

Señora  
**Carmiña González Ortíz**  
Magistrada Sala Civil-Familia  
Tribunal Superior de Barranquilla  
E. S. D.

**REFERENCIA:** Proceso verbal  
**RADICADO:** 08001-31-03-016-2016-00612-02 (Número interno 43.615)  
**DEMANDANTE:** Libia Herrera Herrera  
**DEMANDADO:** Corporación Finanzas de América Corfiamérica S.A. y otros

**ASUNTO: Sustentación recurso de apelación**

**Carlos Páez Martin**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.094.563, y Tarjeta Profesional número 152.563 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado judicial de **Corporación Finanzas de América Corfiamérica S.A.S., Constructora 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 26 de agosto de 2021, corregida y aclarada mediante providencia del 9 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla en el proceso de la referencia, en los siguientes términos:

1

**I. Oportunidad**

Prescribe el inciso 3º 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 el 22 de noviembre de 2021, quedando ejecutoriado el 25 de noviembre siguiente; circunstancia por la que el término para sustentar el recurso empezó a correr el 26 de noviembre y finaliza el 2 de diciembre 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 iudex minus petita partium), al igual que si se excede con respecto a lo pedido (en eat iudex ultra petita partium), o cuando declara lo que nunca se impetró de la jurisdicción (en eat iudex 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 unión temporal celebrado entre los extremos procesales con la finalidad de obtener vigente la opción de compra de los derechos fiduciarios del Fideicomiso El Genovés FA1973, administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

En la sentencia apelada el Juzgado concluyó que mi mandante incumplió el aludido contrato aduciendo que no realizó ninguna obra en el predio aportado como incremento en el patrimonio autónomo, 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 los estudios técnicos elaborados sobre el predio dirigidos a materializar el futuro proyecto inmobiliario que se desarrollaría en el predio no guarda relación con los hechos que son materia de análisis en este asunto y que se

concretan en el incumplimiento de la señora Libia Herrera de las obligaciones que tenía a su cargo en el contrato de unión temporal celebrado y que tenía como objeto mantener una opción de compra.

Por lo tanto, no se comparte la interpretación que realizó el Juzgado en cuanto a que los pagos que realizó la demandante se realizaron en los términos contractuales pactados, puesto que su incumplimiento conllevó a que no se lograra mantener la opción de compra de los derechos fiduciarios del fideicomiso El Genovés FA1973.

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.**

**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 que establecen los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, en armonía con lo previsto en el artículo 1611 *ibidem*.**

Para que se pueda solicitar la resolución de un contrato, conforme lo dispone el artículo 1546 del Código Civil<sup>1</sup> en armonía con el artículo 870 del Estatuto Comercial, 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”.

3

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*

<sup>1</sup> “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 otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

*pactado, mientras el otro no lo cumpla o no se allane a cumplirlo por su parte en la forma y oportunidad acordadas*<sup>2</sup>.

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 obligación<sup>3</sup>. 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”*<sup>4</sup>.

Las anteriores precisiones toman importante relevancia en este asunto, ya que la demandante Libia Herrera Herrera no cumplió con las obligaciones que tenía a su cargo y derivaban del contrato de unión temporal.

En este punto es importante destacar que la demandante Libia Herrera Herrera confesó que decidió no pagar las cuotas que eran necesarias en el contrato de unión temporal, incumplimiento que en últimas contribuyó a que no se pudieran continuar pagando las cuotas de la opción de compra que se mantenía para adquirir los derechos fiduciarios del Fideicomiso El genovés FA-1973.

Debe resaltarse en este punto que el Juzgado no valoró debidamente la prueba documental aportada por mi cliente y que da cuenta de los pagos que realizó la señora Libia Herrera de manera extemporánea. Situación que pone de manifiesto el principio general del derecho consistente en que *“una vez en mora, siempre mora”*, es decir, que habiéndose realizado los pagos de manera tardía e incompleta por la demandante, dicha situación no se supera por el hecho de recibirse los pagos de forma extemporánea.

