**S-2022**
**Procedimiento:** Ordinario
**Demandante:** Oscar Guzmán Valencia
**Demandado:** Iván Darío Caycedo Salcedo
**Radicado:** 05001 31 03 **005 2012 00524** 01
**Asunto:** Revoca sentencia de primera instancia
**Tema:** Resolución del contrato frente al mutuo incumplimiento

**TRIBUNAL SUPERIOR**
**DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**
**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL**

Medellín, veintisiete (27) de septiembre del dos mil veintidós (2022).

Se ocupa la Sala de decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de descongestión de Medellín el día 23 de octubre del 2015, en el trámite del procedimiento ordinario incoado por Oscar Guzmán valencia contra Iván Darío Caicedo Salcedo. Labor jurisdiccional que se acomete en el siguiente orden:

## I. ANTECEDENTES.

**1. Pretensiones.** Por escrito de demanda presentado a través de apoderado, el señor Oscar Guzmán valencia, en calidad de cesionario de la posición contractual del señor Iván Darío Caycedo Salcedo -como promitente comprador, cesión que fue conocida y aceptada por el contratante cedido, señor Juan Carlos Gómez Jiménez como representante de la sociedad Unión Profesional limitada, la que funge como promitente vendedora-, formuló pretensiones tanto contra el cedente Iván Darío Caycedo Salcedo, como contra la sociedad promitente vendedora cedida, para que previo agotamiento de los ritos del procedimiento ordinario: **(i)** se declare resuelto el contrato frente a la sociedad demandada y, consecuencialmente, se condene solidaria e ilimitadamente a los demandados a indemnizarle al demandante los perjuicios que sufrió por el incumplimiento de los contratantes cedente y cedido, que equivalen a $68.000.000 actualizados a la fecha así: Por la suma de $34.0000000 entregados el 13 de febrero del 2008 y $34.000.000 entregados en 13 de marzo del año 2008, más intereses de mora desde el 30 de diciembre del 2008; **(ii)** que también se condene a los demandados pagar al demandante el 10% por concepto de cláusula penal que equivale a $6.800.000 actualizados, más intereses de mora desde el 30 de diciembre y; **(iii)** que por último y consecuencialmente, se les condene a los mismos a indemnizar los perjuicios de carácter moral.

**2. Fundamentos de hecho.** Como fundamentos fácticos en los que se sustentan las pretensiones, narró el apoderado del demandante lo siguiente:

**2.1.** Entre Oscar Guzmán Valencia –cesionario aquí demandante-, e Iván Darío Caycedo Salcedo (cedente), se celebró el 13 de febrero del 2008 la cesión de la posición contractual en calidad de promitente comprador, respecto de la promesa de venta que éste había celebrado con la sociedad Unión Profesional Limitada y cuyo objeto era la promesa de compraventa del apartamento 1701 antes 1501 y parqueadero N° 16, del proyecto "Jardines de la Floresta", contrato de cesión conocido y aceptado por la promitente vendedora.

**2.2.** El objeto del contrato cedido es la promesa de compraventa sobre el apartamento 1701 (antes 1501), Torre I costado noroccidental del proyecto JARDINES DE LA FLORESTA y parqueadero Nro. 16, cuyo objeto, ubicación y linderos están delimitados y especificados en la cláusula primera del respectivo contrato cedido.

**2.3.** El precio de la compraventa se pactó en $68.000.000 que el promitente comprador en su integridad pagó al promitente vendedor.

**2.4.** El promitente vendedor se obligó entregar los inmuebles el 30 de diciembre del 2008, sin perjuicio de hacerse la venta antes o luego de noventa días contados a partir del 30 de diciembre del 2008, pero el promitente vendedor incumplió el contrato y nunca otorgó la respectiva escritura pública de compraventa, porque no construyó el inmueble que se había obligado vender, obligación que no había cumplido hasta el 9 de mayo del 2012 en que se presentó la demanda.

**2.5.** Como cláusula penal se pactó el equivalente al 10% del precio pactado, esto es, $6.800.000 a favor del contratante cumplido o que se hubiere allanado cumplir, sin perjuicio de poder ejercitar la acción de resolución o cumplimiento.

**2.6.** Que el demandado obró de mala fe porque a pesar de construir 15 pisos con 60 apartamentos en la primera torre e iniciar la construcción de la segunda torre, sin embargo, dicho apartamento lo vendió a un tercero en el año 2009 sin cumplir lo pactado.

La demanda se corrigió para precisar que la demandada es Unión Profesional SAS sigla UPL SAS, antes Unión Profesional Limitada, representada por Arango Arango Álvaro Mauricio.

**3. Contestación de la demanda.** Mediante curadora *ad litem*, el demandado Iván Darío Caicedo Salcedo contestó la demanda para admitir los hechos de la misma y oponerse a las pretensiones, al tiempo que en favor del representado ausente esgrimió como excepciones de fondo las que dijo llamar: **a)** No obligatoriedad y, **b)** Falta de causa para demandar al cedente.

La sociedad codemandada Unión Profesional Sas - UPL SAS guardó silencio.

**4. La sentencia apelada.** El Juez Cuarto Civil del Circuito de descongestión de Medellín profirió sentencia el día 23 de octubre del 2015, en la que luego de hallar reunidos los requisitos de procedibilidad de la acción, pasó a examinar los supuestos exigidos por el artículo 1611 del Co. Civil, subrogado por el art. 89 de la ley 153 de 1887, que trata sobre la eficacia y validez del contrato de promesa de compraventa, los que encontró cumplidos a cabalidad, para concluir que de ésta convención nació la obligación de hacer consistente en suscribir el contrato de compraventa prometido.

Luego, se ocupó de analizar la validez del contrato de cesión de la posición contractual y halló que en dicho contrato también se modificaron cláusulas del contrato cedido, en cuanto que el apartamento prometido en venta ya no era el 1501 sino el 1701, como que también el precio de compraventa se pactó en $68.000.000 y la fecha de formalización del contrato del 30 de diciembre a las 3:30 p.m. en la notaría 26 de Medellín, mientras que la entrega del inmueble también se pactó para el 30 de diciembre del 2008, sin que de esa modificación se menguaran los requisitos que acababa de estudiar sobre el contrato de promesa, mismo que continuaba con fuerza vinculante, debiéndose aplicar los artículos 887 a 896 del C de Comercio, por lo que si el contrato se pactó por escrito, luego, entonces, también las modificaciones debían serlo por escrito como así se hizo, en cumplimiento del art. 888 del Co Co., al tiempo que el contrato donde consta la cesión fue suscrito por cedente, cesionario y contratante cedido y por ahí mismo reúne los requisitos del artículo 1502 del Co. Civil.

Luego se ocupó de recordar que tanto el contrato de promesa como el contrato de cesión contractual contenían los requisitos legales que los hacía válidos, sin que el cedente se haya comprometido u obligado con el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratante cedido en cabeza de UniónTemporal SAS, puesto que su única obligación era garantizar la validez y existencia del contrato cedido, razón por la cual no podían salir avante las pretensiones contra Iván Darío Caycedo y por eso las negó.

Al analizar la legitimación del demandante en su calidad de promitente comprador, calidad que asumió por cesión contractual, halló que había sido incumplido, puesto que, si bien cumplió con el pago del precio, de todas maneras, no acudió a la notaría 26 de Medellín el 30 de diciembre del 2008 a las 3:30 p.m., como se había estipulado, sin que la inexistencia del inmueble que su promitente vendedor estaba obligado a traditarle fuera obstáculo para que él no cumpliera con acudir a la cita, máxime cuando la ley colombiana permite en el artículo 1869 del C civil la venta de las cosas que no existen pero se espera que existan, a lo que se suma que tampoco demostró la real inexistencia del inmueble prometido en venta y por eso declaró que el demandante -por ser un contratante incumplido- no estaba habilitado para pedir la resolución del contrato y pasó a denegar las pretensiones.

**5. De la impugnación.** Contra la sentencia se levantó el demandante y por eso -como un primer cargo-, expuso que la parte demandada no contestó la demanda y tampoco concurrió absolver el interrogatorio de parte, lo que conllevó consecuencias adversas en su contra que el juez no reconoció, pues debió considerarse la no contestación como un indicio grave y la no asistencia al interrogatorio como una confesión de parte (arts. 95 y 210 del entonces CPC), al tiempo que rechaza el hecho de que el a quo le hubiese exigido probar de otra forma la inexistencia del inmueble prometido en venta, cuando él cumplió con hacer una afirmación indefinida de que no existía el inmueble objeto del contrato al momento de hacer la compraventa y por eso le correspondía a la demandada demostrar lo contrario.

