

Señora
Catalina Rosero Díaz del Castillo
Magistrada Sala Civil-Familia
Tribunal Superior de Barranquilla
E. S. D.

REFERENCIA: Proceso verbal

RADICADO: 08001-31-03-016-2016-00612-01

(Número interno 43.381)

DEMANDANTE: Libia Herrera Herrera

DEMANDADO: Corporación Finanzas de América
Corfiamérica S.A. y otros

ASUNTO: Sustentación recurso de apelación

Diego Edison González Vanegas, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.772.745, y Tarjeta Profesional número 172.773 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado judicial de **Corporación Finanzas de América Corfiamérica S.A.S.** y **Nairon Yecid Barrios Ortiz**, estando en la oportunidad procesal pertinente, me permito sustentar el recurso de apelación presentado contra la sentencia de fecha 13 de mayo de 2021, adicionada mediante providencia del 27 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla en el proceso de la referencia, en los siguientes términos:

I. Oportunidad

Prescribe el inciso 3° del artículo 14 del Decreto 806 de 2020 que “Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes.”

El auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación interpuesto se notificó por el micrositio del Tribunal Superior de Barranquilla mediante el estado electrónico No. 127 del 22 de julio de 2021, quedando ejecutoriado el 27 de julio siguiente; circunstancia por la que el término para sustentar el recurso empezó a correr el 28 de julio y finaliza el 3 de agosto de 2021.

Advirtiéndose de esta manera que la sustentación del recurso que aquí se realiza se encuentra en término.

II. Sustentación recurso de apelación

1. La sentencia proferida falta al principio de congruencia, tal y como lo establece el artículo 281 del Código General del Proceso.

Prevé el artículo 281 del Código General del Proceso que la “*sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley*”.

Se desprende de lo anterior, que uno de los límites de la decisión judicial se encuentra determinado por la *causa petendi*, por medio de la cual, se itera, se delimita el ámbito de extensión del litigio sobre el que el juzgador deberá pronunciarse, y por lo tanto, no le es dado referirse sobre asuntos que no le han sido pedidos, como tampoco abstenerse de los solicitados, pues, “*si el sentenciador guarda silencio sobre los extremos jurídico-sustanciales que son objeto del litigio y que fueron debidamente planteados como tales al constituirse la relación jurídico-procesal, incurre en inconsonancia por faltar al principio que le impone fallar sobre todo lo pedido (en eat judex minus petita partium), al igual que si se excede con respecto a lo pedido (en eat judex ultra petita partium), o cuando declara lo que nunca se impetró de la jurisdicción (en eat judex extra petita partium)*” (G.J., tomo CCXIX, pág. 261).

Frente al tema en estudio, la Honorable Corte Suprema de Justicia tiene por sentado que, “*debe tenerse presente que si la parte señaló el sendero por el que, a su turno, trazó la ‘causa petendi’, génesis de la pretensión, a través de la utilización de determinada vía sustancial, las consideraciones jurídicas del juzgador no pueden desbordar ese camino seleccionado libre y soberanamente –con independencia de su real pertinencia- por el litigante, no obstante que aquel, en desarrollo del celeberrimo principio de “iura novit curia”, podrá suplir o colmar determinados vacíos o yerros, eso sí, sin variar o distorsionar el contenido medular de lo pretendido por las partes, valga la reiteración, o lo que es lo mismo, sin desatender el axioma de la congruencia. Al fin y al cabo, la tarea judicial es reglada y, por contera, limitada, no sólo por obra de la ley, sino también con arreglo al pedimento de las partes, concretamente del actor, artífice señero del marco dentro del cual, ‘a posteriori’, deberá el fallador inscribir su resolución. (...) Como es apenas obvio, en el ejercicio de su función, el juez, al decidir el proceso, no puede desbordar los hechos en que éste, conforme a lo expuesto por las partes se apoya, porque, en caso contrario, incurriría en incongruencia, ya que lo resuelto ha de mantener armonía con los supuestos fácticos alegados como sustento de las pretensiones del actor, o de las excepciones del demandado, vale decir que la ‘razón de dar’ expresada en la sentencia ha de guardar correspondencia con la ‘causa petendi’, puesto que resulta claro que los jueces no pueden, en el fallo respectivo, alterar el litigio sometido –en sentido lato- a su decisión por las*

partes, teniendo en cuenta las razones antes expresadas". (sentencia del 4 de septiembre de 2000, Exp. 5602 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo)

Como puede observarse de la lectura de la demanda y de su contestación, la controversia planteada se circunscribió al presunto incumplimiento que se le enrostró a la parte demandada del contrato de promesa de derechos fiduciarios del fideicomiso llamado "fideicomiso alto genovés", celebrado el 20 de junio de 2014 y su respectivo otrosí, de fecha 8 de mayo de 2015.

