



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

SC1209-2018

Radicación n° 11001-31-03-025-2004-00602-01

(Aprobado en sesión de veintiuno de marzo de dos mil dieciocho)

Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de dos mil dieciocho
(2018)

Decídese el recurso de casación interpuesto por Julia Cecilia Rojas de Bautista y Gonzalo Bautista Sandoval frente a la sentencia de 25 de agosto de 2011, proferida por la Sala Civil de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario que promovieron contra Arcelio Marín García y Jacqueline Ruiz Beltrán.

ANTECEDENTES

1. Al tenor de la demanda, los accionantes solicitaron se declare la resolución de la promesa de permuta suscrita por las partes el 7 de diciembre de 1999, en lo que aún no ha sido ejecutado por los promotores, ante el incumplimiento de los demandados, ordenándose a estos restituir la casa

ubicada en la carrera 51 n.º 173 – 49 de Bogotá y el apartamento 801 de la Etapa III del Interior 3 de la Agrupación de Vivienda Rafael Núñez ubicada en la calle 45 n.º 38 C – 04 de la misma ciudad; se proclame la resolución del contrato de compraventa plasmado en la escritura pública n.º 3810 otorgada el 21 de diciembre de 1999 en la Notaría 5ª de Bogotá, por medio del cual los peticionarios enajenaron a Jacqueline Ruiz Beltrán el predio ubicado en la carrera 51 n.º 173 – 49 de Bogotá; y que en consecuencia se condene a los enjuiciados a pagar los perjuicios que causaron a los reclamantes, debidamente indexados (folios 1 a 17, cuaderno 1).

2. Tales pretensiones tuvieron como sustento fáctico común el que a continuación se sintetiza:

2.1. Arcelio Marín García y Jacqueline Ruiz Beltrán, de un lado, y Julia Cecilia Rojas de Bautista y Gonzalo Bautista Sandoval, del otro, el 7 de diciembre de 1999 celebraron por escrito promesa de permuta, en la cual aquellos se comprometieron a enajenar a estos el apartamento 1004 de la torre 3 de la Avenida 19 n.º 131 A – 30 de Bogotá, que tenía un valor de \$235'000.000; en contraprestación los primeros recibirían \$75'000.000 en efectivo, la casa situada en la carrera 51 n.º 173 – 49 y el apartamento 801 de la etapa III del interior 3 de la Agrupación de Vivienda Rafael Núñez ubicada en la calle 45 n.º 38 C – 04, ambos de la misma ciudad.

2.2. Tal y como estaba convenido, los convocados suscribieron la escritura pública 4664 de 21 de diciembre de 1999 de la Notaría 37 de Bogotá, transfiriendo a los promotores el apartamento 1004 y lo entregaron físicamente; a su vez estos desembolsaron el dinero en efectivo que prometieron, firmaron la escritura pública 3810 el 21 de diciembre de 1999 en la Notaría 5ª de Bogotá enajenando la casa de la carrera 51 con calle 173 y entregaron la posesión de ésta y del apartamento 801.

2.3. La escritura pública que perfeccionara el traspaso del apartamento 801 no fue signada, porque en la promesa de permuta se acordó que lo harían un año después, esto es, el 14 de diciembre de 2000, plazo durante el cual Julia Cecilia Rojas de Bautista y Gonzalo Bautista Sandoval cancelarían el gravamen hipotecario sentado a favor de la Caja de Vivienda Militar.

2.4. La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá devolvió sin inscribir la escritura pública 4664 de 21 de diciembre de 1999 de la Notaría 37 de Bogotá, porque el inmueble objeto de esa convención fue embargado con anotación sentada el 18 de febrero de 2000, por cuenta del Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá, para el proceso ejecutivo con garantía real iniciado por la Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena contra todos los propietarios de los apartamentos que integran el edificio, así como contra la constructora que lo levantó, Inversiones La Calleja Ltda., con base en la hipoteca de mayor extensión que ésta constituyó.

2.5. Arcelio Marín García y Jacqueline Ruiz Beltrán fueron requeridos en múltiples ocasiones para que solucionaran tal inconveniente, a lo que se comprometieron; sin embargo, trascurrieron dos años en los que omitieron dicho deber, lo que motivó a los esposos Bautista, el 14 de diciembre de 2000, a abstenerse de otorgar la escritura pública de enajenación del apartamento 801 de la etapa III del interior 3 de la Agrupación de Vivienda Rafael Núñez.

2.6. La inminencia del juicio ejecutivo impulsó a la pareja Bautista a negociar con la Corporación Colmena la desafectación del apartamento 1004 -con la aquiescencia de los ejecutados-, mediante el pago de \$75'000.000, que fueron desembolsados por aquellos y dio lugar al levantamiento del embargo, al desistimiento de la ejecución en relación con Arcelio Marín García y Jacqueline Ruiz Beltrán, así como a la posterior inscripción de la escritura pública 4664 de 21 de diciembre de 1999 de la Notaría 37 de Bogotá en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

2.7. Afirman los accionantes que los demandados incumplieron la promesa de permuta porque no se perfeccionó la tradición del apartamento 1004 de la torre 3 de la Avenida 19 n.º 131 A – 30 de Bogotá hasta tanto no fue desembargado, gracias al pago asumido por aquellos; también quebrantaron la compraventa contenida en la escritura 4664, pues en ésta manifestaron que dicho inmueble estaba libre de gravámenes y pleitos.

