no, a lo pactado, y así, por su mera voluntad dar por terminado el acuerdo de voluntades. Así mismo, no se verifica alguna cláusula que permita equilibrar semejante facultad a

favor del promitente comprador, a favor de quien no se estipuló, que si la constructora incurría en retardos, este también podía terminar el contrato unilateralmente.

Es más, dicha cláusula permite a la constructora, terminar el contrato por el simple retardo, sin consideración, justificación, ni audiencia alguna del promitente comprador, y sin tener en cuenta que en aplicación del principio de buena fe, y del principio de conservación de los actos jurídicos, no cualquier retardo tendría la entidad para dar lugar al fenecimiento del contrato, pues solo el incumplimiento grave, el retardo calificado, que deriven en la mora, han sido considerados por la jurisprudencia como suficientes para deruir los efectos vinculantes de dichos acuerdos de voluntades.

Frente al incumplimiento que puede dar lugar a la ruptura definitiva de un contrato, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

*«[E]s bien sabido que la expresión incumplimiento tiene un significado técnico preciso en derecho, en cuanto que con ella se hace referencia a la desatención por parte del deudor de sus deberes de prestación, que tiene como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor; se alude, igualmente, incluso a nivel legal, a diversas formas de incumplimiento, ya sea total y definitivo, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial o retardo (arts. 1613 y 1614 del C.C.). Sin embargo no toda separación por parte del deudor respecto del 'programa obligacional' previamente establecido, permite poner en funcionamiento los mecanismos encaminados a extinguir la relación que une al obligado con el acreedor –particularmente la resolución contractual-, toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato. Como se puede observar, la jurisprudencia vigente de la Corporación considera que el cumplimiento tardío o extemporáneo de la obligación no impide que el contratante cumplido pueda ejercer la acción resolutoria del contrato, particularmente cuando el plazo pactado –y desatendido- se pueda considerar esencial, esto es, en aquellos casos en los que la ejecución de la prestación con posterioridad a una cierta oportunidad sea ya inútil al acreedor en cuanto que su interés en el derecho de crédito ha sido definitivamente lesionado, o cuando el incumplimiento genera una frustración del fin práctico perseguido por las partes en el negocio, o, por último, cuando se pueda observar un razonable interés en la resolución del contrato. Contrario sensu, si las circunstancias del caso concreto permiten concluir que la ejecución retardada de las obligaciones del contratante demandado no presenta características como las anteriormente mencionadas, en cuyo caso, se precisa, se puede considerar que el incumplimiento no tiene la gravedad o la entidad como para ser considerado un incumplimiento resolutorio, criterios como la equidad o la prevención del abuso del derecho, y la aplicación del principio de conservación de los contratos, hacen aconsejable que no se deba estimar la pretensión resolutoria en esas condiciones puesta a consideración de la administración de justicia.» (SC 18 dic. 2009, rad. 1996-09616, criterio ratificado sentencia SC 4902 de 2019).*

Agréguese que a juicio del despacho, al examen integral de las pruebas, se puede concluir que tal aparte del clausulado fue predispuesto, por la constructora, al adherente –promitente comprador-, siendo aquella quien ostenta la posición

dominante contractual<sup>1</sup> en relación con su contraparte. Dicha calidad la deriva de su condición de contratante recurrente, profesional en el tema, por ser quien desarrolla y ejecuta el proyecto inmobiliario, y quien lleva la dirección de la ejecución de la promesa de compraventa, a más, de ser quien confecciona los contratos de adhesión, proforma, y predispuestos, que facilitan y sistematizan la labor masiva de venta de inmuebles, como es usual en el desarrollo de su actividad económica.

El contenido de pactos como el que se estudia en este acápite, ya ha sido descalificado por la jurisprudencia, al decir lo siguiente:

*"Y un ejemplo, sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado poder de negociación' por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en ese ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación"* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de octubre de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss).