Como un segundo pilar de su inconformidad con la sentencia, señala que estando probado que el inmueble que debía transmitirse por medio de la escritura pública de compraventa no existía y como ya se había pagado el precio acordado, no era posible exigirle al demandante que también debió asistir a la notaría, máxime

cuando –repite-, que la misma demandada le había notificado que había vendido el inmueble a una tercera persona y se comprometió devolver el precio pagado, lo que confirma que la sociedad demandada es contratante incumplida y que el demandante sí cumplió con sus obligaciones, por lo que debe prosperar en su favor la acción resolutoria.

## II. CONSIDERACIONES.

**1. Presupuestos procesales.** El trámite que se dio al proceso fue el adecuado, no presenta vicios que puedan afectarlo, no se pretermitieron términos, no existen recursos ni incidentes pendientes de resolver y ambas partes se encuentran legitimadas para enfrentar la litis.

**2. Problemas jurídicos.** Procede la sala a evaluar si se cumplen a cabalidad los requisitos exigidos por el estatuto civil sustantivo para la prosperidad de la acción de resolución contractual, propiciado por el incumplimiento del constructor como parte demandada, que implique la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, por ahí mismo, se deba declarar en favor del actor la resolución del contrato de promesa de compraventa de cosa futura y condenar a la demandada al pago de perjuicios y de la cláusula penal como se pide, o si, por el contrario, fue el demandante un contratante incumplido, por lo que no estaba habilitado para ejercer la acción resolutoria con base en el artículo 1546 del C Civil , lo que impedía la prosperidad de las pretensiones.

Se pregunta el Tribunal, además, si el mutuo incumplimiento permite que se atienda la resolución del contrato, para que se ordenen las restituciones mutuas sin indemnización de perjuicios, como lo viene haciendo la Corte Suprema desde la SC1662-2019 del 5 de julio del 2019.

**3. Sobre la Legitimación en la causa de las partes de cara a la cesión de la posición contractual.** Como quiera y en cuanto que el señor Oscar Guzmán Valencia también demandó al señor Iván Darío Caycedo Salcedo, quien le cedió la posición contractual de promitente comprador en el contrato, frente a la cual el juez halló falta de legitimación porque éste solamente responde de la existencia de un contrato válido y nada tiene que ver con el incumplimiento del promitente vendedor y por eso así lo declaró, sin embargo, para el Tribunal, si bien el demandante

apelante guardó silencio frente dicha falta de legitimación, no obstante, no sobra que la Sala aquí haga una referencia a la legitimación de ambos demandados, tema que despierta mucha importancia y porque además la legitimación en la causa hace parte de un presupuesto de la sentencia, por lo que el Tribunal se anticipa acompañar la posición jurídica del *a quo* para ratificar que en verdad frente al señor Caycedo Salcedo no hay legitimación por pasiva, por las siguientes razones:

**3.1. El contrato de cesión celebrado es de ejecución instantánea**. El Código de Comercio en el artículo 887 consagra el contrato de cesión de la posición contractual, cuyo tenor literal es como sigue: *"En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución. La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido"*.

En la cesión de la posición contractual, las prestaciones resultantes del mismo se pueden cumplir en un solo acto, por cuanto el cedente y el cesionario se liberan mediante la ejecución en un solo acto de sus obligaciones. Esto, por cuanto una vez celebrado el contrato de cesión, el cesionario, como tercero extraño al contrato, llega a remplazar al contratante primigenio a cambio de una contraprestación, culminando de esta forma para ambos contratantes –cedente y cesionario- las obligaciones que se derivan del contrato de cesión.

Ahora, de conformidad con el artículo 890 del Código de Comercio ***"El que cede un contrato se obliga a responder de la existencia y validez del mismo y de sus garantías, pero, salvo estipulación expresa en contrario, no responderá de su cumplimiento por parte del otro contratante y de los garantes"***, regla de mucha claridad, en cuanto la única obligación que asume el contratante cedente frente al cesionario, es que debe responder por la existencia y validez del contrato cedido y sus garantías, pero nada más, sin que sea cierto –como vanamente lo sostiene el apelante-, que también debe responder solidariamente por el incumplimiento del contratante cedido (en este caso por el incumplimiento contractual de la constructora), cuando la verdad es que ni la ley ni el contrato de cesión soportan semejante afirmación del apelante, porque la ley solamente le obliga a responder por la existencia y validez del contrato cedido y de las garantías.

Luego, entonces, cualquiera otra obligación no se presumirá, por lo que para que exista válidamente debe ser pactada entre cedente y cesionario y aquí no se pactó por escrito ninguna solidaridad, puesto que en la cláusula QUINTA del contrato solamente se lee como cláusula QUINTA, número interno 5.2.5. ***"consultar previamente al PROMITENTE CESIONARIO acerca de las obligaciones económicas contraídas por el PROMIETENTE COMPRADOR en el presente contrato con el fin de asegurarse de que se encuentran canceladas; en caso de no ser así, deberá abstenerse de otorgar las escrituras públicas correspondientes a los inmuebles objeto del presente contrato hasta tanto el PROMITENTE CESIONARIO manifieste por escrito que el PROMITENTE COMPRRADOR se encuentra a paz y salvo cuando estén cumplidas las obligaciones económicas por parte del PROMITENTE COMPRADOR";*** cláusula que si bien goza de una imprecisión en los términos porque donde se dice promitente cesionario debe leerse cedente, sin embargo, debe entenderse que a quien debe averiguársele por el cumplimiento del cesionario para saber si está a paz y salvo para el día de la compraventa es por el contratante cedido al cedente, pero sin que de allí se desprenda el pacto de alguna solidaridad entre el cedente y el contratante cedido en favor del cesionario, frente un eventual incumplimiento del promitente vendedor y por eso le asiste toda la razón al juez a quo en advertir falta de solidaridad, lo que traduce por ahí mismo falta de legitimación por pasiva frente a Iván Darío Caycedo, además, que el cesionario pagó el precio al cedente, tal y como se demuestra con la certificación que obra a folio 121 del cuaderno principal, donde el señor Iván Darío Caycedo Salcedo otorgó PAZ Y SALVO en favor del señor Oscar Guzmán Valencia, siguiéndose por ahí mismo la legitimación del demandante para fungir en tal calidad, por lo que, de acuerdo con dicha cesión de posición contractual estaba legitimado para demandar a la constructora.

De otro lado, no sobra mencionar que según el contrato de cesión y de promesa de compraventa, la sociedad Unión profesionales Limitada (promitente vendedora y contratante cedido), admitió la cesión que del contrato de promesa hicieron Iván Caycedo Salcedo y Oscar Guzmán Valencia, sin que el contratante cedido hubiere hecho uso de su facultad de **"reserva de no liberar al cedente"**, como se lo permite el artículo 893 del C de Comercio, puesto que por el contrario procedió autorizar o aceptar la cesión, por lo que estaba legitimada la sociedad demandada para que el cesionario la hubiera demandado en la acción resolutoria frente al incumplimiento de sus obligaciones.

**3.2. Efectos entre Contratante Cedente y Contratante Cesionario**. El cedente y cesionario son las partes del contrato de cesión y desde el mismo momento en que se perfecciona el contrato, este produce efectos los cuales pasamos a tratar. De una parte, el cedente responde frente al cesionario de la existencia y validez del contrato y de sus garantías, de conformidad con el artículo 890 del Código de Comercio, pero no deberá responder de la solvencia del otro contratante, ni por el cumplimiento del contrato, al ser de la naturaleza de todo contrato que el cedente no responda por el cumplimiento de las obligaciones del contratante cedido. No obstante, si se estipula en el contrato que será responsable el cedente del cumplimiento del contrato por parte del cedido, el cedente se convertiría automáticamente en un responsable solidario.

**3.3. Efectos entre Cedente y Cedido**. Estas son las partes del contrato primigenio, las cuales quedarán desvinculadas una vez se le notifique al contratante cedido la cesión que ha hecho el cedente, o desde que el contratante cedido la acepta o conoce el endoso. No obstante, se establece en favor del contratante cedido la facultad de hacer reserva de no liberar al cedente (artículo 893 c.co.), la cual debe ejercer una vez se le notifique la cesión que ha hecho el cedente o desde que la acepta o conozca del endoso y consiste fundamentalmente en la garantía que tiene el contratante cedido, de que aún cedido el contrato, deba responder el cedente por las obligaciones que incumpla el cesionario. Si el contratante cedido hace uso de la reserva de no liberar al cedente, este último se convierte en un obligado subsidiario en el contrato cedido; así, si el cesionario no cumple con sus obligaciones, deberá responder el cedente frente al cedido, pero deberá el contratante cedido dar aviso del incumplimiento al cedente dentro de los diez (10) días siguientes a la mora del contratante cesionario, en los términos del artículo 893 del Código de Comercio.