2.8. Incluso, los enjuiciados actuaron de mala fe porque: *i)* conocían de la hipoteca de mayor extensión que pesaba sobre el apartamento 1004, a favor de la Corporación Colmena, pues así quedó consignado en el contrato con el que ellos adquirieron tal bien; *ii)* este fue cautelado en un juicio ejecutivo; *iii)* mientras solicitaron plazo para desembargarlo, con el propósito de impedir la resolución de la promesa de permuta, veladamente enajenaron a favor de terceras personas la casa de la carrera 51 con calle 173, con la escritura pública 2177 de 31 de mayo de 2000 de la Notaría 19 de Bogotá; *iv)* negaron la devolución de la posesión del apartamento 801 de la Agrupación de Vivienda Rafael Núñez, que tenía un valor similar al que fue cancelado a la Corporación Colmena, y por el contrario lo arrendaron por \$500.000 mensuales; *v)* e instauraron juicio ejecutivo por obligación de hacer, con el fin de que los acá demandantes les traspasaran éste último inmueble, entre otras pretensiones.

2.9. Julia Cecilia Rojas de Bautista y Gonzalo Bautista Sandoval no incumplieron la promesa de permuta el 14 de diciembre de 2000, pues tenían justificación para omitir la suscripción del contrato por medio del cual enajenarían el apartamento 801 de la etapa III del interior 3 de la Agrupación de Vivienda Rafael Núñez, ya que previamente sus contendores habían deshonorado aquel convenio.

2.10. A la fecha Arcelio Marín García y Jacqueline Ruiz Beltrán siguen incumpliendo en tanto fue debido a la gestión de los accionantes que se logró desembargar el apartamento

1004; y no han asumido el pago de los perjuicios que causaron.

3. Una vez vinculados al pleito, los encartados al unísono se resistieron a todas las pretensiones y propusieron la excepción meritoria de «*ausencia de causa para demandar*», aduciendo que se opusieron a la ejecución iniciada por la Corporación Colmena, en razón de que no otorgaron los pagarés en que se basó tal juicio, los que además fueron diligenciados por el acreedor sin autorización de Inversiones La Calleja Ltda.; y porque respecto de ellos se aceptó el desistimiento de la ejecución, lo que significa «*que fueron acogidas las excepciones*», al punto que a la fecha de presentación de la demanda de resolución los esposos Bautista ya habían obtenido la tradición del apartamento 1004 (folios 160 a 169, *ibídem*).

4. El Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá, con sentencia de 19 de febrero de 2010, declaró probada la defensa perentoria propuesta por los accionados y negó todas las peticiones de la demanda (folios 393 a 402).

5. Al resolver la alzada interpuesta por los convocantes, el superior confirmó la decisión (folios 62 a 74, cuaderno 3).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El juzgador *ad quem* inicialmente precisó que estaban cumplidos los presupuestos procesales, no existía vicio capaz de invalidar lo actuado, recordó el efecto de las obligaciones

derivadas de un contrato bilateral y determinó que la promesa de permuta base de la acción reúne las exigencias previstas en el artículo 89 de la ley 153 de 1887.

Seguidamente, citando doctrina de esta Corte (SC de 29 de nov. 1978), coligió que los demandantes no podían deprecar la resolución del pacto prometedora, porque ellos también lo incumplieron, comoquiera que no otorgaron la escritura pública con la que enajenarían el apartamento 801 de la etapa III del interior 3 de la Agrupación de Vivienda Rafael Núñez.

También señaló que el previo incumplimiento de los demandados no justifica la omisión de los peticionarios, porque así no fue convenido y por cuanto la entrega del apartamento 801 era parte del precio pactado en la promesa de permuta.

Por último, concluyó que era inviable la segunda pretensión, tendiente a obtener la resolución del contrato de compraventa contenido en la escritura pública n.º 3810 otorgada el 21 de diciembre de 1999 en la Notaría 5ª de Bogotá, porque este convenio no quedó demostrado, así como en razón a que nada se argumentó en la demanda o en alguna otra etapa del proceso respecto de esa súplica.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Tres cargos fueron planteados en el escrito de sustentación (folios 14 a 40, cuaderno 4), de los cuales la

Corte admitió los dos primeros, que serán decididos conjuntamente en la medida en que se fundan en alegaciones similares y, por ende, su resolución también se vale de consideraciones comunes.

CARGO PRIMERO

1. Al amparo de la causal inicial de casación prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, adujo la vulneración, por vía directa, de los artículos 1546, 1602 y 1609 del Código Civil, «*por interpretación errónea*».

2. En su desarrollo los recurrentes argumentaron que la jurisprudencia citada por el juez *ad-quem* fue descontextualizada, porque en tal pronunciamiento lo que se concluyó es que quien respetó un contrato, se allanó a cumplirlo o no lo hizo, sí puede deprecar la resolución judicial del pacto, salvo que esté en mora, la que en el *sub lite* no se configuró.

Así mismo, en tanto existen más decisiones emanadas de la Corte Suprema de Justicia, anteriores y posteriores a las invocadas en el fallo atacado -las cuales transcribieron-, en las que fue precisado el alcance de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, al señalar que cuando las obligaciones de las partes deben cumplirse de forma escalonada, quien inicialmente desacata lo convenido no puede demandar la resolución de la alianza ni proponer la excepción de contrato no cumplido, según sea el caso; al paso que su contendor sí

puede hacerlo aun cuando no haya cumplido excusado en la previa infracción del otro extremo negocial.

Por ende, fue trascendente el error interpretativo del Tribunal respecto de los aludidos mandatos legales, porque a partir de esa falencia coligió la desestimación de la acción.

SEGUNDO CARGO

Al amparo de la primera causal de casación prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia de segunda instancia de conculcar rectamente los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, por falta de aplicación, en concordancia con los precedentes judiciales de 12 de agosto de 1974, 29 de noviembre de 1978, 5 de noviembre de 1979, 31 de mayo de 2010 y 10 de junio de 2011 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, los cuales tienen fuerza vinculante conforme a la jurisprudencia constitucional (sentencias C-836 de 2001, C-539 y C-634 de 2011 Corte Constitucional).