Debe recalarse que contrario a lo señalado en la sentencia, la prueba documental fue aportada en tiempo, así como el Despacho lo precisó en la audiencia celebrada el 11 de agosto de 2021, circunstancia que pone de relieve que el análisis realizado en la sentencia de primera instancia no se valoraron todos los medios de prueba aportados oportunamente por los extremos procesales.

Valoración que si se hubiese realizado en debida forma, permitiría concluir 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 del contrato de unión temporal, por cuanto no es el contratante cumplido.

En igual sentido, debe precisarse que en la sentencia apelada no se valoró en debida forma el fallo dictado en el proceso de rendición de cuentas que se adelantó contra mis mandantes y permite advertir que la condena allí impuesta coincide con la condena que se persigue en el presente asunto, situación que permite advertir que se está realizando un doble cobro por la parte demandante, conducta que se encuentra proscrita del ordenamiento jurídico colombiano.

---

<sup>2</sup> Cas. civil, sentencia de 31 de octubre de 1994. M. P. Nicolás Bechara S.

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

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

En este punto, guarda especial relevancia la solicitud que formuló el apoderado de la parte demandante en la audiencia del 11 de agosto de 2021, en relación a las mencionadas pretensiones, reconociendo con ello que coinciden con el objeto del proceso de rendición de cuentas, que actualmente se encuentra ante los jueces civiles del circuito de ejecución de sentencias de Barranquilla.

Circunstancias que de haberse valorado debidamente ponen de manifiesto la revocatoria de la sentencia apelada, como respetuosamente le solicito al Tribunal.

**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 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...**"<sup>5</sup> (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.

5

Como se ha puesto de presente a lo largo de este recurso de apelación, el contrato que atrae la atención de la jurisdicción es un contrato de unión temporal a través del cual las partes pretendían mantener la opción de compra de los derechos fiduciarios del fideicomiso El Genovés FA1973, para lo cual se comprometían a pagar el valor de las cuotas en un 50%.

Tal y como se demuestra con la contabilidad de Corfiamerica, la señora Libia Herrera Herrera no pagó en las oportunidades establecidas por las partes las sumas de dinero que se comprometió a entregar para mantener la opción de compra, 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 unión temporal.

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 su incumplimiento en el pago de las sumas de dinero acordadas en los tiempos previamente pactados para reclamar la indemnización de un daño inexistente y que no se configuró en atención a que fue el hecho de que no pagara las cuotas oportunamente lo que conllevó a la presente controversia.

---

<sup>5</sup> 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.

5. 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”<sup>6</sup>.*

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 obligación<sup>7</sup>. 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”<sup>8</sup>.*

6

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 unión temporal, 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.

Téngase en cuenta que la contabilidad de Corfiamérica demuestra que los pagos no se realizaron oportunamente, prueba documental fue aportada en tiempo, así como el Despacho lo preciso en la

<sup>6</sup> Cas. civil, sentencia de 31 de octubre de 1994. M. P. Nicolás Bechara S.

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

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

audiencia celebrada el 11 de agosto de 2021, circunstancia que pone de relieve que el análisis realizado en la sentencia de primera instancia no se valoraron todos los medios de prueba aportados oportunamente por los extremos procesales.

Valoración que si se hubiese realizado en debida forma, permitiría concluir 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 del contrato de unión temporal, por cuanto no es el contratante cumplido.

En este punto debe destacarse, contrario a lo manifestado en la sentencia apelada que Corfiamérica cumplió con los deberes contractuales a su cargo, pues realizó los estudios técnicos pertinentes para desarrollar posteriormente un proyecto inmobiliario en el inmueble.

**6. La sentencia apelada no abordó debidamente el estudio sobre la inexistencia de responsabilidad solidaria de Constructora Corfiamérica S.A.S. y el 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 unión temporal 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 Constructora Corfiamérica S.A.S. y, en consecuencia, se le condene de manera solidaria al pago de los perjuicios que se reclamaron en la demanda.