#### Análisis de la cláusula quinta

En cuanto a la cláusula quinta, en el aparte que fue reprochada, debe señalar el despacho que la misma, en su primer párrafo contiene un espacio en blanco, como se evidencia a continuación:

COMPRADORES Y/O EL AVAL Y/O CODEUDOR ha(n) disminuido su capacidad de endeudamiento antes del desembolso de crédito hipotecario, con la simple adquisición de nuevos créditos, adquisición de nuevas tarjetas de crédito aun sin utilizar su cupo, o presentando moras diferentes a las informadas en los reportes de las Centrales de Riesgo (DATA CREDITO-CIFIN) hechas el día \_\_\_\_\_ el día \_\_\_\_\_ consultas debidamente autorizadas por (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES Y EL AVAL Y/O CODEUDOR; se entenderá que ha habido incumplimiento por parte de (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES, pudiendo así LA PROMITENTE VENDEDORA dar por terminado inmediata y unilateralmente el presente contrato, aplicando la Cláusula Penal estipulada en la cláusula DECIMA TERCERA de este contrato.

Dicho defecto deja en evidencia que no se fijó en una fecha clara, precisa, e informada de cuándo se llevaría a cabo la consulta en las centrales de riesgo crediticio, y se dejó al promitente comprador, en una situación según la cual no conocía claramente cuáles eran las circunstancias, y el tiempo de verificación que lo llevarían a incumplir tal pacto, lo que lo pone en claro desequilibrio respecto de la constructora.

En el mismo sentido a juicio del despacho el siguiente aparte de la cláusula quinta es abusivo:

<sup>1</sup> Una parte ostenta posición dominante contractual cuando puede predeterminar unilateralmente e imponer a los usuarios, a la contraparte, las condiciones de las operaciones (ver Sentencia del 19 de octubre de 1994, Exp. No. 3972, M.P. Carlos Esteban Jaramillo).

Las moras que presente (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES Y/O AVAL Y/O CODEUDOR a la fecha de la separación según el reporte de las Centrales de Riesgo, deberán quedar a PÁZ Y SALVO durante el mes siguiente de la fecha de la negociación. Transcurrido el plazo sin que (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES Y/O EL AVAL Y/O CODEUDOR haya(n) presentado la solicitud de crédito en la debida forma, LA PROMITENTE VENDEDORA podrá cobrar a (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES intereses a la máxima tasa legalmente establecida mensual sobre la suma descrita en el Literal c) Numeral Quinto (5) del CUADRO RESUMEN o podrá dar por terminado inmediata y unilateralmente el presente contrato, notificándolo así al (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES, considerándose que ha habido incumplimiento de (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES y pudiendo en consecuencia LA PROMITENTE VENDEDORA hacer efectiva la cláusula penal a la que se ha hecho referencia;

Como sucede con la primera cláusula de terminación unilateral que se analizó se establece una facultad unilateral, sin equilibrio alguno a favor del promitente comprador, de terminar el contrato, para lo cual es simplemente la mera voluntad de la constructora, acerca de, si el crédito cumple o no las condiciones, lo que le permite dar ruptura al pacto y aplicar la cláusula penal. Es la constructora la que, además de ser la predisponente de las cláusulas, unilateralmente define si la ejecución del objeto contractual se estaba llevando a cabo ajustada al pacto, y si no lo estimaba así podía terminar el contrato, lo cual, contraría el sano equilibrio contractual, y en criterio del despacho es abiertamente ventajoso, irrazonable, e injustificado.

En cuanto a los demás reproches puestos de presente por la parte demandante, debe decirse, que el despacho no encuentra abusivo el pacto según el cual la constructora se libera de responsabilidad por el desembolso, o no, del crédito, pues esa consecuencia depende de una decisión unilateral de la entidad financiera la cual no tendría porque asumir el promitente vendedor. Menos aún se encuentra abusivo, que se hubiese pactado que en caso que la entidad financiera negara el crédito hipotecario, era el promitente comprador quien debía cubrir ese saldo con recursos propios, pues como ya se dijo, no es posible atribuir las consecuencias negativas de la frustración del desembolso de la entidad financiera a la constructora, dado que el crédito es un mecanismo para favorecer al promitente comprador en el pago del precio, y para permitir cumplir tal obligación que está a su cargo, no, de la constructora.