En sustento de dicha censura los reclamantes reiteraron los argumentos expuestos en el cargo precedente, con reproducción, en lo pertinente, de las sentencias aludidas.

Y agregaron que el Tribunal dejó de aplicar la línea jurisprudencial relativa a la acción resolutoria, en franca rebeldía, no obstante constituir fuente formal de derecho, como actualmente lo tiene decantado el ordenamiento

jurídico, lo que evidencia el error hermenéutico del juzgador colegiado, que basta para quebrar su determinación.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión de primer orden es precisar que a pesar de entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso desde el 1º de enero de 2016, al *sub lite* no resulta aplicable por consagrar, en el numeral 5º de su artículo 625, que los recursos interpuestos, entre otras actuaciones, deben surtirse empleando «*las leyes vigentes cuando se interpusieron*».

Y como el que ahora ocupa la atención de la Sala fue iniciado bajo el imperio del Código de Procedimiento Civil, será este ordenamiento el que siga rigiéndolo, por el principio de la ultractividad de la vigencia de la ley en el tiempo.

2. La transgresión del ordenamiento sustancial por vía directa ocurre cuando el juzgador incurre en falsos juicios, bien sea porque no tuvo en cuenta los preceptos legales que gobernaban el caso, aplicó unos completamente ajenos o, a pesar de haber acertado en su selección, les dio un alcance que no tienen.

De allí que tal senda excluya cualquier debate relacionado con los aspectos fácticos establecidos por el juzgador y los medios de convicción que le sirvieron de base, por tratarse de una causal de pleno derecho.

Como en reiteradas oportunidades lo ha advertido la Corte:

‘...Corresponde, por ende, a una causal de pleno derecho, encaminada a develar una lesión producida durante el proceso intelectual que realiza el fallador, por acción u omisión, en la labor de escogencia y exégesis de la regulación que considera aplicable, con un resultado ajeno al querer del legislador (...) En tal sentido ha precisado la Corte que la ‘violación directa de las normas sustanciales, que como motivo de casación contempla la causal primera del artículo 368 ibídem, acontece cuando el sentenciador, al margen de toda cuestión probatoria, deja de aplicar al caso controvertido la disposición sustancial a que debía someterse y, consecuentemente, hace actuar las que resultan extrañas al litigio, o cuando habiendo acertado en la disposición rectora del asunto, yerra en la interpretación que de ella hace...’ (SC, 17 de nov. 2005, rad. 7567, reiterada SC, 15 de nov. 2012, rad. 2008-00322).

3. Es punto pacífico en el caso de autos que la inscripción del contrato prometido por los demandados no fue cumplida oportunamente, pues la tradición del apartamento 1004 de la torre 3 de la Avenida 19 nº 131 A – 30 de Bogotá, que enajenaron mediante la escritura pública 4664 de 21 de diciembre de 1999 de la Notaría 37 de la misma ciudad, sólo fue cumplida una vez se obtuvo su desembargo por acción directa de los demandantes.

Tampoco fue objeto de disenso la conclusión del Tribunal según la cual los reclamantes, a su vez, el 14 de diciembre de 2000 omitieron su obligación de traspasar el apartamento 801 de la etapa III del interior 3 de la Agrupación de Vivienda Rafael Núñez de Bogotá, convencidos de que el desacato previo de sus contendores los justificaba.

Ciertamente, nótese que esas conclusiones de las que partió el juzgador de última instancia no fueron debatidas, al punto que los recurrentes dirigieron sus cargos en casación por la vía directa, camino en el cual se acepta íntegramente la situación fáctica que estableció el fallador.

Es que, tiene dicho la Sala, cuando se invoca la afectación por senda recta de la ley sustancial es necesario partir de la aceptación íntegra de los hechos tenidos por acreditados en el fallo, sin que exista campo para disentir de la valoración ni de los medios de convicción recaudados, por cuanto la crítica debe estar dirigida a derruir los falsos raciocinios respecto a las normas sustanciales que gobiernan el caso, bien sea porque el Tribunal no las tuvo en cuenta, se equivocó al elegirlas o, a pesar de ser las correctas, les da un entendimiento ajeno a su alcance.

Al respecto ha establecido la Corte que:

al acudir en casación invocando la violación directa de la ley sustancial, se debe partir de la aceptación íntegra de los hechos tenidos por probados en la sentencia, sin que se permita plantear inconformidad alguna relacionada con los medios de convicción recaudados, debiéndose limitar la formulación del ataque a establecer la existencia de falsos juicios sobre las normas sustanciales que gobiernan el caso, ya sea por falta de aplicación, al no haberlas tenido en cuenta; por aplicación indebida, al incurrir en un error de selección que deriva en darles efectos respecto de situaciones no contempladas; o cuando se acierta en su escogencia pero se le da un alcance que no tienen, presentándose una interpretación errónea (CSJ SC 24 abr. 2012, rad. n.º 2005-00078).

Partiendo de tales supuestos de hecho, síguese al estudio de los cargos expuestos por los reclamantes y admitidos por esta Corporación.

4. En tratándose de contratos bilaterales, el artículo 1546 del Código Civil consagra la condición resolutoria tácita, que consiste en la facultad a favor del contratante cumplido para pedir la resolución o el cumplimiento del pacto, en uno y otro caso, con indemnización de perjuicios, frente al extremo contrario del negocio que no respetó las obligaciones que adquirió.

