



ALEJANDRO ZÚÑIGA BOLÍVAR
ABOGADOS

HONORABLE
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
Sala de Decisión Civil – Familia – Agrario
Atn. M.P. Dr. Jaime Leonardo Chaparro Peralta.
E. S. D.

Asunto: Sustentación del recurso de apelación. DECLARATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO de NANCY PABÓN GÓMEZ y OTROS contra GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA – GRACOL S.A.S. **Radicado:** 2018 – 00140 – 01.

ALEJANDRO ZÚÑIGA BOLÍVAR mayor de edad, vecino, residente en la ciudad de Popayán, identificado con cédula de ciudadanía 1.061.697.489 expedida en esta misma capital, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional 220.751 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando de conformidad al poder conferido por GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA – GRACOL S.A.S., mediante el presente documento me permito hacer la **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el suscrito de manera oral en contra de la sentencia calendada el dieciocho (18) de agosto de 2020 durante la audiencia de instrucción y juzgamiento, de la siguiente manera:

TÉRMINO PARA SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN

Antes de proceder, cabe mencionar que la presente sustentación del recurso de apelación se hace de manera escrita teniendo en cuenta lo ordenado por su Despacho en el auto calendado el siete (7) de diciembre de 2020 y notificado mediante oficio STSP – 6749 del día nueve (9) de diciembre del año. La presente sustentación, encuentra su sustento legal en lo previsto en el **artículo 14 del Decreto 806 de 2020** el cual prevé que el o los apelantes sustentaran el recurso de forma escrita y que de ese escrito se le correrá traslado por cinco (5) días a la contraparte.

SINTESIS DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia correspondiente al **artículo 373 del Código General del Proceso** (de ahora en adelante CGP), el Juzgado Tercero del Circuito de Popayán profirió sentencia de primera instancia dentro del proceso declarativo de Resolución de Contrato, en la que declaró lo siguiente:





ALEJANDRO ZÚÑIGA BOLÍVAR ABOGADOS

PRIMERO: DECLARAR que el contrato de promesa de compraventa de fecha 29 de junio de 2016, referido al inmueble con folio de matrícula inmobiliaria N° 120-3932 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán, suscrito entre la demandante **NANCY PABÓN GÓMEZ**, identificada con cédula N° 34.536.177, a nombre propio y en el de los demandantes **GERMÁN PABÓN GÓMEZ, JUAN CARLOS PABÓN GÓMEZ, JULIÁN PABÓN GÓMEZ, LUCY VICTORIA PABÓN GÓMEZ** y **GUDIELA GÓMEZ DE PABÓN** en calidad de promitentes vendedores, y la demandada **GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S. GRACOL S.A.S.**, identificado con NIT N° 900.434.892, en calidad de promitente compradora, fue incumplido por la demandada **GRACOL S.A.S.**.

SEGUNDO: DECLARAR que el contrato de compraventa recogido en la Escritura Pública N° 2.419 del 5 de agosto de 2016, referido al inmueble con folio de matrícula inmobiliaria N° 120-3932 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán, suscrito entre la demandante **NANCY PABÓN GÓMEZ**, identificada con cédula N° 34.536.177, a nombre propio y en el de los demandantes de **GERMÁN PABÓN GÓMEZ, JUAN CARLOS PABÓN GÓMEZ, JULIÁN PABÓN GÓMEZ, LUCY VICTORIA PABÓN GÓMEZ** y **GUDIELA GÓMEZ DE PABÓN** en calidad de vendedores, y la demandada **GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S. GRACOL S.A.S.**, identificado con NIT N° 900.434.892, en calidad de compradora, fue incumplido por la demandada **GRACOL S.A.S.**.