Contrato en el que las partes acordaron que la Corporación Finanzas de América Corfiamérica S.A.S. (en adelante Corfiamérica), en calidad de promitente vendedor, vendería a Libia Herrera, como promitente compradora, el cincuenta por ciento (50%) de los derechos del "fideicomiso alto genovés"; fideicomiso en el que la Universidad Autónoma del Caribe aportaría a título de incremento el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 040-491992 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Barranquilla al referido patrimonio autónomo, administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., tal y como se observa de la lectura a la cláusula primera del aludido contrato.

Como puede advertirse de la lectura al citado contrato y su respectivo otrosí, la causa que motivo a los contratantes a celebrar la promesa fue la futura transferencia de los derechos fiduciarios del "fideicomiso el genovés", mas no la transferencia del dominio del bien inmueble que llegaría a incrementar el patrimonio del fideicomiso.

No obstante lo anterior, en la sentencia apelada el Juzgado concluyó que el objeto del contrato de promesa consistía en la transferencia del bien inmueble a favor de la demandante Libia Herrera, apreciación que no se comparte, y que constituye una violación al principio de congruencia establecido en el artículo 281 del Código General del Proceso.

En efecto, la apreciación realizada por el juez *a quo* en cuanto a que la promesa de compraventa celebrada tenía como finalidad la futura tradición del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 040-491992 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Barranquilla y no la universalidad que comprendían los derechos fiduciarios del "fideicomiso alto genovés", patrimonio autónomo que estaría conformado por los bienes que incrementarían su haber patrimonial, constituyó un error probatorio que conllevó a que se determinara de manera infundada que Corfiaméricas incumplió el contrato, cuando lo cierto es que no se presentó ningún incumplimiento de su parte, como pasa a explicarse.

En este orden de ideas, debe referirse que al no tratarse de la promesa de compraventa de un inmueble, como de manera infortunada lo comprendió el juez *a quo*, no se configuró ningún incumplimiento por parte de Corfiamérica, quien adelantó los trámites pertinentes para constituir el patrimonio autónomo administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y que el mencionado inmueble fuera aportado al fideicomiso por la Universidad Autónoma del Caribe; encontrando de esta manera que en el expediente existe prueba de que el “fideicomiso alto genovés” fue constituido y se incrementó con el aporte del del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 040-491992 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Barranquilla, como da cuenta la prueba documental que se aportó al expediente y se ratifica con el testimonio del representante legal de Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

Por lo tanto, no se comparte la interpretación que realizó el Juzgado en cuanto a que los pagos que realizó la demandante se encontraban dirigidos a pagar el precio del inmueble que sería aportado al fideicomiso, pues lo cierto es que no hay ninguna disposición en el contrato que así lo dispusiera, ya que el precio que se estableció fue por el valor de los derechos fiduciarios a transferir, mas no por el precio por el que se iba adquirir un bien inmueble que incrementaría al fideicomiso.

Circunstancia que, de haberse valorado en debida forma en la sentencia de primera instancia, hubiese llevado a negar las pretensiones de la demanda luego de advertir que no se configuró ningún incumplimiento por parte de Corfiamérica.

2. En la sentencia apelada no se realizó una debida valoración probatoria sobre los distintos medios de prueba que se aportaron al expediente y que dan cuenta que en el presente asunto no se encontraban presentes los presupuestos que establecen los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, en armonía con lo previsto en el artículo 1611 *ibídem*.

La promesa de compraventa es el negocio jurídico preparatorio, mediante el cual dos sujetos se comprometen a hacer, o celebrar un contrato de compraventa, en el futuro, al vencimiento de un plazo o al acaecimiento de una condición.

El artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que subrogó el artículo 1611 del Código Civil, precisa las características del contrato de promesa civil y su existencia la hace depender del otorgamiento de un documento, por ello se considera un acto solemne *ad substantiam actus*.

De tal forma que el contrato de promesa constituye un mecanismo para la elaboración de otro posterior, cuando los intervinientes contractuales se hallan impedidos o no desean celebrarlo inmediatamente, de modo que siendo un antecedente de una convención futura de celebrar un contrato, conlleva para las partes, no la obligación de dar o entregar, sino la obligación de hacer. En este caso, hacer se refiere a llevar a cabo la celebración del contrato prometido con sus formalidades de ley.

En el caso de la promesa de compraventa se tiene que las partes (promitente vendedor y promitente comprador) se obligan recíprocamente a celebrar un contrato, mediante el otorgamiento del respectivo acto que permita la tradición del derecho de dominio, al vencimiento de un plazo o al acaecimiento de una condición, acto que materializa la compraventa del bien prometido, vale decir, perfecciona el negocio jurídico.

Entonces, la promesa de compraventa conlleva, para las partes, la obligación de acudir en la fecha y hora pactada con el fin de materializar (obligación de hacer) el acto jurídico que perfecciona la tradición.

No obstante, dicho contrato, admite pactos accidentales, esto es, que no son de su naturaleza, por lo que toma importante relevancia distinguir entre la promesa y el negocio jurídico prometido, pues aunque en la primera se pueden incluir y/o ejecutar de manera anticipada algunas prestaciones del contrato definitivo, como el pago del precio, tales convenios no dejan de ser adicionales a la promesa.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que la compraventa es un contrato bilateral del cual nacen obligaciones recíprocas e interdependientes para las partes, cada una de ellas es acreedora y deudora de la otra, aunque las obligaciones no siempre deban cumplirse simultáneamente; así, en principio, para el vendedor son deberes: la tradición y el saneamiento de la cosa vendida, y para el comprador: el pago del precio – arts. 925, 934 y 947, C. Co. respectivamente -.

Por lo que, en el supuesto que cualquiera de las partes incumpla las obligaciones a su cargo frente a su co-contratante, faculta al extremo cumplido o que estuvo presto a satisfacer las suyas, para que pueda solicitar la resolución del contrato, conforme lo dispone el artículo 1546 del Código Civil¹ en armonía con el artículo 870 del Estatuto Comercial,

¹ “ARTÍCULO 1546. CONDICIÓN RESOLUTORIA CONTRACTUAL. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el

a saber: “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.

Emerge de la norma en comento que la resolución no opera de pleno derecho y que la parte que cumplió con su obligación, o manifestó su voluntad de perfeccionar el contrato, puede elegir entre exigir el cumplimiento del convenio o su respectiva resolución, solicitando, en ambos eventos, la indemnización de perjuicios.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre los requisitos que se deben reunir para la prosperidad de la acción de resolución del contrato:

“...el contratante cumplido tiene derecho a la resolución con indemnización de perjuicios, y si en armonía con el art. 1615 del C.C., se debe la indemnización de perjuicios desde cuando el deudor se ha constituido en mora, es sin duda porque la resolución de los contratos bilaterales sólo puede decretarse cuando el contratante incumplido está en mora de satisfacer la prestación a su cargo. Además, es pertinente dejarlo en claro, para el buen suceso de la acción resolutoria proveniente del art. 1546, no basta simplemente el incumplimiento de las obligaciones del contratante demandado, sino que, según se indicó, es preciso que el actor haya cumplido las suyas, pues al tenor del art. 1609 del C.C., en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla o no se allane a cumplirlo por su parte en la forma y oportunidad acordadas”².

De manera que, resultan como elementos de necesaria concurrencia para la prosperidad de la acción, que el demandante no haya incurrido en falta respecto de las obligaciones que el contrato le impone e inclusive, que no hubiese incidido en mora creditoria que impida el allanamiento del deudor demandado, y la mora del contratante demandado, que no puede confundirse con el simple retardo, y que requiere que el acreedor reconvenga al deudor para que cumpla la obligación³. La Corte Suprema de Justicia ha concluido *“No puede, pues, el contratante que esté en mora, pedir la resolución del contrato bilateral, aunque el otro contratante haya incurrido en incumplimiento”⁴.*

otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

² Cas. civil, sentencia de 31 de octubre de 1994. M. P. Nicolás Bechara S.