Así lo tiene adocctrinado la Sala al señalar que:

En el ámbito de los contratos bilaterales y en cuanto toca con la facultad legal que, según los términos del artículo 1546 del Código Civil, en ellos va implícita de obtener la resolución por incumplimiento, hoy en día se tiene por verdad sabida que es requisito indispensable para su buen suceso en un caso determinado, la fidelidad a sus compromisos observada por quien ejercita esa facultad habida cuenta que, como lo ha señalado la Corte, el contenido literal de aquél precepto basta para poner de manifiesto que el contratante incumplido utilizando el sistema de la condición resolutoria tácita, no puede pretender liberarse de las obligaciones que contrajo.

Es preciso entender, entonces, que no hay lugar a resolución de este linaje en provecho de aquella de las partes que sin motivo también ha incurrido en falta y por lo tanto se encuentra en situación de incumplimiento jurídicamente relevante, lo que equivale a afirmar que la parte que reclama por esa vía ha de estar por completo limpia de toda culpa, habiendo cumplido rigurosamente con sus obligaciones, al paso que sea la otra quien no haya hecho lo propio, de donde se sigue que "...el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor..." (CSJ SC de 7 mar. 2000, rad. n.º 5319).

Por ende, como regla general y en tratándose de compromisos que deben ejecutar las partes

simultáneamente, es menester, para el buen suceso del reclamo del demandante, que este haya asumido una conducta acatadora de sus débitos, porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria prevista en el aludido precepto, en concordancia con la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) regulada en el canon 1609 de la misma obra, a cuyo tenor ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Ahora, 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.

Así lo tiene señalado la Corte de antaño, al analizar la excepción de marras, en fallo que se transcribe en extenso porque fue el que sirvió de base al juez *ad-quem* para desestimar las pretensiones de los promotores en el *sub judice*:

(...) indispensable determinar con claridad y precisión la estructura y el mecanismo de ese medio de defensa: es suficiente que quien pide la resolución del contrato no haya cumplido ni allanándose a cumplir sus propias obligaciones en la forma pactada, o se requiere que éstas o las del otro contratante guarden entre sí determinada relación, sin la cual la excepción no es procedente?

El punto es de suma trascendencia, porque si ambos contratantes incumplen y en tal evento ninguno puede lograr ni la resolución ni el cumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicios, el contrato quedaría definitivamente estancado, perdiendo su exigibilidad las recíprocas obligaciones que ha generado.

Semejante solución, inaceptable desde todo punto de vista, hace caso omiso de la tradicional estructura que tiene la responsabilidad de cada uno de los contratantes, independientemente considerados, a más de que establece desacertadamente una especie de modo, no de extinción, pero sí de suspensión indefinida e insalvable de los efectos que naturalmente tienen las mutuas obligaciones.

(...)

El deudor demandando no está en mora si, por una parte, no ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor -salvo que la obligación sea a término o de ejecución exclusivamente dentro de cierto tiempo hábil-, o si, por otra parte, él ha dejado de cumplir con apoyo en que el acreedor demandante tampoco cumplió ni se allanó a hacerlo en la forma y tiempo debidos.

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 tiempo debidos”.

Varias hipótesis pueden presentarse:

PRIMERA.- El demandante cumplió sus obligaciones. Es claro que no cabe aquí la excepción de contrato no cumplido.

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.

TERCERA.- El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, y el demandado, que debía cumplir después de aquel según el contrato, tampoco ha cumplido ni se allana a hacerlo, PORQUE el demandante no lo hizo previamente como debía. En esta hipótesis sí puede el demandado proponer con éxito la excepción de contrato no cumplido.

CUARTO.- Demandante y demandado tenían que cumplir simultáneamente, es decir que sus mutuas obligaciones eran exigibles en un mismo momento, “dando y dando”.

(...)

El texto del artículo 1609 no puede pues apreciarse en el sentido de que el contratante que no cumple fracasa siempre en su pretensión de que se resuelva el contrato. Si así se lo entendiera, sin distinguir las varias hipótesis que puedan presentarse,

entonces sería forzoso concluir que la resolución del contrato bilateral, prevista en el artículo 1546, no tiene cabida en sinnúmero de eventos en que sí la tiene: todos aquellos en que el demandado tenía que cumplir sus obligaciones antes que el demandante, o que teniéndolas que cumplir al mismo tiempo que las de éste, sólo el demandante ofreció el pago en la forma y tiempo debidos, o ninguno lo ofreció simplemente porque ni uno ni el otro concurrieron a pagarse. El ejercicio de la acción resolutoria no se limita al caso de que el demandante haya cumplido ya e intente, en virtud de la resolución, repetir lo pagado; se extiende también a las hipótesis en que el actor no haya cumplido ni se allanó a cumplir porque a él ya se le incumplió y por este motivo legítimamente no quiere continuar con el contrato.

No es siempre necesario que el contratante que demanda la resolución con indemnización de perjuicios haya cumplido o se allane a hacerlo. Puede negarse, en los casos ya explicados, a cumplir si todavía no lo ha hecho y no está dispuesto a hacerlo porque el demandado no le cumplió previa o simultáneamente. Por el contrario, el que pide el cumplimiento con indemnización de perjuicios sí tiene necesariamente que allanarse a cumplir él mismo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en aquel primer caso, en que el contrato va a DESAPARECER por virtud de la resolución impetrada, y con él las obligaciones que generó, en el segundo va a SOBREVIVIR con la plenitud de sus efectos, entre ellos la exigibilidad de las obligaciones del demandante, las que continuarán vivas y tendrán que ser cumplidas a cabalidad por éste. (CSJ SC de 29 nov. 1978, en igual sentido SC de 4 sep. 2000 rad. n.º 5420, SC4420 de 2014, rad. n.º 2006-00138, SC6906 de 2014, rad. n.º 2001-00307-01, entre otras).

Así las cosas, el contratante que primero vulneró la alianza queda desprovisto de la acción resolutoria, mientras que su contendor sí la conserva a pesar de que también dejó de acatar una prestación, siempre que su actuar se encuentre justificado en su inexigibilidad por la previa omisión de aquel.