7

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 y Constructora Corfiamérica S.A.S., 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 y Constructora Corfiamérica S.A.S. 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 y a la Constructora Corfiamérica S.A.S., 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, Constructora Corfiamérica S.A.S. y la sociedad Corporación Finanzas de América Corfiamérica S.A.S, 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.

**7. La sentencia apelada está facultando a la parte demandante a realizar un doble cobro de sumas de dinero que ya fueron objeto de reconocimiento en otra decisión judicial, con lo que se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de la parte demandante.**

8

---

En la sentencia apelada no se valoró en debida forma el fallo dictado en el proceso de rendición de cuentas que se adelantó contra mis mandantes y permite advertir que la condena allí impuesta coincide con la condena que se persigue en el presente asunto, situación que permite advertir que se está realizando un doble cobro por la parte demandante, conducta que se encuentra proscrita del ordenamiento jurídico colombiano.

En este punto, guarda especial relevancia la solicitud que formuló el apoderado de la parte demandante en la audiencia del 11 de agosto de 2021, en relación a las mencionadas pretensiones, reconociendo con ello que coinciden con el objeto del proceso de rendición de cuentas, que actualmente se encuentra ante los jueces civiles del circuito de ejecución de sentencias de Barranquilla.

Circunstancias que de haberse valorado debidamente ponen de manifiesto la revocatoria de la sentencia apelada, como respetuosamente le solicito al Tribunal.

**8. 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 la unión temporal se estipuló:

La mora en el pago de una cuota generará a favor de CORFIAMERICA S.A, intereses de mora a la tasa máxima legal permitida sobre el valor de la cuota en mora. El retraso en el pago de una cuota por más de 30 días calendario, supondrá de pleno derecho que la señora LIBIA HERRERA renuncia como integrante de la unión temporal a ejercer la opción de compra de los derechos fiduciarios, quedando la misma radicada única y exclusivamente en cabeza de CORFIAMERICA S.A., sociedad que estará obligada a realizar el reembolso de los valores recibidos descontando a título de clausula penal por el incumplimiento el 20% de dichos valores. Lo mismo aplica para los aportes efectuados para el desarrollo del objeto del presente acuerdo. Además este incumplimiento será causal de terminación de la presente unión temporal, quedando en libertad CORFIAMERICA S.A. de constituir una nueva unión temporal, sociedad o cualquier alianza o convenio de colaboración empresarial.

9

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.

**9. 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:

La mora en el pago de una cuota generará a favor de CORFIAMERICA S.A, intereses de mora a la tasa máxima legal permitida sobre el valor de la cuota en mora. El retraso en el pago de una cuota por más de 30 días calendario, supondrá de pleno derecho que la señora LIBIA HERRERA renuncia como integrante de la unión temporal a ejercer la opción de compra de los derechos fiduciarios, quedando la misma radicada única y exclusivamente en cabeza de CORFIAMERICA S.A., sociedad que estará obligada a realizar el reembolso de los valores recibidos descontando a título de cláusula penal por el incumplimiento el 20% de dichos valores. Lo mismo aplica para los aportes efectuados para el desarrollo del objeto del presente acuerdo. Además este incumplimiento será causal de terminación de la presente unión temporal, quedando en libertad CORFIAMERICA S.A. de constituir una nueva unión temporal, sociedad o cualquier alianza o convenio de colaboración empresarial.

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 26 de agosto de 2021, corregida y aclarada mediante providencia del 9 de septiembre de 2021, motivo por el cual, de manera respetuosa, solicito:

1. Se la sentencia de fecha 26 de agosto de 2021, corregida y aclarada mediante providencia del 9 de septiembre 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,



Carlos Páez Martín  
C.C. 80.094.563 de Bogotá  
T.P No. 152.563 del C.S. de la J.