**3.4.** Sobre la diferencia entre la cesión de contrato y la cesión del crédito, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia:

> *"En la cesión de contrato, el contratante cedente es sustituido por un tercero (cesionario), en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato. (...).* ***Por su virtud, el tercero cesionario adquiere del contratante cedente la posición o situación jurídica que le corresponde, sustituyéndolo, en la totalidad o en un segmento de las relaciones jurídicas*** *(...). No se trata de una cesión de crédito, acción, pretensión o derecho,* ***sino de toda o parte de la relación jurídica emanada del contrato*** *y,* ***por consiguiente, de la posición de contratante****, en tanto el cesionario sustituye al cedente en los derechos y obligaciones, adquiere*

*la calidad de acreedor y deudor así sea en el fragmento al cual concierne, distinguiéndose así de la cesión de un crédito, derecho, acción o pretensión y de la asunción de la deuda". (...) La cesión del contrato envuelve la posición de parte y, por ende, el tercero cesionario podrá ejercer frente al contratante cedido los derechos, acciones y pretensiones correspondientes al contratante cedente, quien podrá oponer las mismas excepciones y ejercer los mismos derechos, acciones y pretensiones que tenía frente al cedente, salvo las inherentes a la calidad o estado personal de las partes o a causas ajenas al contrato" (Sent. Cas. Civ., 19 de octubre de 2011, Exp. N O 2001 00847 01).*

Debe advertirse, entonces, que lo esencial en este tipo de cesión, para que tenga efecto entre sus celebrantes, es que todos los intervinientes en la cadena contractual tengan conocimiento de la cesión, por lo que a la luz de la jurisprudencia recién citada dicho negocio jurídico debe ser entendido como una cesión de la posición contractual y que no de un crédito, por ende, es dable colegir que lo que pretendía cederse era en realidad la posición de promitente comprador en el contrato de Promesa de compraventa del apartamento 1501 que luego se convirtió en el 1701 y parqueadero 16 de la urbanización **"Jardines de la Floresta Torre I",** lo cual, según se ha dicho, requería de la aquiescencia y conocimiento del constructor y promitente vendedor del proyecto en el que se halla el apartamento 1701, consentimiento que está demostrado según el mismo contrato de cesión y promesa de compraventa (f. 1 a 4 cuaderno principal).

**3.5.** Frente a ello el recurrente -como cesionario del contrato de promesa-, no encuentra efectos liberatorios de responsabilidad contractual frente al cedente y por eso sostiene que hay solidaridad entre el contratante cedente y el contratante cedido, no obstante, cabe repetir por el Tribunal que los efectos de la cesión entre el cedente y el cesionario se producen desde el mismo instante en que celebran el contrato de cesión, como ya se dijo enantes y como lo recuerda la H. Corte Suprema de Justicia, en cuanto si bien la ausencia del consentimiento en el contratante cedido no es un requisito de validez de la cesión entre el cedente y el cesionario, no obstante, sirve para medir sus consecuencias (artículo 894 del Código de Comercio), pues "…*una cosa es la aceptación como condición de validez (…), y* ***otra el rol que ella juega para determinar los efectos de la cesión, pues mientras que éstos se producen entre el cedente y el cesionario desde cuando el acto se celebra, tratándose del contratante cedido y de terceros, estos sólo se producen 'desde la notificación o aceptación'***"[1].

[1] CSJ. Civil. Sentencia 063 de 4 de abril de 2001, expediente 5628. Citada en sentencia CSJ SC9680-2015 Radicación n.° 11001-31-03-027-2004-00469-01 M. P. Luis Armando Tolosa Villabona

Por las razones expuestas la Sala coincide con el juez a quo, en cuanto que no hay legitimación en la causa por pasiva frente al señor Iván Darío Caycedo Salcedo, como sí la hay entre el cesionario y el contratante cedido quien aceptó la cesión.

**4. Del contrato de promesa.** Sus requisitos se encuentran señalados en el artículo 89 de la ley 153 de 1887, el cual subrogó el artículo 1611 del Código Civil, requisitos que se relacionan así: 1. Que conste por escrito; 2. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que la ley declara ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del Código Civil; 3. Que la promesa tenga un plazo o condición que fije la época en la que ha de celebrarse el contrato; 4. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales,

El que se ha presentado para el ejercicio de la acción (f. 1 al 4 c. 1), no adolece de ningún vicio que conduzca a su inexistencia o nulidad.

**4.1. Requisitos que deben reunirse para que pueda declararse la resolución de un contrato.** La acción resolutoria surge del contenido del artículo 1546 del C Civil, al prescribir que en los contratos bilaterales (el de promesa de venta de inmueble lo es) va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, pero en tal caso podrá pedir el otro contratante (el cumplido), o **"la resolución"** o **"el cumplimiento del contrato"** con indemnización de perjuicios.

Es de verse, entonces, que para el buen suceso de la acción resolutoria o la de cumplimiento se requiere: a) la existencia de un contrato válido que ligue a los contratantes; b) que el demandante haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo suyo y; c) que el demandado no haya cumplido.

Y es que resulta tan trascendental la legitimación del demandante en la acción resolutoria o de cumplimiento contractual, que la misma Corte ha sostenido al respecto:

> "Entonces, luego de que sea establecida la existencia de un contrato válido que ligue a los contratantes, la labor del juzgador deberá estar dirigida a determinar, a la luz del citado precepto legal, la legitimación del actor, esto es, a escudriñar si su conducta

contractual evidencia que puede beneficiarse de la facultad para pedir la resolución del contrato o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios, porque tal derecho le asiste únicamente a quien ha cumplido o se ha allanado a hacerlo, lo que visto en sentido contrario indica que cualquiera de ellas se frustra cuando quien la demanda a su vez ha incumplido de manera jurídicamente relevante, porque en tal caso, ante la presencia de obligaciones recíprocas, el deudor demandado podrá justificar su resistencia a cumplir la suyas, lo que significa que quien promueva la correspondiente acción debe estar libre de culpa por haber atendido a cabalidad, como que una conducta así es la que le confiere legitimación al actor.

Con arreglo a lo expuesto, es claro que la viabilidad de la acción resolutoria de que trata el precepto legal en cuestión depende no sólo de la cabal demostración del incumplimiento del demandado sino de que, de igual modo, logre evidenciarse que el actor efectivamente satisfizo las obligaciones anteriores o simultáneas que tenía a su cargo o que se allanó a cumplirlas, pues, como lo tiene dicho la Corporación, "solamente el contratante cumplidor de las obligaciones a su cargo, nacidas de un acuerdo de voluntades, o por lo menos que se haya allanado a cumplirlas en la forma o tiempo debidos, puede pedir la resolución del contrato y el retorno de las cosas al estado anterior con indemnización de perjuicios, cuando la otra parte no ha cumplido las suyas", lo cual traduce "que si el demandante de la resolución de un contrato se halla en mora de cumplir alguno de los compromisos que del pacto surgieron para él, carece de derecho para obtenerla, puesto que precisamente la ley autoriza el ejercicio de esta acción resolutoria a la parte que ha cumplido contra el contratante moroso"(G. J., t. CXLVIII, 1ª Parte, pag. 202)[2].

**4.1. Sobre la prueba del incumplimiento del demandante para negar la resolución con base en el art. 1546 del C Civil.** Sostiene el demandante en sus reparos que sí cumplió con el requisito de demostrar que el constructor demandado no había cumplido con la construcción del inmueble y que como él manifestó en su demanda mediante una negación indefinida que dicha construcción no se había llevado a efecto, que eso lo liberaba de haber acudido a la notaría para firmar la escritura y, por consiguiente, debe estimársele como un contratante cumplido, además, porque ya había pagado el precio.