Igualmente, si la pretensión invocada no es la resolutoria sino la de cumplimiento del pacto, quien así lo demanda requiere haber honrado sus compromisos o

haberse allanado a hacerlo, aun en el supuesto de que su contraparte no lo haya hecho previamente.

En resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió, así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; mientras que si de demandar la consumación del pacto se trata, sólo podrá hacerlo el negociante puntual o que desplegó todos los actos para satisfacer sus débitos, con independencia de que el otro extremo del pacto haya atendido o no sus compromisos, aun en el supuesto de que estos fueran anteriores.

De lo dicho se desprende, como lo aducen los cargos bajo estudio, que el Tribunal erró en la aplicación de los cánones 1546 y 1609 del Código Civil, porque asumió, sin más miramiento, que sólo puede solicitar la resolución del acuerdo de voluntades quien ejecutó todas las obligaciones asumidas, es decir, sin detenerse en que las prestaciones de las partes en el presente litigio tenían que ser honradas en forma escalonada o sucesiva.

En efecto, esa Colegiatura expuso que los convocantes *«reconocieron que ‘...no han materializado el otorgamiento de la escritura pública respecto del inmueble con el folio de matrícula inmobiliaria 50C-1310125, ni se allanaron a hacerlo, por cuando los demandados debían cumplir previamente las obligaciones a su cargo...’ (...), circunstancia*

esta última que, dicho sea de paso, no constituye una justificación válida para que los promitentes compradores se apartaran de darle cumplimiento al deber impuesto en el literal c de la cláusula cuarta del contrato de promesa de permuta (...), no sólo porque tal conducta no estaba prevista en ninguna de las estipulaciones contractuales, sino porque la transferencia del dominio de ese bien era parte del precio convenido en el contrato. (...) En consecuencia, resulta irrelevante establecer si en efecto los demandados incumplieron con la obligación de entregar el inmueble prometido en venta libre de gravámenes, si otorgaron o no la correspondiente escritura pública, toda vez que la desidia de aquellos no avalaba el comportamiento omisivo de los actores frente a las cláusulas contractuales, pues, como ya se indicó, ello marcaba el fracaso de sus pretensiones tendientes a la disolución del contrato de promesa en cuestión y la correlativa indemnización de perjuicios.»

Sin embargo, ese presupuesto extrañado por el fallador de última instancia es indispensable únicamente cuando se demanda el cumplimiento del contrato, como ya se anotó; porque si lo deprecado es su resolución, al demandante le basta con haber acatado los compromisos que adquirió hasta el momento en que su contendor desatendió los suyos, en razón a que de allí en adelante las demás obligaciones de aquel carecieron de exigibilidad y, en consecuencia, no puede afirmarse que omitió allanarse a cumplir, pues lo hizo respecto de las cargas que cobraron exigibilidad.

Así las cosas, era innecesario que los peticionarios suscribieran la escritura pública programada para el 14 de diciembre de 2000, como erradamente lo afirmó el juez *ad-quem*, porque ello es tanto como exigirles el cumplimiento íntegro de sus compromisos, sin parar mientes en que las obligaciones fueron pactadas para ser satisfechas en momentos diferentes -no simultáneos- y que el otro extremo del negocio previamente había desacatado sus deberes.

Dicho con otras palabras, exigir el requisito pedido por el Tribunal es tanto, ni más ni menos, como desconocer la reglamentación alusiva a los contratos sinalagmáticos, cuando las prestaciones que deben acatar los negociantes tienen momentos diferenciados de cumplimientos y cuando una de ellas desatendió una o varias de las adquiridas, razón que permite a la otra abstenerse de acatar las propias.

Tampoco era menester, como lo exigió el juez colegiado, la existencia de cláusula alguna en la promesa que estableciera cuándo una de las partes podía justificar la desatención de sus compromisos, porque ello equivale a dejar de aplicar el artículo 1546 del Código Civil que precisamente regula la condición resolutoria *tácita*, así como la excepción de contrato no cumplido que encuentra asidero en el canon 1609 *idem*.

En otros términos, requerir una estipulación de dicho tenor es tanto como hacer a un lado que estos preceptos legales se entienden implícitos.

Entonces, ocurrió la vulneración del ordenamiento sustancial denunciada en el libelo extraordinario, producto de la errada interpretación de los preceptos de esa estirpe invocados en el libelo de casación.

5. No obstante lo anterior, el fallo fustigado no habrá de casarse, pues lo cierto es que la acción resolutoria estaba conminada al fracaso, aunque por motivaciones diversas a las expuestas por el fallador colegiado, de donde las censuras bajo estudio carecen de la trascendencia necesaria para que esta Corporación acceda al recurso extraordinario.

Sobre el tema, la Sala ha expresado:

A tono con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, tiene establecido la jurisprudencia vernácula de la Corte que dicho medio de impugnación, no obstante habilitarse frente a aquellas sentencias que, como resultado de errores (...) resultan infringiendo la ley sustancial, no constituye una instancia más en la que pueda intentarse una aproximación al litigio, de suerte que, tratándose de la causal primera y cuando se acusa al fallador de haber incurrido en ese tipo de yerros, será necesario que el recurrente demuestre (...) que la equivocación (...) es trascendente, “esto es, influyente o determinante de la decisión ilegal o contraria a derecho; lo cual, descarta, entonces, según lo tienen entendido jurisprudencia y doctrina, aquellos errores inocuos o que no influyen de manera determinante en lo dispositivo de la sentencia, porque su reconocimiento ningún efecto práctico produciría” (cas. civ. de octubre 20 de 2000; exp: 5509), por lo menos frente al cometido de la Corte de proveer a la realización del derecho objetivo que, en esa hipótesis, no se vería lesionado. (CSJ S-158 de 2001, rad. nº 5993).