TERCERO: DECLARAR RESUELTOS los contratos de promesa de compraventa y de compraventa determinados en los numerales primero y segundo de esta parte resolutive, por incumplimiento de la demandada **GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S. GRACOL S.A.S.**

CUARTO: DECRETAR la cancelación de la Escritura Pública N° 2.419 del 5 de agosto de 2016, de la Notaría 2ª de Popayán y el del registro que de ella se hizo en el folio de matrícula inmobiliaria N° 120-3932 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán. **REMÍTANSE** oficios a la Notaría 2ª de Popayán y a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán comunicando lo aquí resuelto.

QUINTO: CONDENAR a la demandada **GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S. GRACOL S.A.S.**, identificada con NIT N° 900.434.892, a restituir a los demandantes **NANCY PABÓN GÓMEZ, GERMÁN PABÓN GÓMEZ, JUAN CARLOS PABÓN GÓMEZ, JULIÁN PABÓN GÓMEZ, LUCY VICTORIA PABÓN GÓMEZ** y **GUDIELA GÓMEZ DE PABÓN**, el siguiente inmueble: **CASA LOTE**, ubicada en la carrera 11 N° 19N-29, barrio Catay, del municipio de Popayán, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 120-3932 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán y cédula catastral N° 01 02 01 85 00 02 000, restitución que la demandada hará en el mismo estado en que se hallaría dicho inmueble de no haberse celebrado los contratos que se resuelven, esto es, la parte demandada deberá adecuarlo a las condiciones de uso y conservación que tenía al momento de su entrega material.





ALEJANDRO ZUÑIGA BOLIVAR
ABOGADOS

SEXTO: CONDENAR a la demandada **GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S. GRACOL S.A.S.**, identificada con NIT N° 900.434.892, a **PAGAR** a los demandantes **NANCY PABÓN GÓMEZ, GERMÁN PABÓN GÓMEZ, JUAN CARLOS PABÓN GÓMEZ, JULIÁN PABÓN GÓMEZ, LUCY VICTORIA PABÓN GÓMEZ y GUDIELA GÓMEZ DE PABÓN**, los siguientes valores:

- a. La suma de **DOS MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$2.000.000) MENSUALES**, correspondiente a frutos civiles dejados de percibir, desde el 5 de agosto de 2016, fecha en que recibió el inmueble, hasta el día en que se produzca la entrega del mismo a los demandantes.
- b. Cada uno de los valores que por este concepto debe reintegrar la parte demandada a la demandante debe incluir la correspondiente indexación e intereses civiles a la tasa del 6% anual, desde la fecha de entrega de cada una de ellas hasta la del pago efectivo.
- c. La suma de **CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$50.000.000)**, correspondiente a cláusula penal o avalúo anticipado de perjuicios, con la correspondiente indexación e intereses civiles a la tasa del 6% anual, desde la fecha del incumplimiento, veintiuno (21) de febrero de dos mil dieciocho (2018), hasta la del pago efectivo.

SÉPTIMO: NIÉGASE la pretensión de los perjuicios materiales que se hicieron consistir en la valoración del apartamento 706 del Condominio Venezia, con parqueadero y depósito.

OCTAVO: ORDÉNASE a los demandantes **NANCY PABÓN GÓMEZ, GERMÁN PABÓN GÓMEZ, JUAN CARLOS PABÓN GÓMEZ, JULIÁN PABÓN GÓMEZ, LUCY VICTORIA PABÓN GÓMEZ y GUDIELA GÓMEZ DE PABÓN** restituir a la demandada **GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S. GRACOL S.A.S.** las siguientes sumas:

- a. La suma de \$14.335.969 pagados a la parte demandante el 29 de junio de 2016, al momento de la firma del contrato de promesa de compraventa.
- b. La suma de \$65.664.031 pagados a la parte demandante el 29 de junio de 2016, al momento de la firma del contrato de promesa de compraventa.
- c. La suma de \$12.000.000 consignados en la cuenta de ahorros de **JUAN CARLOS PABÓN GÓMEZ**.
- d. La suma de \$40.000.000 consignados en la cuenta de ahorros de **PREVENFUTURO**.
- e. La suma de \$13.664.031 consignados en la cuenta de ahorros de **FELIPE LATORRE PABÓN**.
- f. La suma de \$100.000.000 consignados el 5 de agosto de 2016 en la cuenta Bancolombia a nombre de **PREVENFUTURO**.
- g. La suma de \$40.000.000 pagados en efectivo.