³ G. Ospina Fernández y E. Ospina Acosta. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Cuarta Edición.

⁴ C. S. J. Sala de Casación Civil. Sentencia 23 de mayo de 1976, G.J., t. CLII, pág 87

Las anteriores precisiones toman importante relevancia en este asunto en tanto que los extremos procesales, en especial, la parte demandante confundió de manera indistinta las cargas que derivaban del contrato de promesa de venta de los derechos fiduciarios con los que derivaban del contrato de fiducia mercantil y el incremento del patrimonio con el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 040-491992 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Barranquilla.

En efecto, téngase en cuenta que en el contrato de promesa de venta de los derechos fiduciarios del “fideicomiso alto genovés” se pactó que la transferencia de éstos y su respectiva inscripción como beneficiario en el fideicomiso se realizaría una vez la señora Libia Herrera Herrera pagara la totalidad del precio acordado, circunstancia que no se presentó en el presente asunto.

En este punto es importante destacar que la demandante Libia Herrera Herrera confesó que decidió no pagar la última cuota pactada en el contrato de promesa para que se procediera, una vez verificado el pago total del precio pactado, a transferir los derechos fiduciarios que habían sido objeto de la promesa de venta.

Circunstancia esta última que el juez *a quo* también encontró probada al concluir que la demandante no pagó la última cuota en el plazo pactado en el contrato de promesa.

Concluyendo de esta manera que de conformidad con lo establecido en el artículo 1609 del Código Civil la señora Libia Herrera Herrera no se encuentra legitimada en la causa para reclamar la resolución del contrato de promesa, por cuanto no es el contratante cumplido y, tal como se advierte de su interrogatorio de parte, no estuvo presta a satisfacer las obligaciones que se encontraban a su cargo.

De manera que la sentencia apelada debe ser revocada para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

3. En la sentencia apelada no se realizó una debida valoración probatoria sobre los distintos medios de prueba que se aportaron al expediente y que dan cuenta que en el presente asunto no se encontraban presentes los presupuestos de la responsabilidad civil que se reclama en la demanda.

Para el triunfo de la acción de responsabilidad civil contractual, según lo tiene dicho la jurisprudencia, “(...) *depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un*

daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado...⁵ (Se resaltó).

De esta forma, es preciso destacar que en estos casos quien reclama la indemnización de perjuicios, deberá demostrar todos y cada uno de los requisitos en comento, amén de la existencia y cuantía del daño, presupuestos axiológicos cuya concurrencia no se encuentran presentes en el asunto que atrae la atención del Tribunal como pasa a exponerse.

Como se ha puesto de presente a lo largo de este recurso de apelación, el contrato que atrae la atención de la jurisdicción es una promesa de compraventa de derechos fiduciarios a través del cual Corfiamérica, como promitente vendedora, se comprometía a transferir a favor de Libia Herrera Herrera, como promitente compradora, el cincuenta por ciento (50%) de los derechos fiduciarios del “fideicomiso alto genovés”.

Fideicomiso que se constituyó e incrementó con el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 040-491992 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Barranquilla, tal y como da cuenta la prueba documental recaudada en el expediente y lo corroboró el gerente de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. en el testimonio que rindió en este proceso.

Dentro de las obligaciones que adquirió Libia Herrera Herrera para que se registrara a su favor el cincuenta por ciento (50%) de los derechos fiduciarios, se encontraba el pagar el precio pactado en las oportunidades previamente establecida, no obstante la señora Herrera Herrera optó por no pagar la última cuota, correspondiente al valor de \$1.000.000.000,00, constituyéndose de esta manera en mora frente a Corfiamérica, por lo que esta última no se encuentra incumplida en atención al incumplimiento previo de la demandante.

Por lo tanto, no está probado que Corfiamérica hubiese incumplido el contrato de promesa de compraventa de derechos fiduciarios del “fideicomiso alto genovés”.