No obstante, resulta que –como desde ahora lo advierte el Tribunal-, dicha negación indefinida no puede estimársele como una prueba real, seria y contundente, puesto que fue ambiguo y contradictorio en la demanda, cuando en el hecho cuarto afirmó que el inmueble no existía para el momento de firmar la escritura pública, dando entender que no se había construido el mismo, pero ya en el hecho SEXTO refiere, a la mala fe del promitente vendedor, según él, porque el inmueble se lo había vendido la constructora en el año 2009 a un tercero, mientras que en su interrogatorio de parte expresó que sí había visto ya construido el edificio y que quizás la constructora había vendido o dado en tenencia a un tercero dicho inmueble, es decir, que no es cierto que el inmueble no se hubiese construido y tampoco sabe siquiera a ciencia cierta el mismo demandante la razón que haya

[2]. Casación del 16 de junio de 2006, exp. 7786, Mag. Ponente César Julio Valencia Copete.

tenido el constructor demandado para no acudir a la Notaría, máxime cuando especuló sobre la venta del inmueble a un tercero, razón por la cual no es posible admitir que la escueta afirmación de que el inmueble no fue construido o no existía para el momento de celebrar la compraventa, constituya una afirmación negativa indefinida que no requiere de prueba y que, por ahí mismo, excuse la inasistencia del demandante a la notaría el día acordado.

Y es que tampoco se equivocó el juez del caso cuando le advirtió al demandante que frente a la afirmación indefinida negativa que hizo no podía aceptarse como una prueba, en tanto que existía la forma de probar por otros medios, pues al respecto tiene dicho la Corte:

> *"Ahora, una afirmación será indefinida, y por ende, excluida de prueba para quien la hace, cuando es imposible relacionarla con circunstancias factuales específicas (vgr., se reitera, aspectos de modo, tiempo y lugar). En el caso, el extremo demandado, adujo que el pago no se realizó; lo cual entraña ciertamente una afirmación indefinida que lo releva de prueba. Empero, el actor al formular el libelo y al descorrer el traslado de las excepciones, coherentemente, manifestó que sí pagó, allegando como fundamento el contrato demostrativo del hecho, esto es, por estar a "paz y salvo", especificado en la cláusula tercera. Dicha situación, entonces, forzaba a la convocada recurrente, desvirtuar probatoriamente los hechos de esa afirmación definida de la actora, demeritando el contrato con una prueba en contrario del pago.*
>
> *Para aclarar, el actor adujo una afirmación definida, con las circunstancias que la soportaban; por lo tanto, a su oponente, le incumbía desvirtuar los fundamentos de hecho de esa afirmación definida, y no simplemente edificar su defensa en una negación indefinida, como la falta de pago.*
>
> *Al respecto, la Corte, refiriéndose al tema de las negaciones, expuso "(…) que éstas se dividen en definidas e indefinidas, siendo las primeras aquéllas que tienen por objeto hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente, las segundas, en cambio, no implican, ni indirecta ni implícitamente, la afirmación de hecho concreto y contrario alguno".*
>
> *Y precisó: "(…) "para las [definidas], el régimen relacionado con el deber de probarlas continúa intacto 'por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical'; las [indefinidas], 'son de imposible demostración judicial, desde luego que no implican la aseveración de otro hecho alguno', de suerte que éstas*

*no se pueden demostrar, no porque sean negaciones, sino porque son indefinidas (…)"*[3]*.La imposibilidad de suministrar la prueba debe ser examinada en cada asunto, con un criterio riguroso y práctico, "(…) teniendo el cuidado de no confundirla con la simple dificultad, por grande que sea (…)"*[4]*. De tal manera que, según lo ratificó esta Sala, "(…) las negaciones indefinidas están comprendidas entre la clase de hechos imposibles, excluidos del tema de prueba, esto es cuando a pesar de que puedan existir o ser ciertos no es posible acreditarlos (…)"*[5]*. Así las cosas, el alcance de la negación de la falta de pago invocada por la demandada por vía de excepción, no es indefinida, a fortiori, si el actor aportó el contrato que lo acreditaba, contentivo de una obligación pura y simple, no contraprobada; por tal razón, el error de hecho denunciado es inexistente.*

*Tampoco se configuran per sé los efectos del inciso segundo del artículo 177 del C.P.C., pues la ratio legis de la norma, esto es, liberar de la carga probatoria a quien alegue una afirmación o negación indefinida, depende de la imposibilidad práctica de acreditar ciertas circunstancias en el tiempo, siempre y cuando estas "(…) no se contrapongan a [aseveraciones] previas que se pretenden desvirtuar"*[6]*.*

Se sigue de lo anterior, que la afirmación negativa indefinida que hizo el actor en la demanda, en cuanto que la sociedad demandada no construyó la edificación, no tiene cabida, no solamente porque ese hecho tiene forma de probarse sin que sea cierto que fuese imposible hacerlo por otro medio legítimo, sino porque fue el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte admitió que el edificio sí se había construido, solamente que al parecer el inmueble que a él debía traditársele le fue vendido o entregado en tenencia a otra persona, sin que atinara demostrar realmente qué fue lo que sucedió y en ese sentido queda en el limbo la prueba sobre el incumplimiento del constructor, en cuanto que no construyó el apartamento 1701, para tener como cierto que su incumplimiento se debió a que el constructor demandado nunca construyó el inmueble y mucho menos que lo vendió a un tercero o lo entregó en tenencia a un tercero, hasta el punto que hiciera imposible la tradición.

[3] CSJ SC 13 de julio de 2005, exp. 00126, citada el 20 de enero de 2006, exp., 1999-00037.
[4] DEVIS ECHANDÍA, H., *Ob. cit*.
[5] CSJ SC 15 de julio de 1971, ordinario de Jaime González y otros contra Bernardino Socotá y otros, citada en fallo de 29 de enero de 1975.
[6] CSJ SC 9072 de 11 de julio de 2014.

Esta incertidumbre, no permite apreciar como válida la justificación de que el demandante no acudiera a la Notaría Novena el día 30 de diciembre del año 2008 a las 3:30 p.m., haciéndose también el contratante demandante incumplido y, por esa razón es que no podía prosperar la pretensión de resolución por incumplimiento del contratante con indemnización de perjuicios que consagra el artículo 1546 del Co. Civil, sin que por ese flanco pueda quebrarse la sentencia como lo pretende el demandante.

**4.3. Del mutuo incumplimiento.** En una rectificación de doctrina, recientemente la CSJ admitió que también la resolución del contrato puede tener venero en el recíproco incumplimiento de los contratantes, sin que ello deba implicar un mutuo disenso tácito, sino que se toma el mutuo incumplimiento como una facultad de cualquiera de los contratantes para pedir la resolución y/o el cumplimiento del contrato, pero sin indemnización o cobro alguno distinto a las condenas por restituciones mutuas, precisamente, para evitar la inequidad de que frente a un mutuo incumplimiento que no pueda calificarse como mutuo disenso el contrato permanezca congelado indefinidamente y que, por ahí mismo, ninguno de los contratantes pueda exigir el cumplimiento forzado o la resolución por el mutuo incumplimiento, pues una verdadera justicia debe garantizar también que en casos como esos puedan regresar las cosas al *status quo*, obviamente sin indemnización de perjuicios y sin ninguna otra condena que no sean las prestaciones mutuas, como se puede leer en la SC1662-2019 del 5 de julio del 2019, sentencia fundadora de línea jurisprudencial que ha de servir como pilar para declarar la resolución que del contrato se pide por el demandante.

Debe quedar claro de una vez por todas que, si como en el caso que ocupa la atención del Tribunal, es cierto que tanto el demandante como la constructora demandada incumplieron con la suscripción de la compraventa para el día 30 de diciembre del año 2008 a las 3:30 p.m., comoquiera que ninguno de ellos acudió sin justa causa a la Notaría ese día y a la hora señalada, tal y como lo habían pactado en el contrato de promesa, incumplimiento no justificado en ninguno de ellos, luego, entonces, estamos frente a un recíproco incumplimiento contractual, cuyas consecuencias están establecidas en el artículo 1609 del Código Civil, por lo que -a tono con la rectificación de doctrina de la Sala de Casación Civil de la Corte- debe declararse la resolución del contrato, por las razones que pasamos a precisar.

Hemos de aclarar que si bien en el contrato de promesa se cometió el error en la cláusula Quinta de poner como obligación del promitente comprador acudir a la notaría el 30 de octubre del año 2008, mientras que la constructora promitente vendedora debía hacerlo el 30 de diciembre del 2008, de inmediato se advierte un error que no conduce a aniquilar el contrato frente a una posible nulidad por la contrariedad y ambigüedad en el cumplimiento conjunto de la obligación de suscribir la respectiva escritura pública, pues, a ojos vistas, es justo y necesario tomar ese error *calami* como algo superable para hacer producir efectos al contrato, como lo mandan los artículos 1618 y 1620 del C Civil, quedando así claro que la intención de los contratantes era celebrar el contrato de compraventa del apartamento 1701 y parqueadero N° 16 del proyecto inmobiliario **"Jardines de la Floresta"**, para lo cual debían establecer una fecha y hora ciertas para comparecer a la notaría y esa no podía ser otra que el 30 de diciembre del año 2008, puesto que nada se ganaba el promitente comprador con asistir el día en que no estaba obligado asistir el promitente vendedor, siendo lógico atenerse a esta última fecha, máxime cuando en el contrato es ésta la que aparece redactada con posterioridad y esa es la que realmente corresponde.