ALEJANDRO ZÚÑIGA BOLÍVAR
ABOGADOS

h. La suma de \$80.000.000 consignados en la cuenta de ahorros de PREVENFUTURO.

Estas sumas deberá reintegrarlas la parte demandante a la parte demandada debidamente indexada y con intereses civiles a la tasa del 6% anual, desde la fecha de entrega de cada una de ellas hasta la del pago efectivo.

NOVENO: CONDENAR a la demandada **GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S. GRACOL S.A.S.**, a pagar a los demandantes **NANCY PABÓN GÓMEZ, GERMÁN PABÓN GÓMEZ, JUAN CARLOS PABÓN GÓMEZ, JULIÁN PABÓN GÓMEZ, LUCY VICTORIA PABÓN GÓMEZ y GUDIELA GÓMEZ DE PABÓN**, las costas generadas con el trámite de este proceso.

REPAROS DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL SUSCRITO

Después de notificado el fallo en debida forma, interpuse recurso de apelación en contra de la sentencia citada anteriormente. De esta manera, presenté ocho reparos concretos.

Ahora bien, a continuación, pasaré a sustentar en debida forma cada uno de los ocho reparos en concreto sobre los cuales versa el recurso de apelación interpuesto con miras a que se revoquen y, en consecuencia, se declaren probadas íntegramente las excepciones officiosas a las que haya lugar.

PRIMER Y SEGUNDO REPARO EN CONTRETO:

1er Defecto fáctico (Error de hecho) – Dio por probado sin estarlo, que existió un incumplimiento de los contratos de promesa y de compraventa. El a – quo valoró de forma indebida las pruebas que fueron recaudadas al interior de este proceso y, de las cuales, habría derivado, sin estarlo, que existió el incumplimiento deprecado.

2do Defecto fáctico (Error de hecho) – Dio por probado sin estarlo, que la parte demandante cumplió con todas y cada una de las obligaciones que se derivaban tanto de la promesa como del contrato de compraventa.

Este reparo concreto tiene por finalidad demostrar que, contrario a lo señalado por el juez de instancia, no existe prueba fehaciente que permita acreditar el incumplimiento injustificado que sirve de base para la declaración de terminación que fuera decretada por el a – quo. Lo anterior, por cuanto en un contrato de tracto sucesivo, con obligaciones recíprocas, el incumplimiento en el que incurra la parte activa libera a mi prohijada del cumplimiento de las obligaciones subsiguientes.





Al respecto, debe tenerse en cuenta que, en punto al contrato de promesa de compraventa del 29 de junio de 2016, la **cláusula cuarta** prevé una serie de obligaciones a cargo de los demandantes. Por esa razón, era deber de la parte activa acreditar el cumplimiento a cabalidad de todas y cada una de las obligaciones allí consignadas, lo cual, sea dicho de paso, no ocurrió. Veamos por qué:

En primer lugar, no existe prueba fehaciente de que la parte activa haya realizado el levantamiento topográfico del inmueble, amarrado de las coordenadas geodésicas para realizar la aclaración de área y linderos en el Agustín Codazzi. Además, tampoco existe prueba alguna sobre la aclaración de la nomenclatura del inmueble ante la Curaduría No. 2 de la ciudad de Popayán. Lo anterior, puede evidenciarse con absoluta claridad del certificado de libertad y tradición aportado por la parte actora en donde esta Corporación puede evidencia que dicha aclaración del área y los linderos no fue realizada por la parte demandante, tal y como se comprometió. Además, no existe prueba documental que soporte el cumplimiento de estas obligaciones al interior de la demanda.