6. En el *sub judice*, está acreditado que la inscripción del contrato prometido por los demandados no fue cumplida oportunamente, porque la tradición del apartamento 1004 de la torre 3 de la Avenida 19 nº 131 A – 30 de Bogotá, enajenado

mediante la escritura pública 4664 de 21 de diciembre de 1999 de la Notaría 37 de la misma ciudad, se logró una vez obtenido su desembargo.

En efecto, obra en autos certificado de tradición y libertad correspondiente a la matrícula inmobiliaria n.º 50N-20280452 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, el cual demuestra que el 18 de febrero de 2000 fue embargado el apartamento 1004 mencionado a espacio (anotación n.º 5), por orden del Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del juicio ejecutivo hipotecario de la Corporación Colmena contra Arcelio Marín García y Jacqueline Ruiz Beltrán (folios 83 a 84, cuaderno 1).

Ese mismo documento, que reviste autenticidad por mandato del inciso inicial del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, da cuenta de que el levantamiento de la aludida cautela se produjo el 12 de marzo de 2002 (anotación n.º 6), con la inscripción de la misiva que en tal sentido envió el despacho judicial mencionado; así como que la hipoteca fue cancelada el 30 de agosto siguiente (anotación n.º 8).

Igualmente, los demandantes arrimaron al expediente copia autenticada del recibo de caja n.º 6644217 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, de fecha 18 de febrero de 2000, que prueba el pago de los derechos de inscripción de la escritura pública 4664 de 21 de diciembre de 1999, asiento que no llegó a buen término.

Los reclamantes también aportaron copia autenticada del Acuerdo de pago que celebraron con Colmena, el 25 de enero de 2002, el que relata los antecedentes del proceso ejecutivo mencionado y denota el compromiso asumido por Gonzalo Bautista Sandoval de cancelar \$75'000.000 en varias cuotas, que fueron satisfechas según se muestra con recibos e instrumentos autenticados (folios 106 a 110).

De otro lado, los demandados manifestaron, con fuerza de confesión al contestar el hecho 4º de la demanda (art. 197 C.P.C.), que se truncó el primer intento de registro de tal escritura pública por la aludida medida cautelar, lo que justifican afirmando que ellos no eran deudores personales de la Corporación Colmena, no constituyeron la hipoteca que esa entidad financiera hizo valer judicialmente y que *«(s)i existe una hipoteca, es en mayor extensión pero no de una obligación de carácter real sobre el apartamento en concreto»* (folio 164, cuaderno 1).

A lo anterior se agrega que en contra de los demandados pesan dos indicios: el primero grave por su inasistencia injustificada a la audiencia celebrada en los términos del artículo 101 de la obra citada (parágrafo 2º, numeral 2º); y el segundo por su conducta procesal (art. 249 *ibídem*), habida cuenta que una vez contestaron el libelo introductor del litigio se desentendieron por completo de la causa, al punto que no radicaron otro memorial a lo largo del litigio, es decir, abandonaron por completo el pleito.

Dicho acervo probatorio, valorado en conjunto, muestra que, como lo alegaron los demandantes, sus contendores Arcelio Marín García y Jacqueline Ruiz Beltrán incumplieron la promesa de permuta, toda vez que aun cuando otorgaron el contrato prometido, no efectuaron la tradición del bien objeto de esas convenciones en la oportunidad debida, pues sólo vino a consolidarse dos años después, con ocasión del pago asumido por los adquirentes en favor de la Corporación Colmena.

Es decir, que a pesar de que prometieron entregar el bien libre de gravámenes y pleitos, ocurrió todo lo contrario porque sobre él pesaba una hipoteca y el embargo decretado en el juicio en el cual esa garantía se hizo valer.

En suma, el incumplimiento endilgado a los enjuiciados quedó plenamente acreditado.

7. Sin embargo, los demandantes también aceptaron, con fuerza de confesión (art. 197 C.P.C.), que obtuvieron la tradición tras el pago que hicieron de la deuda motivante del embargo del apartamento 1004; así como la cancelación de la aludida hipoteca.

Ciertamente así lo expusieron en el hecho 10º de su demanda, lo que aparece corroborado con el certificado de tradición y libertad del predio, valorado en esta providencia, en el que están inscritas la escritura pública 4664 de 21 de diciembre de 1999, según anotación nº 7 del 13 de marzo de

2002; y la abolición de la hipoteca el 30 de agosto siguiente, anotación n.º 8.

Por consecuencia, se alcanzó la satisfacción de la tradición y la entrega del predio libre de gravámenes, aunque derivara de la intervención de los demandantes y después de dos años de tardanza de los accionados, razón para desvirtuar la resolución pedida, habida cuenta que deja al descubierto la carencia de interés resolutorio de los promotores para la fecha en que incoaron la presente acción, ante la ejecución del contrato con su beneplácito, al margen de que fuera extemporánea.

Así lo adoctrinó al Sala en consideraciones aplicables al caso, *mutatis mutandi*, al aducir:

«... esta Corporación no le ha negado al cumplimiento tardío, el efecto resolutorio previsto en el artículo 1546 del Código Civil, pues al respecto ha dicho que ‘... independientemente de la fuente legal o convencional que tenga, la resolución no puede ser declarada en sede judicial, sino en la medida en que sea rendida prueba concluyente, de esa situación de hecho antijurídica que es el incumplimiento el que, por principio, se produce ante cualquier desajuste entre la prestación debida y la conducta desplegada por el obligado, desajuste que a su vez puede darse bajo una cualquiera de las tres modalidades que con el propósito de definir las causas posibles que dan lugar al resarcimiento de perjuicios en el ámbito contractual, describe el artículo 1613 del Código Civil, refiriéndose al incumplimiento propio o absoluto, al cumplimiento imperfecto que también suele denominarse ‘incumplimiento impropio’ y en fin, al cumplimiento tardío o realizado por fuera de la época oportuna’ (Casación del 26 de enero de 1994). Esto es, que atendiendo autorizados criterios que conjugan acertadamente el efecto particularmente vinculante de los contratos con el interés que en ellos depositan los contratantes, debe inferirse que el cumplimiento tardío de la prestación no ataja la acción resolutoria cuando el plazo pactado es esencial al negocio, o su incumplimiento apareja la frustración del fin práctico perseguido por ellos, o, en general, cuando surja para el afectado un interés justificado en su aniquilación, pues de no ser así se propiciarían

enojosas injusticias y se prohijaría el abuso del derecho de los contratantes morosos.