Pese a lo anterior, el despacho sí estima abusiva, de nuevo, la facultad de terminación unilateral que a continuación se describe, pues se trata de un derecho que puede ser ejercido sin intervención de la otra parte, sin preaviso, en forma intempestiva, y con la mera voluntad de la constructora. Allí ni siquiera se prevé ninguna causal de justificación, lo cual en criterio del despacho, luce desproporcionado, e irrazonable.

*escrita de LA PROMITENTE VENDEDORA. Sin embargo, si LA ENTIDAD CREDITICIA desistiere o negare el crédito por falsedad en la información que (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES Y/O EL AVAL Y/O CODEUDOR le presentó(aron) o porque éste(los) no allegó(aron) en el tiempo oportuno los documentos adicionales que le fueron exigidos, se entenderá que ha habido incumplimiento por parte de (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES, pudiendo entonces LA PROMITENTE VENDEDORA dar por terminado inmediata y unilateralmente este contrato notificándolo así a (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES, y hacer efectiva la cláusula penal, de que trata la cláusula décima tercera de este contrato.*  
(Subraya y negrilla fuera del texto original).

En el mismo sentido y por las mismas razones que ya se han venido exponiendo la facultad de terminación unilateral, intempestiva, sin preaviso, sin intervención del promitente comprador, y con la mera voluntad de la constructora, para el despacho también es un pacto abusivo:

PROMITENTES COMPRADORES faculta(n) de manera expresa, desde ahora, a LA PROMITENTE VENDEDORA para terminar inmediata y unilateralmente el presente contrato y consecuentemente, disolver el vínculo contractual derivado del mismo, sin necesidad de declaración judicial o arbitral alguna y sin que haya lugar a la aplicación de lo pactado en la cláusula décima Tercera de este contrato, respecto al cual tampoco tendrá responsabilidad alguna la Fiduciaria

En lo que concierne al párrafo quinto y sexto. En cuanto se dice, que si no se logra el desembolso de la entidad financiera por causa imputable al promitente comprador, la constructora podrá exigirlo ejecutivamente, reclamar intereses, y hacer efectiva la cláusula penal, el despacho no considera que sea una cláusula abusiva, pues simplemente señala que la constructora podrá perseguir el pago del precio pactado, lo cual no es desproporcionado, tampoco el cobro de intereses pues busca compensar un dinero del cual estuvo privado la constructora en oportunidad. De lo referente a la aplicación de la cláusula penal, no se estima abusivo lo establecido, pero solamente en el entendido que tal facultad se podría hacer valer ante un autoridad jurisdiccional, y no unilateralmente, pues esta última atribución ya se dijo, para este caso concreto no consulta un equilibrio justo del contrato en este caso, y permite a una parte – presdisponente del clausulado- decidir unilateralmente si la otra incumplió.

En lo que tiene que ver con la entidad financiera que se pactó para el desembolso del crédito el despacho no encuentra que dicha cláusula sea abusiva, en tanto que, no produce un desequilibrio injustificado en perjuicio del promete comprador el hecho de que se pacte una entidad financiera preferentemente, lo cual es justificable bajo el entendido que la constructora puede tener un convenio con el banco para lograr un mejor desarrollo en tiempo del proyecto, y para la viabilidad financiera del mismo. Tampoco estima el despacho, que afecte las circunstancias de tiempo modo y lugar en que el promitente comprador pueda hacer ejercicio de sus derechos.

Menos aun se estima abusivo, que el promitente comprador haya tenido la carga de tramitar el crédito hipotecario, pues lo cierto es que está a cargo de este pagar el precio (obligación anticipada de la compraventa del inmueble), y por tanto, es a este, a quien incumbe conseguir los recursos para honrar ese débito.

De lo que atañe al párrafo undécimo, el despacho tampoco estima abusivo que se hubiere pactado que el promitente comprador debía cubrir con sus recursos el dinero faltante del precio, si no se lograba el desembolso de la entidad financiera. Como ya se dijo, la obligación de pagar el precio incumbe al promitente comprador, y es este, quien debe dar satisfacción a la misma. Sin embargo, como ya se dijo en los demás casos, el despacho si considera abusiva la facultad de terminación unilateral atribuida a la constructora en este pacto, pues fue predispuesta al adherente, no tiene ningún preaviso, no permite participación alguna del promitente comprador, no contempla excusa, ni justificación alguna, y se trata de una facultad intempestiva, desproporcionada, y que solo implica la mera voluntad de la constructora.