En segundo lugar, ambas obligaciones y, en especial, el levantamiento topográfico del inmueble, amarrado de las coordenadas geodésicas para realizar la aclaración de área y linderos permite, a su vez, entregar un bien saneado en cuanto a su dimensión, área y cabidas. Lo cual, sea dicho de paso, es un elemento estructural para efectos del giro ordinario del negocio de mi procurado, esto es, el sector de la construcción.

Lo anterior, permite concluir que, en este proceso, el juez *a quo* no tuvo en cuenta que, de los hechos probados en el proceso, emana, sin lugar a duda, que no existe un incumplimiento injustificado del contrato. Por el contrario, mi prolijada padeció del incumplimiento primigenio de la parte activa en punto a uno de los elementos estructuradores del negocio, esto es, la delimitación de área y linderos del inmueble.

A título de fundamento legal de este reparo, invoco el **artículo 1609 del Código Civil** que, al respecto, establece: “*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*”

Y, en ese sentido, la jurisprudencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil en sentencia SC1209-2018 señala, a su tenor literal, que: “(...) *en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino sucesiva, se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, **quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente***”





prestación, porque ésta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada. (Subrayas y negrilla por fuera del texto original)

Este asunto ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Honorable CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. (29 de noviembre de 1978). Sentencia SC de 29 de noviembre de 1978. En igual sentido la SC de 4 sep. 2000 rad. No. 5420, SC4420 de 2014, rad. No. 2006-00138, SC6906 de 2014, rad. No. 2001-00307-01, entre otras. En estas providencias, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria previó:

“(...) El aspecto unilateral de la mora, en lo que atañe a la resolución del contrato, no ofrece dificultades. Las ofrece el bilateral que plantea el artículo 1609, cuya correcta inteligencia es preciso fijar. Según esta disposición, <<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 allane a cumplirlo en la forma y tiempos debidos.>> Varias hipótesis pueden presentarse: (...) SEGUNDA.- El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, PORQUE el demandado, que debía cumplir antes que él, no cumplió su obligación en el momento y la forma debidos, ni se allanó a hacerlo, en tal caso tampoco cabe proponer la excepción, pues de lo contrario fracasaría la acción resolutoria propuesta por quien, debido al incumplimiento previo de la otra parte, aspira legítimamente a quedar desobligado y a obtener indemnización de perjuicios.” (Solo negrilla por fuera del texto original)

Ahora bien, tratándose del contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública No. 2419 del 5 de agosto de 2016, está plenamente acreditado que mi procurada pagó el precio pactado en este contrato, esto es, la suma de **CIENTO SETENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS DOCE MIL PESOS**. Lo anterior, emana de la prueba documental aportada por la misma parte activa, esto es, el instrumento público antes referido que, a su tenor literal, reza: “(...) los vendedores declaran recibidos de manos de la entidad compradora a entera satisfacción.” confesión judicial de la parte activa.

Por su parte, la parte activa cumplió con todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa, esto es, la entrega material de la cosa vendida. Así las cosas, estándose acreditados el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa, mal haría el juzgado en declarar su incumplimiento sin antes verificar que, de la prueba documental arrojada al proceso y, en especial, la Escritura Pública No. 2419 del 5 de agosto de 2016, no existe duda alguna de que dicho contrato su honrado íntegramente por ambas partes.