*En consecuencia, (...) lo cierto es que imperativos de justicia y de repulsión al abuso del derecho, llevarían de cualquier modo a considerar que cuando el plazo pactado es esencial al negocio, o cuando su infracción acarrea la decadencia del fin práctico perseguido por las partes, o, en general, cuando surja para el afectado un razonable interés en la resolución del mismo, el cumplimiento retardado no puede enervar la acción resolutoria, **a menos claro está, que éste lo hubiese consentido o tolerado.**» (CSJ SC de 21 sep. 1998, rad. n.º 4844).*

En otros términos, desapareció la facultad para reclamar la resolución que yacía en los accionantes, como contratantes cumplidos, porque con su consentimiento fue ejecutada la prestación que añoraban, aunque de manera tardía.

La razón que de ser de dicha mutación, esto es, poseer potestad resolutoria con base en el incumplimiento de su contraparte a estar desprovisto de ella, deriva del consentimiento que expresaron para que fuera acatada la promesa de permuta de forma atrasada, al punto que actuaron activamente para alcanzar este resultado.

Por ende, la resolución deprecada en la primera pretensión del libelo genitor del litigio era inviable, puesto que la infracción en que incurrieron los demandados fue subsanada con posterioridad y con el consentimiento de los reclamantes, mas no porque hubiera existido incumplimiento mutuo como desacertadamente lo consideró el juez *ad-quem*.

Consecuentemente, al margen del yerro argumentativo cometido por el juzgador de última instancia, lo cierto es que la acción resolutoria no era próspera.

Igual sucede en relación con la segunda pretensión, como quiera que fue desestimada por el Tribunal tras señalar que el convenio objeto de la misma no fue demostrado, y que nada se argumentó en la demanda o en alguna otra etapa del proceso respecto de esa súplica; conclusiones que no fueron materia de censura por los demandantes, al punto que sus reclamos por vía extraordinaria estuvieron dirigidos, únicamente, a derruir la decisión adoptada por el fallador de segunda instancia respecto de las demás solicitudes del libelo.

Es más, una revisión de la situación fáctica devela que era otra acción la que estaba al alcance de los prometientes adquirentes para alcanzar el desagravio pretendido, pues en su condición de compradores, dueños tras el registro de la escritura pública de venta n.º 4664 de 21 de diciembre de 1999 de la Notaría 37 de Bogotá, surgía para los vendedores la obligación de saneamiento prevista en el artículo 1895 del Código Civil, a cuyo tenor *«(e)l vendedor es obligado a sanear al comprador todas las evicciones que tengan una causa anterior a la venta, salvo en cuanto se haya estipulado lo contrario»*; máxime si *«lo dispuesto en el artículo anterior y en los siguientes a éste, es aplicable también al comprador que para poder excluir la cosa comprada de una ejecución o un concurso de acreedores contra un tercero, o para recobrar la posesión de la misma cosa, cuando la ha perdido sin su culpa,*

tiene que presentarse como demandante en el juicio correspondiente» (art. 1900 ídem).

Así lo tiene explicado la doctrina especializada, al señalar:

Alessandri, aunque no enfoca el problema desde este punto de vista, dice con ocasión del estudio de lo que debe entenderse por “causa anterior a la venta”, que son evicciones provenientes de una causa de tal especie: “a) La existencia de servidumbres o hipotecas u otros derechos análogos existentes” en el momento de la venta (...). De todo lo dicho se desprende que las cargas y gravámenes ocultos pueden ser considerados como un caso de evicción parcial, sin perjuicio de que en el hecho pueda estarse ante un verdadero vicio oculto, y así deba declararse.¹

Incluso, nada impedía a los reclamantes hacer uso de una maniobra coactiva derivada de la subrogación que operó, tras el pago de la acreencia que verificaron en favor del acreedor hipotecario de sus vendedores, conforme al artículo 1668 de la obra en cita, según el cual «(s)e efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aun en contra de la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio: (...) 2º. Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado».

Es que «(...) el evento previsto en el ord. 2º del art. 1668 C.C. queda circunscrito, por lógica y por su propia redacción, a los casos de título oneroso (compraventa dice el texto, y por extensión analógica llegaría a la permutación, la dación en pago y la aportación a sociedad o asociación de utilidad

¹ Álvaro Pérez Vives, *Compraventa y permuta en derecho colombiano*, Universidad Nacional de Colombia, 2ª ed., pág. 332.

particular), y dentro de ellos a la hipótesis en que el enajenante se comprometió a purgar el gravamen»².

Total, las pretensiones resolutorias de los convocantes no eran de recibo, lo que devela lo intrascendente del equívoco de su juzgador, situación que no pasó desapercibida para la Corte, la que realizó la pertinente rectificación doctrinaria contenida en el numeral 4º de estas consideraciones, sin que por tal motivo pueda casarse la sentencia.