#### **Análisis de la cláusula décimo quinta**

El despacho no encuentra abusiva esta cláusula en tanto que las partes están en libertad de pactar a quien corresponde el pago de los gastos de escrituración; y ello por sí solo, no parece un carga desproporcionada, irrazonable, ni injustificada en perjuicio del promitente comprador, ni limita la posibilidad del ejercicio de sus derechos. Tampoco se estima abusivo el pactar que dicho recaudo lo haga anticipadamente la constructora a favor de la notaria, pues esta práctica se halla justificada, para lograr orden en la ejecución de la tradición de los inmuebles vendidos, y la logística desarrollada en la venta masiva de este tipo de bienes.

No obstante el despacho si estima abusivo el siguiente aparte, que permite la ruptura unilateral por parte de la constructora:

*PARÁGRAFO PRIMERO: En caso de retardo en el pago de cualquier suma estipulada en el CUADRO RESUMEN NUMERAL 10, LA PROMITENTE VENDEDORA podrá dar por terminado inmediata y unilateralmente el presente concreto, considerándose que ha habido incumplimiento por parte de (EL) (LA) (LOS) PROMITENTE(S) COMPRADOR(ES), aplicando la Cláusula Penal estipulada en el presente contrato, no obstante, la PROMITENTE VENDEDORA podrá no dar por cancelado el contrato y cobrar a (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal permitida.*

Como ya se ha dicho, se trata de una facultad, a favor de quien tiene una posición dominante en el contrato –la constructora-, quien es la predisponente de las cláusulas; prerrogativa que además no tiene una similar en favor del promitente comprador; la cual se puede aplicar en forma inconsulta y sin participación de la otra parte, que no requiere preaviso, que únicamente exige la mera voluntad y creencia de la constructora de que se incumplió el contrato. Además, permite a la constructora el cobro de intereses moratorios sobre una suma de dinero, que si bien puede recaudar a favor de la notaría para facilitar el trámite, no tendría porque generarle réditos o intereses en su favor, pues no es un dinero suyo del que haya estado privado en el tiempo.

#### Análisis de la cláusula vigésima segunda

"CONDICIÓN. – La celebración de la compraventa queda condicionada a que dentro de los veintiocho (28) días calendario contados a partir de la entrega de la solicitud de crédito, LA PROMITENTE VENDEDORA apruebe los documentos y la información presentada por (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES con la solicitud de crédito que éste hará a LA ENTIDAD CREDITICIA de acuerdo con lo estipulado en el Literal c) del Numeral Quinto (5) del CUADRO RESUMEN de esta promesa. De no ser aprobados dichos documentos e información, LA PROMITENTE VENDEDORA lo hará saber a (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES a la dirección que aparece indicada en el Numeral Ocho (8) del CUADRO RESUMEN; si vencido el plazo antes pactado LA PROMITENTE VENDEDORA no ha hecho tal notificación a (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES, se entenderá que los documentos y la información han sido aprobados por LA PROMITENTE VENDEDORA. De ser rechazados no habrá lugar a la celebración del contrato prometido, sin que haya lugar a la aplicación de lo pactado en la CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA de esta promesa de compraventa. LA PROMITENTE VENDEDORA devolverá a los diez (10) días hábiles posteriores a la notificación y sin intereses de ninguna clase, las sumas recibidas como anticipo por cuenta de este negocio. El hecho de que los documentos y la información hayan sido aprobados por LA PROMITENTE VENDEDORA no implica compromiso alguno de ésta respecto a la aprobación del crédito solicitado a LA ENTIDAD CREDITICIA para pagar la suma descrita en el Literal c) Numeral (5) del CUADRO RESUMEN, por cuanto esta ENTIDAD CREDITICIA es una entidad completamente independiente a LA PROMITENTE VENDEDORA y es autónoma para aprobar o negar el crédito que a él soliciten (EL) (LA) (LOS) PROMITENTES COMPRADORES. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