En todo caso, en este reparo concreto, merece una especial mención el hecho de que los contratos cuya resolución se reclama **son independientes unos de otros**. Veamos por qué:

En primer lugar, el contrato de promesa de compraventa debe contener todos y cada uno de los elementos del contrato que, por la fuerza de la circunstancia o la decisión de las partes, no se celebra, pero sí se promete. Lo anterior, conforme a lo previsto en el **numeral 4 del artículo 1611 del Código Civil**, el cual, prevé que: “*La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: (...) 4. **Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.***”

En segundo lugar, de la prueba documental allegada al proceso, no cabe duda de que la promesa de compraventa celebrada el 29 de junio de 2016 es **sustancialmente** diferente al contrato efectivamente celebrado el pasado 5 de agosto de 2016 mediante Escritura Pública No. 2419. Lo anterior, precisamente porque uno de los elementos esenciales del contrato, esto es, el precio varió. En ese orden de ideas, no puede predicarse una unidad jurídica entre la promesa y el contrato de compraventa ya que, se insiste, no se cumplen los requisitos de determinación del contrato de promesa y, por ende, no puede afirmarse, sin caer en los yerros aquí expuestos, de que el contrato de compraventa perfecciona la promesa celebrada. Son, sin duda alguna, dos contratos independientes y así han de tratarse en sede judicial.

En tercer lugar, la independencia de estos actos jurídicos es evidente y emana sin duda alguna de la prueba documental, en especial, la Escritura Pública 2419 en donde **no se dejó constancia de que este acto perfeccionara alguna promesa realizada previamente** y, además, el negocio que fuera determinado y prometido el 29 de junio de 2016 es, se insiste, en el precio, sustancialmente diferente al efectivamente celebrado.

Cualquier otra conclusión a la que pudiera llegar el despacho en punto al carácter indisoluble de estos negocios cae en la suposición. Lo anterior, por cuando de la declaración a instancia de parte ninguna de las personas que integran la parte activa o pasiva reconocieron la unidad de estos actos jurídicos.

Por tal razón, ruego a su Despacho que se declare probado este reparo concreto y, en su lugar, se revoque la decisión proferida por el juez *a – quo* para negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte activa en ambas instancias.





TERCER REPARO EN CONCRETO:

Defecto procesal: *Desborde del ámbito de la competencia – La decisión que ha adoptado el juzgado, ha desbordado el ámbito de competencia que está enmarcado de los fundamentos fácticos y dentro de las pretensiones enarboladas por la parte demandante y, dio por probado sin estarlo, el incumplimiento del acuerdo de intención de compra.*

Esto en particular, porque ha pretendido dar por probado el incumplimiento de un contrato (promesa de compraventa) mediante la declaración de incumplimiento de otro contrato (acuerdo de intención de compra) que no ha sido debatido en esta instancia.

La razón por la cual el juzgador de esta instancia considera que estaría habilitado para pronunciarse respecto del incumplimiento de ese otro contrato, radica específicamente en el carácter indisoluble de ese negocio jurídico que las partes tuvieron a bien denominar “acuerdo de intención de compra”, sin embargo, si eso fuera cierto, debería haber una prueba inequívoca de que ese acuerdo se incumplió y, lo que queda claro de los razonamientos de este juzgador, es que hay un debate sobre si existió o no cumplimiento de ese “acuerdo de intención de compra”.

En ese orden de ideas, mal hizo el juzgado en declarar incumplido el contrato de promesa de compraventa a la luz de un incumplimiento que supuestamente estaría habilitado de dar por probado pero que lo hace sin las pruebas suficientes porque no hubo ni confesión, ni de ninguna de las pruebas documentales es posible derivar esa conclusión.

Lo anterior, cobra especial relevancia cuando se verifica que **ninguna de las pretensiones de la demanda busca declarar por probado el incumplimiento de un contrato de intención de compra suscrito entre las partes.**

CUARTO REPARO EN CONCRETO:

Error de derecho: *El juzgado no logró dividir la discusión con relación a dos negocios jurídicos diferentes y en particular, aplicar las normas propias del artículo 1687 del C.C.*

En este caso se puso de presente que las partes negociaron una promesa y que, a través de sus actos negociales, modificaron el sentido y el alcance de sus obligaciones lo cual daría lugar a la aplicación del artículo 1687 del C.C., el cual prevé lo siguiente: “*La Novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida*”.