Por consiguiente, ha de admitirse que ninguno de los contratantes compareció el 30 de diciembre del 2008 a la notaría 26 para celebrar la compraventa prometida y así lo interpretó genuinamente el mismo promitente comprador demandante, cuando a través de su abogado en el hecho cuarto de la demanda proclamó que ese era el día y hora en que debía celebrarse la promesa de compraventa en la notaría 26 de Medellín a las 3:30 p.m., confesando por ahí mismo que no asistió, confiado en que no tenía por qué hacerlo cuando la constructora estaba en imposibilidad de hacerle el traspaso.

Como se dijo, en un caso similar -por incumplimiento de los promitentes contratantes que no acudieron el mismo día y hora a la notaría a celebrar la compraventa-, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de justicia se pronunció, para corregir o rectificar su doctrina y admitir que si bien la resolución del contrato por incumplimiento que regula el art. 1546 del C. Civil le exige al demandante que solamente se legitima o habilita para ejercitar la acción resolutoria frente al incumplimiento del otro contratante, siempre y cuando el demandante haya sido cumplido con sus obligaciones o se haya allanado hacerlo, de todas formas aceptó la Corte que surge otra hipótesis de resolución contractual, cuando ambos

contratantes incumplen, caso en el cual es posible declarar la resolución con base en el art. 1609 del C Civil y para mejor ilustración se transcribe in extenso los argumentos que tuvo el órgano de cierre como Tribunal de instancia, en la SC1662-2019, con Radicación n.° 11001-31-03-031-1991-05099-01, del cinco (5) de julio de dos mil diecinueve (2019).

> *"3. El incumplimiento recíproco de los contratos bilaterales. Vacío legal. Aplicación analógica de la resolución. Corrección doctrinal.*
>
> *3.1. Se sigue de lo expuesto, que el supuesto del incumplimiento de las obligaciones que se desprende de un contrato sinalagmático por parte de los dos extremos que lo conforman, no es cuestión regulada por el artículo 1546 del Código Civil y que, como ninguna otra norma de ese ordenamiento se ocupa de dicha específica situación, ella configura un vacío legal.*
>
> *3.2. En tal orden de ideas, colígese la plena aplicación del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que a la letra reza:*
>
> *Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.*
>
> *3.3. En procura de establecer el régimen legal que por analogía es aplicable al caso del incumplimiento recíproco de las obligaciones surgidas con ocasión de la celebración de un contrato sinalagmático, son pertinentes las siguientes apreciaciones:*
>
> *3.3.1. A voces del artículo 1602 de Código Civil, "[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes", mandato del que se desprende el poder vinculante que ellos tienen y, por consiguiente, el deber que recae en los intervinientes, de cumplirlos.*
>
> *Con razón ha dicho la Corte, que "[e]l principio jurídico supremo del cual emana todo el derecho de las obligaciones convencionales señala que la finalidad económico–social del contrato lleva implícita el cumplimiento de las estipulaciones en él pactadas. Los contratos se celebran para cumplirse y, por ello, son ley para las partes. (…). Este postulado se encuentra establecido en el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor 'todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales'. En un sentido similar, el Código de Comercio define el contrato como un 'acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial… (Art. 864)'"[7].*

[7] CSJ, SC 11287 del 17 de agosto de 2016, Rad. n.° 2007-00606-01.

*3.3.2. Ostensible es, por lo tanto, que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato por parte de quienes lo celebraron, constituye la más significativa afrenta al mismo y, por ende, corresponde a un comportamiento que, como en todos los casos de infracción de la ley, debe sancionarse, previsión que a más de propender por impedir la generalización de ese tipo de conductas, busca forzar la satisfacción del interés del extremo inocente o que se restablezcan, en lo posible, las condiciones que existían antes del pacto.*

*3.3.3. Visto está, que cuando el incumplimiento contractual proviene de una sola de las partes, el legislador le brinda al contratante diligente la posibilidad de optar por el cumplimiento o por la resolución del nexo jurídico (art. 1546, C.C.).*

*3.3.4. La segunda de tales sanciones, aparece presente en los casos de incumplimiento que el código desarrolla.*

*A título de mero ejemplo, cabe citar que, en la compraventa, el incumplimiento de la entrega (art. 1882, C.C.), la desatención de la cabida del predio (art. 1888 ib.) y el no pago del precio (art. 1930 ib.), otorgan al contratante inocente la posibilidad de resolver el contrato con indemnización de perjuicios.*

*En tratándose del contrato de arrendamiento, la imposibilidad de entregar la cosa arrendada (art. 1983, C.C.) o el retardo en hacerlo (art. 1984, ib.), habilita al arrendatario a desistir del contrato y al resarcimiento del daño ocasionado. A su turno, el no pago de la renta (arts. 2000 y 2003, ib.), el indebido uso del bien objeto del negocio (art. 1996, ib.), o el incumplimiento de la obligación de conservarlo (art. 1997, ib.), permite al arrendador optar por la terminación*[8] *del acuerdo y/o por la reparación de los perjuicios.*

*El incumplimiento grave de las prestaciones derivadas del contrato de suministro, da derecho a la parte afectada de solicitar su terminación con la correspondiente indemnización de perjuicios (art. 973, C. de Co.).*

*El no pago del valor del hospedaje, permite la terminación del respectivo contrato (art. 1202, num. 3º, ib.).*

*Significa lo expuesto, que como reacción a los casos de incumplimiento contractual, el legislador previó la resolución o la terminación del contrato, mecanismos que al tiempo de constituir la sanción*[9] *para reprimir tal infracción, se erigen en el instrumento a través del cual se provee sobre la extinción del nexo convencional y se*

---

[8] En los contratos de tracto sucesivo o de duración prologada, la resolución toma la forma de *"terminación"*, como quiera que sus efectos solamente se producen hacia el futuro.

[9] A voces del artículo 6º del Código Civil, *"*[l]*a sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.* (…). *En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos"*.

*conjura la injusticia que, como consecuencia de dicha omisión, sobreviene al contrato y a quienes lo celebraron, en tanto que los despoja del deber de cumplirlo y, cuando ello es pertinente, les brinda la posibilidad de retraer los actos que en desarrollo del acuerdo hubieren verificado, v.gr. el pago de dinero o la entrega de bienes*[10]*.*

*3.3.5. Factible es sostener, por consiguiente, que la resolución ostenta diversa naturaleza.*

*Por una parte, se trata de una "sanción dispuesta por el ordenamiento como una medida aflictiva para los intereses de la parte incumplidora, por la violación culpable en que ella habría incurrido, del deber primario que pone a su cargo la norma contractual violada. Esta medida se caracterizaría por la imposición al deudor incumpliente del deber secundario de sufrir la pérdida de la contraprestación que le debía su cocontratante, y debe distinguirse netamente de la otra sanción que se concreta en la ejecución forzosa por equivalente (daños y perjuicios)"*[11]*.*

*Por otra, es una medida de recomposición del equilibrio perdido, puesto "que es contrario a la equidad que el contrato bilateral sea ejecutado por una de las partes cuando la reciprocidad de las obligaciones ha sido rota y desequilibrada por el incumplimiento de la otra parte. (…). Cuando se ha establecido firmemente el principio de interdependencia de dos obligaciones recíprocas -dice RIPERT-BOULANGER- no hay más que sacar una consecuencia lógica: que el contrato debe desaparecer si su ejecución incompleta ha creado una injusticia. (…). El art. 1184 del CC francés -dice RIPERT- es pues la consagración legal de la idea de justicia contractual. Y, más adelante, añade: la idea profunda (que se aprecia en las diversas teorías que explican la resolución por incumplimiento) es siempre la misma: el contrato es respetable cuando ha sido concluido, porque responde a fines legítimos; posteriormente a su conclusión ha sido desequilibrado, ya por falta de una de las partes, ya por un evento puramente fortuito. Ejecutar este contrato cojo, sería simplemente inmoral"*[12]*.*

---

[10] No hay lugar a equívocos porque la sanción legal por incumplimiento, en tratándose de contratos de ejecución instantánea, sea la *"resolución"*; y cuando el convenio es de tracto sucesivo o de prestación prologada, corresponda a la *"terminación"*, ni en que una y otra sanción tengan efectos jurídicos diferentes: la primera, desde la celebración del contrato; y la segunda, desde cuando se decreta la misma.
Sobre la base de que como consecuencia del incumplimiento, hay lugar a una u otra sanción, según el tipo de contrato de que se trate, la Corte tiene precisado que *"*(…) '[p]*or la terminación (o cesación) judicial pierde el contrato su fuerza para el futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la terminación, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, ejecutorios, por oposición a ejecutados, cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. No así la resolución judicial. Por esta el contrato cesa para lo futuro; se extingue retroactivamente desde su nacimiento;* (…) *se borra; 'se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada* (…)*. La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro, quitándole su fuerza; para lo pasado, deshaciendo sus efectos. La cesación únicamente produce el primer resultado'* (…)' *(Cas. Civ., sentencias del 26 de noviembre de 1935, G.J., T. XLIII, pág. 391 y del 26 de abril de 1955, G.J., T. LXXX, pág. 55)"* (CSJ, SC del 26 de agosto de 2011, Rad. n.° 2002-00007-01).
[11] Mélich – Orsini, José. *"Resolución del contrato por incumplimiento"*. Editorial Temis, Bogotá – Caracas, 1979, pág. 103.
[12] Álvarez Vigaray, Rafael. *"La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento"*. Editorial Comares, 4ª Ed., Granada, 2009, pág. 85.