En criterio del despacho, esta cláusula también es abusiva, pues permite que la constructora rechace la aprobación del crédito presentada por el promitente comprador, sin razón aparente, y además, le libera de responsabilidad, en caso de que tal objeción sea caprichosa e injustificada, a tal punto que le exonera de la aplicación de la cláusula penal pactada, en claro perjuicio, y evidente desequilibrio para el promitente comprador. Cual si fuera poco, indica que no habrá lugar a devolución de intereses, sin contemplación alguna, del escenario en que el rechazo de la carta de

crédito sea arbitrario. En el pacto se establece la autonomía irrestricta de aceptar o negar la aprobación del crédito, sin justificación alguna en caso de negativa, lo cual representa un claro desequilibrio en perjuicio del promitente comprador.

#### **4. Efectos las cláusulas abusivas en que se fundó la terminación unilateral del contrato**

Las cláusulas abusivas, provocan nulidad absoluta, en tanto que este tipo de irregular conducta contractual contraría prohibición expresa de normas de rango constitucional (art. 95 de la C.P.) o por ilicitud de objeto y, en ese orden de ideas, hay lugar a aplicar los artículos 1519 y 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio. En el mismo sentido lo ha sostenido autorizada doctrina (ver Muñoz Laverde, en Realidades y Tendencias del Derecho en el siglo XXI, Derecho privado, Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana. Parte segunda, capítulo denominado: El principio de buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano. Págs. 241 a 245).

Dado que la terminación unilateral del la constructora se fundó en una cláusula que en criterio del despacho es abusiva y por tanto absolutamente nula, quiere ello decir, que la terminación del contrato no tenía lugar, ni mucho menos la aplicación de la cláusula penal unilateralmente por parte de la constructora.

Como consecuencia de lo expuesto, la terminación unilateral del 6 de julio de 2018, no tuvo el efecto de dar ruptura al contrato, lo que implica que el mismo siguió vigente. A más que la comunicación de terminación unilateral posterior, del 11 de julio de 2018, no produjo efecto alguno, dado que el representante legal de la constructora desconoció abiertamente la eficacia de dicha comunicación en su declaración de parte, diciendo que se envió por error, manifestación con fuerza de confesión a voces del artículo 191 del Código General del Proceso.

Derivado de esto, y por la irregular y abusiva aplicación de la terminación unilateral, y consecuencialmente de la cláusula penal, el despacho ordenará la devolución de dicho monto al promitente comprador, debidamente indexado para corregir el envilecimiento del dinero, junto con los intereses civiles del 6% anual de conformidad con el artículo 1617 del Código Civil.

Lo cierto es que el despacho no considera admisible que la constructora retenga un dinero en aplicación de un pacto que se estima ilícito por abusivo, por tanto, el ejercicio de la cláusula debe ser retrotraído.

Para la indexación de la suma aplicada por concepto de la cláusula penal se tiene la siguiente fórmula:

Valor actualizado = valor histórico \* (IPC Actual / IPC Inicial)

$$\$17.089.691 = \$15.463.950 * (110.06/99.59)$$

Adicionalmente al aplicar el interés civil, a razón de 0.5 mensual, tenemos que a la fecha de esta sentencia, y desde el 10 de octubre de 2018, se han generado \$2.884.026 de réditos.

En conclusión se condenará a la demandada a pagar al demandante \$19.973.717, por concepto de la indebida aplicación de la cláusula penal.

## **5. De la resolución del contrato**

El despacho recuerda, que son requisitos indispensables para la viabilidad de la acción resolutoria, de acuerdo con los artículos 1546, 1609 del Código Civil, y la jurisprudencia: *"a) La existencia de un contrato bilateral válido; b) El incumplimiento del demandado total o parcial, de sus obligaciones generadas en el pacto, porque en eso consiste la realización de la condición tácita; y, c) Que el demandante a su vez, haya cumplido los deberes que le impone la convención, o que al menos se haya allanado a cumplirlos en la forma y tiempo debidos"* (sentencia del 16 de mayo de 2002. M.P. Jorge Santos Ballesteros. Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Ref. Exp. 6877)

Frente al primero de los requisitos, destaca el despacho, que las partes han reconocido la existencia del contrato de promesa de compraventa, el cual goza de los requisitos de validez, como son, capacidad, consentimiento, objeto, y causa (art. 1502 del C.C.), como también los propios de las promesas de compraventa previstos en el artículo 1611 del Código Civil; sin perjuicio de los pactos que particularmente, e individualmente considerados, se dijo, son absolutamente nulos.