Lo anterior, está plenamente probado en el proceso por cuanto la intención de las partes fue, indudablemente, la de novar las obligaciones al modificar un elemento esencial del contrato de compraventa, esto es: el precio. En ese orden de cosas, no cabe duda que la intención de las partes fue modificar el precio por el que se habría negociado el inmueble, lo cual, emerge, sin duda alguna, del texto de la Escritura Pública 2419 del 5 de agosto de 2016.

Es tan cierto lo anterior, que las obligaciones del contrato de promesa de compraventa son incompatibles, en punto al precio, con los previstos en el contrato de promesa de compraventa. Razón más que suficiente para caer en la cuenta de que el contrato de promesa de compraventa **no puede sobrevivir faltándole un elemento esencial, esto es, el precio.**

En ese orden de ideas, la novación como un fenómeno que extingue las obligaciones debió haber sido declarado por el juzgado en primera instancia y en razón a él, entender justamente que estas novaciones se concretaron en las negociaciones que continuaron dándose en el tracto sucesivo del negocio que los vinculaba.

Por lo anterior, ruego a su Despacho que se declare probado este reparo concreto y, como consecuencia de él, se revoque la decisión de instancia, se declare la ineficacia y/o extinción de las obligaciones contenidas en el contrato de promesa de compraventa con la orden de restitución mutua a cargo de los demandantes, esto es, con la obligación de devolver la totalidad del dinero pagado por concepto de la promesa. Por último, que se condene en costas en ambas instancias a la parte activa.

QUINTO REPARO EN CONCRETO (SUBSIDIARIO DE PRIMER ORDEN):

Error de derecho: *El a – quo aplicó de forma indebida el artículo 1592 y s.s. del C.C. con relación a la aplicación de la cláusula penal.*

Lo anterior, en la medida a que ha omitido que estas normas que prevén que la cláusula penal como tasación de perjuicios debe responder al nivel del incumplimiento de las obligaciones derivadas de los acuerdos. Y en particular no puede olvidar que estamos hablando de dos negocios jurídicos diferentes.

Si se llegase a probar el incumplimiento de la obligación principal de alguno de estos contratos, estaría absolutamente claro que dicho incumplimiento no fue total y, en gracia de discusión, si la tesis del incumplimiento parcial que está defendiendo el juzgado fuera cierta,





la condena por la cláusula penal no podría ser total, tendría que ser a prorrata de las obligaciones incumplidas.

Lo anterior, no solo es lógico, sino que se encuentra estipulado en la ley, más concretamente en el **artículo 1596 del Código Civil**, el cual estipula lo siguiente:

“Rebaja de pena por cumplimiento parcial. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”

Igualmente, la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo mismo, como en la sentencia SC3047 DE 2018, con ponencia del magistrado Luis Alonso Rico Puerta:

“Estipulada la cláusula penal y aunque el acreedor no esté obligado a aceptar del deudor el pago parcial de la obligación, sin embargo, cuando lo acepta en esas condiciones renuncia implícitamente a una parte proporcional de la pena, como claramente se desprende de la ley, en cuanto ésta establece que ‘si el deudor cumple solamente una parte de la obligación y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal’. (Art. 1596 del CC)».”

Tenemos entonces, que en el caso en concreto es claro que, si se llegase a probar que existió un incumplimiento de alguno de los negocios jurídicos demandados por parte de la demandada, ese incumplimiento no fue total, pues ni siquiera el demandante sostiene aquello, ni tampoco ha sido nunca una tesis adoptada por el *a – quo*, es decir, dicha condena estipulada en el literal c del numeral sexto de la sentencia de primera instancia.

Por lo anterior, si llegare a acreditarse un incumplimiento a cargo de mi procurada, la condena en punto a la cláusula penal debe ser revocada y tasada proporcionalmente al incumplimiento de aquellas obligaciones respecto de las cuales exista prueba fehaciente de no haberse satisfecho.