En este punto es importante destacar el principio general del derecho consistente en que a nadie le es permitido alegar su propia culpa en su beneficio, por lo que la demandante no puede argumentar su culpa y

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 9 de marzo de 2001. M.P. Nicolás Bechara Simancas. Exp. 5659. Cfr. Sentencia 19 de febrero de 1999. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Exp. 5099, entre otras.

su incumplimiento en el pago del precio pactado en el contrato de promesa de compraventa de derechos fiduciarios, para reclamar la indemnización de un daño inexistente y que no se configuró en atención a que fue el hecho de que no pagara el precio previamente pactado que no se logró la transferencia de los derechos fiduciarios a su favor.

4. En la sentencia apelada no se realizó una debida valoración probatoria sobre los distintos medios de prueba que se aportaron al expediente y que dan cuenta que la señora Libia Herrera Herrera no fue la contratante cumplida frente a las obligaciones a su cargo.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre los requisitos que se deben reunir para la prosperidad de la acción de resolución del contrato:

“...el contratante cumplido tiene derecho a la resolución con indemnización de perjuicios, y si en armonía con el art. 1615 del C.C., se debe la indemnización de perjuicios desde cuando el deudor se ha constituido en mora, es sin duda porque la resolución de los contratos bilaterales sólo puede decretarse cuando el contratante incumplido está en mora de satisfacer la prestación a su cargo. Además, es pertinente dejarlo en claro, para el buen suceso de la acción resolutoria proveniente del art. 1546, no basta simplemente el incumplimiento de las obligaciones del contratante demandado, sino que, según se indicó, es preciso que el actor haya cumplido las suyas, pues al tenor del art. 1609 del C.C., en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla o no se allane a cumplirlo por su parte en la forma y oportunidad acordadas”⁶.

De manera que, resultan como elementos de necesaria concurrencia para la prosperidad de la acción, que el demandante no haya incurrido en falta respecto de las obligaciones que el contrato le impone e inclusive, que no hubiese incidido en mora creditoria que impida el allanamiento del deudor demandado, y la mora del contratante demandado, que no puede confundirse con el simple retardo, y que requiere que el acreedor reconvenga al deudor para que cumpla la obligación⁷. La Corte Suprema de Justicia ha concluido *“No puede, pues, el contratante que esté en mora, pedir la resolución del contrato bilateral, aunque el otro contratante haya incurrido en incumplimiento”⁸.*

⁶ Cas. civil, sentencia de 31 de octubre de 1994. M. P. Nicolás Bechara S.

⁷ G. Ospina Fernández y E. Ospina Acosta. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Cuarta Edición.

⁸C. S. J. Sala de Casación Civil. Sentencia 23 de mayo de 1976, G.J., t. CLII, pág 87

De otra parte, debe recordarse que las decisiones judiciales deben encontrarse soportadas en las pruebas que de manera oportuna y regular se alleguen al proceso, pues, éstas constituyen el instrumento de convicción del juzgador sobre la existencia de los hechos que se controvierten en el proceso.

Motivo por el cual incumbe al extremo interesado probar el supuesto fáctico de las normas que consagran el efecto jurídico que se persigue, tal como se advierte de la lectura de los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso.

Se puede aseverar que en este asunto no se configuró un incumplimiento de Corfiamérica en el contrato de promesa compraventa de los derechos fiduciarios del “fideicomiso alto genovés”, toda vez que no se demostró que Libia Herrera Herrera hubiese cumplido con las obligaciones a su cargo, como lo era pagar las cuotas previamente pactadas en las oportunidades establecidas en el contrato.

Debe hacerse énfasis en la confesión que la demandante realizó al responder el interrogatorio de parte que se le practicó; confesión que no fue analizada en la sentencia apelada y que pone de manifiesto que la demandante no fue la contratante cumplida.

En este punto debe destacarse, contrario a lo manifestado en la sentencia apelada que Corfiamérica cumplió con los deberes contractuales a su cargo, pues constituyó el patrimonio autónomo respecto del cual posteriormente se transferirían los derechos fiduciarios a la demandante, tal y como se puede observar con la copia de la escritura pública que se aportó con la demanda.

En relación a la constitución y existencia del “fideicomiso alto genovés” el representante legal de Acción Fiduciaria S.A: dio cuenta en su testimonio, escapando al objeto de este litigio las circunstancias que sobrevinieron para la posterior resolución de ese negocio fiduciario, situación que escapa de la competencia del Tribunal en atención al principio de congruencia.