*3.3.6. Así las cosas, son premisas para la aplicación analógica que se busca, en primer lugar, que el artículo 1546 del Código Civil, regulativo del caso más próximo al incumplimiento recíproco de las obligaciones de un contrato bilateral, esto es, la insatisfacción proveniente de una sola de las partes, prevé como solución, al lado del cumplimiento forzado, la resolución del respectivo contrato; y, en segundo lugar, que en el precitado ordenamiento jurídico, subyace la idea de que frente a toda sustracción de atender los deberes que surgen de un acuerdo de voluntades, se impone la extinción del correspondiente vínculo jurídico.*

*3.3.7. De esos presupuestos se concluye que en la hipótesis que ocupa la atención de la Corte, se reitera, la insatisfacción de las obligaciones establecidas en un contrato bilateral por parte de los dos extremos de la convención, también es aplicable la resolución del contrato, sin perjuicio, claro está, de su cumplimiento forzado, según lo reclame una cualquiera de las partes.*

***3.4. Esa visión, tanto del reducido marco de aplicación del artículo 1546 del Código Civil, como del régimen disciplinante del incumplimiento recíproco de las obligaciones sinalagmáticas, exige modificar el criterio actual de la Sala, conforme al cual, en la referida hipótesis fáctica, no hay lugar a la acción resolutoria del contrato.*** *(resalto y subrayado no original)*

*Tal aserto, no puede mantenerse en píe, en tanto que está soportado, precisamente, en la referida norma y en que ella únicamente otorga el camino de la resolución, al contratante cumplido o que se allanó a atender sus deberes, mandato que, al no comprender el supuesto del incumplimiento bilateral, no es utilizable para solucionarlo.*

*Dicho planteamiento, como igualmente ya se puntualizó, sólo es predicable en cuanto hace a la acción resolutoria propuesta en virtud del incumplimiento unilateral, caso en el cual la legitimidad del accionante está dada únicamente al contratante diligente que honró sus compromisos negociales o que se allanó a ello, toda vez que ese es el alcance que ostenta el ya tantas veces citado artículo 1546 del Código Civil.*

***Empero, si del incumplimiento bilateral se trata, no cabe tal reparo, habida cuenta que la acción resolutoria que en esa situación procede, según viene de averiguarse, no es la prevista en la anotada norma, sino la que se deriva de un supuesto completamente diferente, como es la desatención de ambos contratantes, hipótesis en la que mal podría exigirse que el actor, que ha de ser, como ya se dijo, uno cualquiera de ellos, es decir, uno de los incumplidores, no se encuentre en estado de inejecución contractual.*** *(resalto y subrayado que hace el tribunal)*

***No está demás, pese a la diversa interpretación normativa que allí se hace, recordar las razones que, por mayoría, adujo la Sala en la sentencia del 7 de diciembre de 1982, para reprochar la tesis que entonces, como ahora, venía sosteniendo la Corporación, de que tratándose del incumplimiento recíproco de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral, no había lugar a la resolución del mismo, ocasión en la que observó:***

***a) Si el acreedor que a su turno ha incumplido no tiene derecho a pedir la resolución ni la ejecución, quiere ello decir que su derecho subjetivo carece de acción. Crédito sin acción no es crédito. Es ínsito de la calidad de acreedor poder perseguir al deudor a través de las acciones.***

***b) Como se supone, según la interpretación cuestionada que el acreedor que sí ha cumplido tiene todas las acciones a su alcance, en particular las alternativas del artículo 1546 del Código Civil, fuerza es concluir que el incumplimiento fue elevado a la categoría de modo de extinción de las obligaciones, o modo de extinción de las acciones, o causal de conversión de la obligación inicialmente civil en obligación natural, que por definición es aquella que carece de acción. Y es lo cierto que el artículo 1625 no consagra el mutuo incumplimiento como modo de extinción de las obligaciones, ni norma alguna le da a ese fenómeno la calidad de extintor de acciones, ni mucho menos de causa para convertir una obligación civil en natural.*** *(resaltado y subrayado no original)*

***Tras precisar que el verdadero significado del artículo 1609 del Código Civil es que "en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predican las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente", la Corte, adicionalmente, señaló:***

***En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, como ha ocurrido con el demandado en este proceso.***

***Y más adelante, concluyó:***

***Corolario de lo anterior es que hay lugar a dos formas de resolución o ejecución de los contratos bilaterales, a saber: a) Cuando uno solo incumple y el otro sí cumple. En tal evento hay lugar a la resolución o ejecución con indemnización de perjuicios, y b) cuando ambos contratantes incumplen, caso en el cual también hay lugar a la resolución o ejecución, pero sin indemnización de perjuicios y sin***

***que haya lugar a condena en perjuicios o cláusula penal"[13].*** *(el resaltado y subrayado lo hace el Tribunal)*

*4. Incumplimiento unilateral, bilateral y mutuo disenso. Conclusiones.*

*4.1. En orden de lo expuesto, es necesario puntualizar que cuando el incumplimiento del contrato sinalagmático provenga de una sola de las partes, la norma aplicable es el artículo 1546 del Código Civil, caso en el cual el contratante que satisfizo sus obligaciones o que procuró la realización de las mismas, puede ejercer, en contra del otro, las acciones alternativas de resolución o cumplimiento forzado que la norma prevé, en ambos supuestos con indemnización de perjuicios, acciones en frente de las que cabe plantearse, para contrarrestarlas, la excepción de contrato no cumplido.*

*4.2. En la hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa una situación no regulada expresamente por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir, que está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y mucho menos, a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ibídem.*

*La especial naturaleza de las advertidas acciones, en tanto que ellas se fundan en el recíproco incumplimiento de la convención, descarta toda posibilidad de éxito para la excepción de contrato no cumplido, pues, se reitera, en tal supuesto, el actor siempre se habrá sustraído de atender sus deberes negociales.*

*4.3. Ahora bien, cuando a más del incumplimiento recíproco del contrato, sus celebrantes han asumido una conducta claramente indicativa de querer abandonar o desistir del contrato, cualquiera de ellos, sin perjuicio de las acciones alternativas atrás examinadas, podrá, si lo desea, demandar la disolución del pacto por mutuo disenso tácito, temática en relación con la cual basta aquí con refrendar toda la elaboración jurisprudencial desarrollada por la Corte a través de los años.*

*5. El caso concreto.*

*5.1. La acción.*

[13] CSJ, SC del 7 de diciembre de 1982, proceso ordinario de Luis Guillermo Aconcha contra Antonio Escobar. G.J. t. CLXV, págs. 345 a 347.