PRONUNCIAMIENTO OFICIOSO DEL JUZGADO (SUBSIDIARIO DE PRIMER ORDEN):

Que se ordene el reintegro a GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA - GRACOL S.A.S. de las sumas de dinero canceladas por concepto de servicios públicos e impuesto predial unificado:





Teniendo en cuenta que una de las pretensiones principales de este proceso, son las restituciones mutuas, es decir, regresar las cosas al estado en el que se encontraban antes de que se suscribiera el negocio jurídico que se extinguió mediante la sentencia que aquí se apela, el a – *quo* omitió, en la parte resolutive de la sentencia que dictó, más específicamente en el numeral octavo, **ordenar la restitución de las sumas de dinero canceladas por concepto de servicios públicos e impuesto predial unificado** por parte de la constructora demanda.

Recordemos que las restituciones mutuas corresponden a un acto jurídico de suma importancia, pues estamos ante la resolución de un negocio jurídico y, de omitirse alguna de estas restituciones, alguna de las partes podría verse sumamente afectada. Por ende, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido la siguiente regla en aras de garantizar que las cosas verdaderamente vuelvan al estado en el que estaban antes de que se suscribiera el negocio jurídico que fue resuelto o declarado nulo:

*“Devoluciones para cuya finalidad la jurisprudencia tiene sentada la regla de actuación oficiosa del juez, «sobre la base de considerar que su reclamo está incluido implícitamente en la pretensión de nulidad. Como lo ha venido exponiendo, “... Declarada judicialmente la nulidad de un contrato, las partes deben ser restituidas de jure al estado anterior, y por tanto, la prestación respectiva, que conduce a que la restitución se verifique se debe también de jure, **y procede en ello oficiosamente la justicia sin necesidad de demanda**. Estas prestaciones proceden en razón de la sentencia, y no es posible obligar al demandado a anticiparse al fallo para solicitar lo que sólo puede debérsele como consecuencia de la pérdida del pleito y como prestación a que sólo en ese caso está obligada la contraparte”¹ (subrayas y negrillas por fuera del texto original).*

Pues bien, es claro que el juez, de oficio, no puede, sino que debe, conceder las restituciones mutuas a las que hubiere lugar y, es por ello, que dichos valores cancelados por concepto de impuesto predial y servicios públicos, deberán entrar en ellas para que el patrimonio de mi procurada no se vea afectada con la suscripción de un contrato que fue declarado resuelto.

SÉPTIMO REPARO EN CONCRETO (SUBSIDIARIO DE PRIMER ORDEN):

El Código General del Proceso en el **numeral 5 del artículo 365**, establece que cuando la prosperidad de las pretensiones es parcial, el juzgado de todas formas, tiene la obligación de evaluar la procedencia o no de las costas. La mentada norma, establece lo siguiente:

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia SC1078-2018. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo





ALEJANDRO ZÚÑIGA BOLÍVAR
ABOGADOS

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:
(...)

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, **el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial**, expresando los fundamentos de su decisión.” (subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Así las cosas, de la norma en cita se desprende que, en los casos en donde prosperan parcialmente las pretensiones, el juez tiene una de dos opciones: (i) abstenerse de condenar en costas y, (ii) condenar parcialmente.

En ese orden de ideas, en el remoto caso de que llegare a compartirse la conclusión sobre la prosperidad parcial de la demanda, la condena en costas debe ceñirse a lo previsto en la norma previamente citada, esto es, que se imponga una absolución de la condena en costas o la misma se haga de forma parcial y atendiendo a criterios de equidad.

No siendo otro el motivo de la presente,



ALEJANDRO ZÚÑIGA BOLÍVAR
C.C. 1.061.697.489 de Popayán (C)
T.P. 220.751 del C.S. de la J.