5. La sentencia apelada no abordó el estudio sobre la inexistencia de solidaridad del señor Nairon Yecid Barrios Ortiz, frente a las condenas que se impusieron en este asunto.

Lo primero que debe destacarse que en el presente asunto se realizó una indebida acumulación de pretensiones que ameritaba la inadmisión de la demanda.

En efecto, la parte demandante solicitó la resolución del contrato de promesa de compraventa de derechos fiduciarios del “fideicomiso alto genovés” y la consecuente indemnización por los perjuicios que eventualmente se pudieron generar. Y a su vez solicitó se declare de manera solidaria la responsabilidad a título extracontractual del señor Nairon Yecid Barrios y, en consecuencia, se le condene de manera solidaria al pago de los perjuicios que se reclamaron en la demanda.

Como puede observarse de la lectura de la demanda, no se acataron las reglas establecidas en el artículo 88 del Código general del Proceso para la acumulación de pretensiones de estirpe contractual y extracontractuales, circunstancia que conllevaba a que la demanda fuera inadmitida desde un principio.

Y como quiera que no se realizó desde el umbral de su presentación, correspondía que en la sentencia se negarán las pretensiones formuladas en ese sentido por ausencia de los requisitos formales para decidir en punto a la solidaridad reclamada.

Debe recordarse que nuestro ordenamiento jurídico proscribe la opción en la responsabilidad civil, por lo que el demandante no puede, por mero capricho o por conveniencia, escoger entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, ya que sus pretensiones deberán atenerse desde el punto de vista sustancial y procesal al régimen de responsabilidad que se invoque.

En este punto es importante relieves que en la demanda no se hizo una debida separación de los conceptos, las pretensiones y los hechos en que se fundaba la demanda, encontrándose una indebida acumulación de pretensiones al escoger de manera indistinta la responsabilidad civil contractual y la extracontractual.

De manera que no existiendo una clara identificación de los hechos en que se fundamentan las pretensiones contra el señor Nairon Yecid Barrios, pues lo cierto es que en la demanda no se hizo relato alguno en el acápite de hechos en relación con el régimen de responsabilidad que se pretendió enrostrarle, mal podría imponerse una condena solidaria en su contra cuando lo cierto es que los presupuestos de la responsabilidad reclamada no se probaron al interior del proceso.

Corresponde insistir que de conformidad con lo establecido en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso correspondía a la parte demandante demostrar los presupuestos axiológicos de la responsabilidad y solidaridad reclamada, aspectos que brillaron por su ausencia a lo largo del litigio.

Circunstancia que impedía que se impusiera condena alguna a Nairon Yecid Barrios al no demostrarse la existencia de los presupuestos de la acción presentada, de manera que no era posible que en la sentencia proferida se impusiera una condena solidaria al señor Barrios, cuando lo cierto es que no se demostraron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que aparentemente sucedió el único hecho que se relató en contra del señor Nairon Yecid Barrios.

En consecuencia, debe concluirse que en el presente asunto no existe solidaridad entre el señor Nairon Yecid Barrios y la sociedad Corfiamérica, razón por la que era imposible que se adoptara una decisión en dicho sentido, motivo por el que respetuosamente solicito se revoque la sentencia apelada.

6. La sentencia apelada no abordó el estudio del artículo 1594 del Código Civil, en armonía con lo establecido en los artículos 1592 a 1601 *ibídem*, frente a la reclamación de la obligación principal y la pena.

Establece el artículo 1594 del Código Civil que *“Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.”*

Como bien se tiene por definido por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cláusula penal tiene el carácter de una obligación accesoria, en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación: también constituye una obligación condicional, ya que la pena solo se debe ante el incumplimiento o el retardo de la obligación principal, y también representa la liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de los eventos enunciados.

Ahora, con el fin de evitar un doble pago de la obligación, el acreedor no puede exigir a la vez la obligación principal y la pena, como lo establece el artículo 1594 del Código Civil, así como tampoco puede solicitar el cúmulo de la pena y de la indemnización ordinaria de perjuicios, porque ello significaría una doble satisfacción de los mismos.