En cuanto al segundo de los presupuestos, se advierte que la constructora no incurrió en mora, pues lo cierto es que al margen de la nulidad absoluta de las cláusulas en la forma que señaló -aspecto que no varía lo que se indicará-, la verdad es que el demandante no demostró haber presentado la carta de aprobación del crédito en forma oportuna, y por los \$72.000.000 que se habían pactado, mucho menos, con la entidad financiera fijada, y esto frustra sus pretensiones de resolución, dado que según el artículo 1609 del Código Civil "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos" Véase, que según la cláusula quinta del cuadro resumen que hace parte de la promesa, la carta de crédito debía radicarse antes del 15 de mayo de 2018, por \$72.000.000, y con Bancolombia; no obstante el demandante admitió que tal documento solo lo radicó el 20 de mayo de 2018, proveniente de la entidad Bancoomeva, y de la carta de aprobación que obra en el expediente se advierte que el crédito solo se aprobó por \$70.000.000 sin que dicho monto alcance el pactado.

Adicionalmente, se pactó una fecha para efecto de que el demandante desembolsara lo correspondiente a los gastos de escrituración, no obstante esta obligación también se incumplió por el promitente comprador. Obsérvese que según la cláusula décima del cuadro resumen que hace parte de la promesa, el valor por gastos de escrituración debió pagarse el 30 de junio de 2018, mientras que el demandante confesó en su declaración de parte haber sufragado la totalidad de dicho monto hasta el 27 de septiembre de 2018.

Dado el fracaso de la acción de resolución, no se accederá a los perjuicios que se pretenden, pues de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil, estos tendrían lugar como accesorios únicamente ante la prosperidad de la resolución del contrato, hipótesis que no ocurrió.

## **6. Excepciones de mérito propuestas por la parte demandada**

A continuación el despacho analizará las excepciones de mérito propuestas por el extremo pasivo, en cumplimiento del mandato impuesto por el artículo 281 del Código General del Proceso

#### **Inexistencia de hecho alguno que amerita la protección contractual**

Al respecto debe indicarse, que el juez está plenamente facultado para revisar, en su criterio, y con apego a la doctrina del abuso del derecho en materia contractual, si algunas cláusulas son absolutamente nulas por implicar un desequilibrio injustificado en perjuicio del promitente comprador, o porque afectan las condiciones de tiempo modo y lugar en que este puede ejercer sus derechos.

No se pierda de vista, que la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas, se puede declarar de oficio de conformidad con el artículo 1742 del Código Civil.

En consecuencia esta defensa está llamada al fracaso.

#### **Cumplimiento del contrato**

Esta excepción se declarará parcialmente probada en el entendido que, la demandante no está habilitada para solicitar la resolución del contrato, pues no había cumplido por su parte las obligaciones que tenía a cargo, en la forma y tiempo debidos (art. 1609 del Código Civil).

No obstante, se deja claro, como ya se anunció, que la facultad de aplicar unilateralmente la terminación del contrato, y en consecuencia, la cláusula penal, es abusiva e ineficaz, en la forma que quedó explicado.

#### **Bilateralidad, equilibrio, y obligaciones recíprocas**

A juicio del despacho, si existen cláusulas que generan desequilibrio en perjuicio del promitente comprador, como ya quedó explicado. A más que se trata de un contrato de adhesión en el que las cláusulas fueron preestablecidas por la constructora, ello se extrae, no solamente del mero contenido del contrato de promesa, sino también de las mismas excepciones planteadas por la demandada en las cuales, en una de ellas, alega haber cumplido los requisitos de los contratos de adhesión del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011. En consecuencia, esta defensa de mérito no está llamada a prosperar.