*5.1.1. La resolución contractual deprecada subsidiariamente en la reconvención, estuvo soportada en el incumplimiento del contrademandado y primigenio actor (prometiente comprador) de sus obligaciones de pagar el precio establecido en la promesa de venta, toda vez que no sufragó los instalamentos allí previstos en las fechas acordadas, y en que no concurrió a la notaría, en la oportunidad fijada, a suscribir la escritura pública mediante la cual se perfeccionaría la enajenación prometida[14].*

*5.1.2. No obstante que la propia naturaleza de tales asertos, en tanto que ellos entrañan negaciones indefinidas, exoneran a quien los hizo de demostrarlos, como lo establece el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, es lo cierto que al proceso se trajo como prueba trasladada, el trámite incidental que el primigenio promotor de este asunto, señor Gustavo Chávez Matallana, adelantó ante el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, en el concurso de acreedores seguido en contra de Francisco José Camacho Amaya, con miras a obtener el levantamiento del secuestro del inmueble aquí disputado, que en ese asunto se practicó.*

*Dentro de ese diligenciamiento, el señor Chávez Matallana absolvió interrogatorio de parte en el que, preguntado sobre si "canceló la totalidad del precio" fijado en la promesa de compraventa de que se trata, respondió: "No. Quedó faltando una cuota que sería cancelada en el momento de entregarme los títulos". Con posterioridad, dejó en claro que la escritura de venta nunca se otorgó.*

*Adicionalmente, en ese mismo diligenciamiento, se practicó inspección judicial en las dependencias del entonces Banco del Comercio, que fue quien recibió los pagos efectuados por el citado prometiente comprador[15], verificándose que los únicos realizados, fueron los siguientes: $130.000.oo, el 17 de diciembre de 1969; $79.249.72, el 7 de febrero de 1970; y $179.964.90, el 1º de septiembre de 1971, para un total de $389.214.62, suma que imputada al crédito, significó un abono a capital de $360.000.oo y el saldo, o sea, la suma de $29.214.62, se aplicó a intereses.*

*5.1.3. Al tenor de la cláusula CUARTA del contrato de promesa que en copia auténtica milita en los folios 3 a 7 del cuaderno principal, "[e]l precio de la compraventa prometida es el de QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($575.000.oo) que EL PROMETIENTE COMPRADOR pagar[á] en la siguiente forma: en la fecha de esta promesa, la suma de CIENTO TREINTA MIL*

---

[14] Hechos 3º a 10º del respectivo libelo, conforme fue integrado en virtud de la subsanación que de él se hizo.

[15] Sobre el particular, cabe observar que en el contrato de promesa de compraventa ajustado entre los litigantes, se previó: *"LOS PROMETIENTES VENDEDORES autorizan al PROMETIENTE COMPRADOR y éste lo acepta expresamente que el precio antes mencionado, en las cuotas relacionadas, juntamente con sus intereses, sea entregado por el citado PROMETIENTE COMPRADOR íntegramente al Banco del Comercio-Sucursal Central de Bogotá, en las fechas establecidas, con el objeto de que este Banco pague las obligaciones pendientes, en la fecha de esta promesa, contra los señores FRANCISCO JOSÉ CAMACHO AMAYA y/o CRISTINA HERNÁNDEZ DE CAMACHO, en los Bancos Central Hipotecario y del Estado de Bogotá (…)"* (parágrafo de la cláusula cuarta).

*PESOS MONEDA CORRIENTE ($130.000.oo); a más tardar el treinta (30) de [e]nero de mil novecientos setenta (1970), la suma de SETENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($70.000.oo); a más tardar el 30 de [a]bril de mil novecientos setenta (1970) la suma de CIENTO SESENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($160.000.oo); y a más tardar el día treinta (30) de [s]eptiembre de mil novecientos setenta, la suma de DOSCIENTOS QUINCE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($215.000.oo). EL PROMETIENTE COMPRADOR reconocerá a LOS PROMETIENTES VENDEDORES intereses sobre saldos pendientes a la tasa del catorce por ciento (14%) anual y en la mora al veintiuno por ciento (21%)".*

*5.1.4. Cotejados los pagos efectivamente realizados por el señor Chávez Matallana con la previsión contractual sobre el punto, propio es concluir que dicho contratante no se sujetó a ella.*

*No obstante lo anterior, la aceptación por parte de los prometientes vendedores, a través de su diputado para recibir el pago, el Banco del Comercio, del abono final efectuado el 1º de septiembre de 1970, fecha en la que se completó la cantidad de $360.000.oo, cuando para ese momento ya debía estar cancelado el precio total ($575.000.oo), da a entender que el retardo del prometiente comprador, no significó para aquéllos el desquiciamiento del contrato, de lo que se sigue que dicho incumplimiento careció de la gravedad necesaria para derivar de él la resolución impetrada.*

*5.1.5. En lo que sí estuvieron de acuerdo las partes del proceso, fue en que la escritura pública mediante la cual se perfeccionaría la enajenación prometida no se confirió, como quiera que en la hora y fecha acordadas, ninguno de los contratantes compareció a la notaría donde debía suscribirse la misma.*

*Como se ve, se trató del incumplimiento recíproco y coetáneo de la obligación que cada uno de los extremos del negocio preparatorio tenía de otorgar, en favor del otro, el instrumento público contentivo de la venta que del inmueble sobre el que versó este asunto, harían los esposos Camacho – Hernández al señor Gustavo Chávez Matallana.*

*5.1.6. Según ya se analizó, siendo imputable tal omisión a las dos partes, cualquiera de ellas estaba habilitada para demandar a la otra, con el propósito de que se declarara la resolución del contrato que las vincula, de lo que se sigue, sin más, la vocación de éxito de que está asistida la pretensión que en tal sentido elevó el señor Francisco José Camacho Amaya, en su condición de prometiente vendedor.*

*5.2. Las excepciones.*

*5.2.1. Las mismas razones que determinaron el fracaso de la pretensión de pertenencia que el señor Chávez Matallana elevó en la demanda con la que dio inicio al presente asunto, sirven para despachar desfavorablemente la excepción que él denominó "PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DEL DOMINIO".*

*5.2.2. En acápite precedente de este fallo, quedó explicada la improcedencia de la excepción de contrato no cumplido, en el caso de las acciones de resolución contractual, cuando las dos partes del contrato bilateral han incumplido recíprocamente sus deberes convencionales.*

*De suyo que si dicha acción, parte del supuesto fáctico del doble incumplimiento, mal podría exigirse a su promotor que no se encontrara en esa situación, imposición que, por consiguiente, riñe con la naturaleza misma de esta especial acción.*

*5.2.3. Solamente el mutuo disenso expreso surte efectos inmediatos a su convención, en tanto que se trata de un acuerdo en el que quienes lo celebran, dejan sin efectos jurídicos un contrato previamente ajustado por ellos (art. 1602, C.C.).*

*Pero tratándose del mutuo disenso tácito, la efectiva extinción del acuerdo que con él se desata, solamente se produce una vez adquiere firmeza la sentencia judicial que lo declara.*

*Así las cosas, la excepción de "MUTUO DISENSO" planteada por el señor Chávez Matallana, toda vez que está soportada en el recíproco incumplimiento de la promesa de compraventa en cuestión por parte de quienes la celebraron, carece de asidero, pues, de un lado, ese comportamiento no denota, por sí solo, que fue el querer de ellos, desistir o abjurar del contrato y, de otro, porque así fuera cierto que su conducta post-contractual estuvo dirigida a ese fin, tal actuación, como acaba de anotarse, está desprovista del poder de invalidar automáticamente la referida convención.*

*5.2.4. La aducida "INEXISTENCIA DE LA ACCIÓN", en lo que resulta comprensible, habida cuenta la notoria falta de claridad de los argumentos que la sustentan, tampoco se avizora admisible, como quiera que, según se deduce, está dirigida a confutar que la resolución de un contrato pueda generar prestaciones mutuas, postura contraria a la naturaleza misma de este tipo de sanción, con la cual, como ya se explicó, se busca, entre otros objetivos, que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban, al momento de la celebración del respectivo contrato.*

*Por lo demás, ninguna mención cabe aquí al tema de la indemnización de perjuicios, en tanto que, habiendo mediado el recíproco incumplimiento del contrato por parte de ambas partes, ya se dijo, y ahora se reitera, que ninguna de ellas se encuentra en mora (art. 1609, C.C.) y que, por lo mismo, ninguna tiene derecho a exigir de la otra*

*el resarcimiento de los daños que hubiere podido haber padecido como consecuencia de la frustración del convenio (art. 1615, ib.).”*

De este modo, si para el caso que correspondió juzgar a la Corte como Tribunal de instancia al casar la sentencia del Tribunal, en cuanto no se podía haber declarado la resolución del contrato por mutuo disenso, pero sí asumió el estudio de la resolución del contrato propuesta como pretensión en la demanda de reconvención, en la que la parte contrademandante acusó a la demandante de ser incumplida, proclamándose la demandada cumplida sin serlo realmente, por lo que entró la Corte admitir que si ambas habían sido incumplidas, por analogía se podía atender la pretensión bajo el alero del artículo 1609 del Código Civil, para no dejar ese contrato allí congelado y sin acción resolutoria ni de cumplimiento, lo que resultaba verdaderamente insostenible, pudiéndose declarar su resolución teniendo como fuente el art. 1609 del Código Civil, claro está, pero sin indemnización de perjuicios;

Entonces, si en el caso que ahora examina el Tribunal ambos contratantes fueron incumplidos, pasa esa a ser una razón potísima para asumir esa misma hermenéutica y aplicar dicha sentencia fundacional de línea, decisión que permitirá hacer brindar al proceso una salida acorde a la justicia, porque no se sostiene que a pesar de que el demandante pagó el precio por el inmueble y por mucho que también haya sido incumplido por no acudir sin justa causa a la notaría, pueda sin ningún rubor deducirse que simplemente no ha lugar la resolución del contrato, cuando precisamente el artículo 1609 del Código Civil permite hacer una aplicación analógica y si ninguno de los contratantes está en mora por ser ambos contratantes incumplidos, de todas maneras se impone admitir que cualquiera de ellos podía demandar el cumplimiento o la resolución del contrato, se repite, pero sin ninguna clase de indemnización de perjuicios o condena distinta a las restituciones mutuas y así lo hará aquí el Tribunal.