En el presente asunto se observa que en la cláusula penal incorporada en el contrato de promesa de compraventa de derechos fiduciarios del

“fideicomiso alto genovés” se estipuló por las partes en la cláusula cuarta contenida en el otrosí:

CLÁUSULA CUARTA: CLÁUSULA PENAL: Aquella parte que incumpla las términos del presente OTROSI aquí establecidos, pagará a la contraparte a título de indemnización de perjuicios la suma de DOS MIL MILLONES DE PESOS MCTE (\$2.000.000.000). Suma que será exigible sin reconvención o notificación alguna, y que podrá hacerse exigible frente a cualquier clase de incumplimiento.

Como puede verse de la redacción de la cláusula penal pactada entre las partes, no se estableció que la pena podía exigirse sin perjuicio de los demás perjuicios que se pudieran demostrar, advirtiéndose de este modo que las partes pactaron establecieron de manera anticipada y convencionalmente el monto de los perjuicios ante un posible incumplimiento de las obligaciones que emanaban del contrato.

De manera que de conformidad con lo establecido en el artículo 1594 del Código Civil, la parte demandante no podía solicitar de manera conjunta la obligación principal y la pena, pues de proceder así se incurriría en un doble pago de los perjuicios reclamados.

Circunstancia que debió identificarse en la sentencia apelada para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1594 *ibidem*, negar la condena solicitada en la demanda por concepto de la obligación principal por ser concurrente con la condena de la cláusula penal pactada.

Condenas que por corresponder a un mismo rubro, esto es, el pago de los eventuales perjuicios ocasionados, constituyen una doble satisfacción de los mismos, tal y como lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC3047-2018.

Razón por la que respetuosamente solicitó al Tribunal Superior se revoque la sentencia apelada por contravenir los preceptos establecidos en los artículos 1592, 1594 y 1601 del Código Civil.

7. La sentencia apelada desconoció el postulado del artículo 1600 del Código Civil, en armonía con lo establecido en los artículos 1592 a 1601 *ibidem*, frente a la incompatibilidad entre la cláusula penal y la indemnización de perjuicios.

Prescribe el artículo 1600 del Código Civil que *“No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.”*

En el presente asunto las partes acordaron:

CLÁUSULA CUARTA: CLÁUSULA PENAL: Aquella parte que incumpla las términos del presente OTROSI aquí establecidos, pagará a la contraparte a título de indemnización de perjuicios la suma de DOS MIL MILLONES DE PESOS MCTE (\$2.000.000.000). Suma que será exigible sin reconvencción o notificación alguna, y que podrá hacerse exigible frente a cualquier clase de incumplimiento.

Como puede verse del texto de la cláusula penal pactada entre las partes, no se estableció que la pena podía pedirse a la vez con la indemnización de perjuicios, de manera que le era prohibido al juez *a quo* condenar a la parte demandada en la forma en que lo hizo en la sentencia apelada, pues tal reconocimiento conlleva a un doble reconocimiento por el mismo concepto a pesar de que las partes habían establecido de manera convencional y anticipada el monto de los perjuicios, circunstancia que ineludiblemente llevaba a negar las pretensiones relacionadas con la indemnización ordinaria de perjuicios en los términos del artículo 1600 en armonía con el artículo 1594 del Código Civil, sin que, se repite, fuera posible acceder a la totalidad de las pretensiones formuladas al ir en contravía de mandatos legales que impiden la doble satisfacción por un mismo concepto.

III. Solicitud

En los anteriores términos me permito sustentar los reparos formulados contra la sentencia de fecha 13 de mayo de 2021, adicionada mediante providencia del 27 de mayo de 2021, motivo por el cual, de manera respetuosa, solicito:

1. Se revoque la sentencia de fecha 13 de mayo de 2021 y adicionada mediante providencia del 27 de mayo de 2021, dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla, en el proceso de la referencia.
2. En consecuencia, se nieguen las pretensiones de la demanda conforme lo expuesto en este escrito.
3. Se condene en costas de ambas instancias al extremo demandado

De la Señora Magistrada Ponente,



Diego Edison González Vanegas

C.C. 80.772.745 de Bogotá

T.P No. 172.773 del C.S. de la J.