#### **Regulación legal y jurisprudencial de la cláusula penal y la condición resolutoria expresa**

No discute el despacho la legalidad de la posibilidad de pactar una cláusula penal, e inclusive la licitud en abstracto del pacto de terminación unilateral. Pero en este caso se estimó abusiva la posibilidad unilateral, inconsulta, intempestiva, que se fijó a

favor de la constructora, para terminar el contrato, si lo estimaba incumplido, y consecuencia de ello aplicar la cláusula penal; para el caso concreto es una facultad desproporcionada, sin equilibrio a favor de la parte demandante, que fue preestablecida por la constructora al adherente, y que le deja en una posición ventajosa sin justificación.

Por lo demás, no quedó demostrado por parte de la accionada, que la falta de aplicación unilateral de este tipo de cláusula afectara la viabilidad del proyecto que se desarrollaba, ni que frustrara su exitosa ejecución.

Finalmente, en cuanto a la alegación según la cual, la Superintendencia de Industria y Comercio ha analizado anteriormente cláusulas de modelos de contrato similares, hay que decir, que este despacho goza de plena autonomía para calificar si las cláusulas son abusivas o no en este caso concreto, con apego en los artículos 95 de la Constitución Política, como, los artículos 1519 y 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio; sin que las determinaciones de esa autoridad impliquen algún límite para este estrado pues conforme al artículo 230 de la Constitución Política "Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley". De todas formas, el estudio que hubiese hecho tal entidad, no concierne a este caso concreto.

Por lo dicho, esta excepción se desestimaré.

### **Actos propios**

El despacho declarará parcialmente probada esta excepción en el entendido que el demandante no tramitó el crédito ante la entidad financiera correspondiente, por el monto requerido, ni lo presentó en oportunidad. En lo demás, no prosperará la excepción pues ya se dijo que a juicio del despacho la facultad de terminación unilateral es abusiva, y por tanto la aplicación que se hizo de la cláusula penal.

### **Información clara y veraz de las obligaciones adquiridas**

Ya mencionó el despacho que el contrato contraría la prohibición de no abusar de los derechos propios (art. 95 de la C.P.), y que en el mismo se fijaron cláusulas abusivas, por parte de un predisponente en un contrato de adhesión, donde la constructora gozaba de posición de dominio contractual; por lo cual esta defensa no prosperará.

### **Libre autonomía de las partes e incumplimiento contractual**

El despacho estima que el principio de autonomía de la voluntad privada, tiene límites en las normas de orden público, como el artículo 95 de la Constitución Política, que dispone para todas las personas, aún en el plano contractual, respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, mandato que fue incumplido por la constructora como quedó explicado; así que esta excepción fracasará.

7. Así las cosas, el despacho declarará la nulidad absoluta de los pactos reseñados en esta providencia; como efecto de la aplicación irregular de la cláusula penal en ejercicio de una cláusula abusiva se ordenará la devolución del monto retenido a favor de la parte demandante; por último, se desestimaré la acción de resolución contractual pues en criterio del juzgado el promitente comprador no es contratante cumplido.

Ante la prosperidad apenas parcial de la demanda (num. 5° del art. 365 del C.G.P), no se condenará en costas.

**DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá, D.C., administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR** absolutamente nulos los apartes referidos en las consideraciones como abusivos, respecto de las cláusulas 4ª, 5ª, 15ª, y 22ª, del contrato de promesa de venta celebrado entre Fernando González Osorio y Constructora Las Galias S.A.

**SEGUNDO.- CONDENAR** a la constructora Las Galias S.A. al pago de \$19.973.717, a favor de Fernando González Osorio.

**TERCERO.- DECLARAR** parcialmente probadas las excepciones de mérito denominadas: “cumplimiento del contrato” y “actos propios”, y desestimar las demás.

**CUARTO.- NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO.- Sin condena** en costas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Firmado Por:

David Adolfo Leon Moreno  
Juez  
Juzgado Municipal  
Civil 038  
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 7db6dbf916620a95b6dac04df25389f58efdb9f3eafb6bfd68fc8f0441c57d58

Documento generado en 19/11/2021 03:29:37 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>