8. El fracaso de las súplicas, como se anotó, torna triviales las acusaciones examinadas, toda vez que la falencia en que incurrió el juzgador *ad-quem*, en el supuesto de casarse su fallo, conduciría a que la Corte, situada en sede de instancia, dictara la sentencia de reemplazo también adversa a las pretensiones de los promotores.

9. Las censuras estudiadas conjuntamente, por lo tanto, decaen.

10. A pesar de que la decisión es adversa a los recurrentes no habrá condena en costas, de conformidad con el último inciso del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil a cuyo tenor ello no es viable «*en el caso de rectificación doctrinaria*», la que se hizo en esta providencia en relación con la motivación que expuso el Tribunal.

² Fernando Hinestrosa, Tratado de las obligaciones, 3ª ed., I, Universidad Externado de Colombia, pág. 415.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 25 de agosto de 2011, proferida por la Sala Civil de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario que promovieron Julia Cecilia Rojas de Bautista y Gonzalo Bautista Sandoval contra Arcelio Marín García y Jacqueline Ruiz Beltrán.

Sin costas en casación.

En su oportunidad, vuelva el proceso al despacho de origen.

Notifíquese,

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Presidente de la Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Con ausencia justificada

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Con impedimento del Dr. Álvaro Fernando García R.

Magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Nº 30

Clase	SENTENCIA DE CASACIÓN
Radicación	2004-00602-01
Proceso	Ordinario de resolución de promesa de permuta e indemnización de perjuicios
Recurrente	Los demandantes
Origen	SALA CIVIL DE DESCONGESTIÓN DEL TRIBUNAL DE BOGOTÁ
Partes	Demandantes: Julia Cecilia Rojas Bautista y Gonzalo Bautista Sandoval Abogados: María Helena Duque de Perrent-Gentil y Ramiro Rodríguez López Demandados: Jackeline Ruiz Beltrán y Arcelio Marín García Abogado: Hernando Marín González
Pretensiones	Los demandantes solicitaron: 1º) se declare la resolución de la promesa de permuta suscrita por las partes el 7 de diciembre de 1999, en lo que aún no ha sido ejecutado por los promotores, ante el incumplimiento de los demandados, ordenándose a los convocados restituir el predio ubicado en la carrera 51 n° 173 – 49 de Bogotá y el apartamento 801 de la Etapa III del Interior 3 de la Agrupación de Vivienda Rafael Núñez ubicada en la calle 45 n° 38 C – 04 de la misma ciudad; 2º) se proclame la resolución del contrato de compraventa plasmado en la escritura pública n° 3810 otorgada el 21 de diciembre de 1999 en la Notaría 5ª de Bogotá, por medio del cual los peticionarios enajenaron a Jacqueline Ruiz Beltrán el predio ubicado en la carrera 51 n° 173 – 49 de Bogotá; y 3º) se condene a los enjuiciados a pagar los perjuicios que causaron a los reclamantes, debidamente indexados.
Decisión 1ª instancia	El <i>a-quo</i> negó las pretensiones con sentencia de 19 de febrero de 2010.

Decisión 2ª instancia	El <i>ad-quem</i> confirmó con fallo de 25 de agosto de 2011.
Fundamentos del <i>ad quem</i>	El Tribunal señaló que no era de recibo la primera pretensión resolutoria, porque los demandantes también incumplieron la promesa de permuta pues dejaron de otorgar una escritura pública que debían suscribir un año después de que los demandados satisficieran sus compromisos. Agregó que el previo incumplimiento de los demandados no fue convenido como causal de justificación para los demandantes, máxime cuando la entrega del bien objeto de ésta escritura era parte del precio convenido. Por último señaló que la segunda pretensión tampoco prosperaba porque el contrato sobre el cual versó no fue acreditado y porque en la demanda no se alegó cuál era la causa para resolverlo.
Demanda de Casación y Proyecto de Decisión que NO CASA	Dos cargos, ambos fundados en la causal primea por la vía directa: En el primero se alega que fueron mal interpretados los artículos 1546, 1602 y 1609 del C.C., porque la jurisprudencia de la Corte ha establecido el alcance de esos preceptos indicando que cuando las partes pactan compromisos escalonados o sucesivos, quien primero incumple una prestación exonera a su contraparte de acatar las siguientes, pues éstas no cobran exigibilidad. En el segundo cargo de nuevo se invocan los artículos 1546 y 1609 del C.C., se reitera lo dicho en el anterior y se destaca que no se aplicó la línea jurisprudencial relativa a la resolución de contratos, específicamente respecto del acatamiento de obligaciones escalonadas o sucesivas, no obstante que los precedentes jurisprudenciales son obligatorios. RESPUESTA A LOS CARGOS: Se hace rectificación doctrinaria reiterando el alcance que la Corte le ha dado a la acción resolutoria al tenor de los artículos 1546 y 1609 del C.C., porque, como lo alegan los recurrentes, el Tribunal no tuvo en cuenta cómo se aplican esas disposiciones cuando el contrato ajustado por las partes contiene obligaciones escalonadas, pues el Tribunal simplemente señaló que ambas partes deben haber cumplido sus obligaciones. Además, la Corte ha establecido que cuando una de las partes incumple una prestación que debía acatar preliminarmente, las restantes radicadas de la parte contraria no se hacen exigibles. Sin embargo, no se casa porque el error no es trascendente, pues si la Corte tuviera que dictar sentencia en sede de instancia, concluiría que los demandantes no tienen interés para pedir la resolución porque lograron desembargar el inmueble objeto de la permuta pagando al acreedor hipotecario la deuda de los demandados y, de esta forma, obtuvieron el desembargo del bien, el registro de la escritura pública y la

	cancelación de la hipoteca. Es decir, los demandantes, antes de iniciar el proceso, consintieron en el cumplimiento tardío del pacto que inicialmente habían incumplido los demandados.
--	---