**5.** Para ese cometido, se hace indispensable contrastar los dichos del demandante y demandada con las pruebas obrantes en el expediente para resaltar lo que nos interesa como demostrado:

**a)** El contrato de promesa de compraventa que obra en documento original (f. 1 al 4 c. 1) deja ver que la sociedad Unión Profesional SAS sigla UPL SAS, antes Unión Profesional Limitada, prometió venderle a Oscar Guzmán Valencia dos

inmuebles, siendo uno de ellos el apartamento 1701 y el otro el parqueadero 16 – ambos de la Torre I, pertenecientes al conjunto residencial Jardines de la Floresta, ubicado en Medellín en la calle 44c Nro. 94-54, cuyo precio ascendió a la suma de $68.000.000 que el promitente vendedor declaró recibidos, siendo pagados en su totalidad por el promitente cesionario (sic. Debe leerse el cedente), precio que resultó del cruce de cuentas entre los servicios prestados por el cedente Iván Darío Caycedo a la constructora, derecho que a la vez cedió éste al señor Oscar Guzmán Valencia, cesionario y promitente comprador aquí demandante, el cual a su vez pagó al cedente esa misma suma por la cesión de la posición contractual como se prueba con el PAZ Y SALVO expedido por Iván Darío Caycedo Salcedo (f. 121 c. 1).

**b)** No se aportaron los certificados de tradición de los inmuebles que ratifican la identificación del objeto del contrato prometido, sin embargo, eso no implica que no se hubieren construido los inmuebles y que por eso fueran inexistentes para la fecha del cumplimiento de la obligación, pues realmente no existió fue ninguna actividad probatoria en ese sentido de la parte demandante, además que confesó haberse cerciorado con sus sentidos que el proyecto urbanístico sí se construyó y estaba habitado, lo que demuestra su desidia para probar con documentos u otras pruebas la existencia de los inmuebles, aunque lo que aquí resulta determinante es la prueba sobre el mutuo incumplimiento, como prueba basilar para declarar la resolución del contrato y las restituciones mutuas.

**c)**. Si bien no se aportó documento que contuviera la certificación del Notario 26 de Medellín sobre la no comparecencia de los contratantes el 30 de diciembre del 2008 a las 3:30 p.m., de todas maneras, esa prueba se suple con la confesión del demandante y la no contestación de la demanda por parte de la empresa demandada.

**5.1.** De las pruebas que acaban de ser citadas se desprende que realmente tanto el demandante como la constructora demandada son contratantes incumplidos con su obligación de concurrir a la notaría el día y hora convenido para la celebración de la compraventa, incumpliéndose así por ambos la obligación principal de celebrar el contrato de compraventa, incumplimiento recíproco que habilita al Tribunal atender la pretensión del demandante para que se declare la resolución del contrato de promesa de compraventa y así se hará.

**5.2. Sobre las restituciones mutuas.** La misma sociedad demandada confesó en la cláusula TERCERA del contrato de promesa que ya había recibido el precio de parte del cedente. Esto es lo que se lee: *"PRECIO Y FORMA DE PAGO: El precio de los inmuebles que se prometen en venta, objeto del presente contrato, es por la suma de SESENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS M/L ($68'000.000) los cuales LA PROMITENTE VENDEDORA declara pagados y recibidos en su totalidad por parte EL PROMITENTE CESIONARIO, quien a su vez cede al PROMITENTE COMPRADOR, teniendo en cuenta que esta suma corresponde al saldo del valor del contrato de prestación de servicios profesiones independientes, cláusula tercera numeral 3, suscrito entre CONEDCO S.A. y EL PROMEITENTE CESIONARIO a los dos (02) días del mes de octubre de 2006. EL PROMITENTE COMPRADOR por su parte pagará al PROMITENTE CESIONARIO, la suma de SESENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS M.L ($68'000.000), para adquirir la cesión de los inmuebles descritos en la cláusula dsegunda del presente contrato de la siguiente forma: A) la suma de TREINTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS ($34.000.000) A LA FIRMA DE PRESENTE CONTRATO y B) la suma de TREINTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS M/L el día 13 de marzo de 2008.".*

Con esta prueba se confirma que el cedente ya había pagado el precio y estaba a paz y salvo respecto del precio de la compraventa, puesto que fue con un cruce de cuentas de los servicios profesionales por él prestados a la constructora que se hizo la compensación para deducir el pago, precio que a su vez pagó el cesionario al cedente en dos contados, pero ya esa relación entre ellos no afecta para nada a la constructora, razón por la cual no puede aceptarse que el demandante esté reclamando la restitución del pago desde las fechas que él pagó al cedente, cuando ya se dijo que esa clase de contrato produce efectos inmediatos y por eso la indexación va ordenarse desde el 13 de febrero del 2008 al día de hoy y a partir de la suma de $68.000.000.

Se anota también cómo por ahí mismo el cedente certificó que el cesionario y ahora promitente comprador estaba a paz y salvo por concepto del pago de la cesión de la posición contractual, de donde también se sigue que al pretenderse la resolución y como aquí se pagó el precio de los inmuebles prometidos en venta, entonces, habrá de reconocerse como prestación en favor del demandante la devolución del dinero que pagó al promitente vendedor que asciende a $68.000.000, que indexados desde el día 13 de febrero del 2008 al día de hoy, arroja un total de **$124.240.601** siendo esta la cantidad de dinero que la demandada deberá cancelar a la demandante una vez logre ejecutoria la presente sentencia, momento a partir del cual se causarán intereses comerciales de mora, como quiera que el presente negocio se califica como una promesa de compraventa mercantil.

Las costas de primera y segunda instancia estarán a cargo de la parte demandada, excepto respecto del codemandado Iván Darío Caycedo Salcedo porque no se causaron.

De esta manera, y por las razones brevemente expuestas, el ***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín***, Sala Undécima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**III. FALLA:**

**PRIMERO: SE REVOCA PARCIALMENTE** la sentencia apelada del 23 de octubre del 2015 proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Descongestión de Medellín y, en su lugar, respecto del ordinal Primero, frente al mutuo incumplimiento de los contratantes que no asistieron el día y hora señalado a la Notaría 26 de Medellín para celebrar la compraventa, se declara la resolución del contrato de promesa de compraventa; pero se **CONFIRMA** la decisión de absolver al codemandado Iván Caycedo Salcedo por falta de legitimación por pasiva.

**SEGUNDO:** Como restituciones mutuas se condena a la demandada Unión Profesional SAS sigla UPL SAS, antes Unión Profesional Limitada, a que pague en favor del demandante Oscar Guzmán Valencia el precio recibido por la compraventa que indexado asciende a la suma de **Ciento Veinticuatro Millones Doscientos Cuarenta Mil Seiscientos Un Pesos** ($124.240.601), cifra que se hace ejecutable a la ejecutoria de la presente sentencia, momento a partir del cual se generarán intereses moratorios comerciales.

**TERCERO:** Se **REVOCA** parcialmente el ordinal SEGUNDO de la sentencia para condenar en costas de primera y segunda instancia a la sociedad demandada Unión Profesional SAS Sigla UPL SAS, Antes Unión Profesional Limitada. Para el efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de **$1.000.000.00,** conforme al acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Fíjense las de primera por el *a-quo*.

Sin costas de segunda instancia frente al codemandado Iván Darío Caycedo Salcedo al no aparecer causadas.

**CUARTO:** Cumplida la ritualidad secretarial de rigor, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE**

**JULIÁN VALENCIA CASTAÑO**
**Magistrado**

**PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA**
**Magistrada**

**JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO**
**Magistrado**