



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCION C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C. primero 1º de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 76001-23-33-000-2012-00130-01 (47.331)

Actor: CONFECCIONES NANCY LTDA.

Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACIÓN.

Proceso: Acción Contractual

Asunto: Recurso de apelación

Contenido: Descriptor: Se accede a las pretensiones de la demanda al encontrarse acreditado que el demandado no canceló las sumas adeudadas con ocasión del contrato de compraventa celebrado/Restrictor: la Excepción del contrato no cumplido/ Nociones generales del contrato de compraventa/ Elementos esenciales del contrato de compraventa – la cosa y el precio en dinero/ Solemnidades en el contrato/ el incumplimiento contractual/ condena en costas y agencias en derecho.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en la audiencia inicial que tuvo lugar el 11 de abril de 2013 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se declaró como probada la excepción de contrato no cumplido, se negaron las súplicas de la demanda y se condenó en costas a la parte actora.

I.ANTECEDENTES

1. Lo Pretendido



El 31 de julio de 2012¹ la **Sociedad Confecciones Nancy Ltda.** presentó demanda contra el **Municipio de Santiago de Cali – Secretaría de Infraestructura y Valorización Municipal** solicitando que se declarara el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa suscrito entre estos el 24 de junio de 2010, del otrosí del 9 de diciembre de 2011 y del contrato de compraventa elevado a Escritura Pública No. 4.708 del 31 de diciembre 2010, debidamente registrada en los folios de matrículas Nos. 370-287798 a 370-2877802, 370-287809, 370-259468, 370-259468, 370-259469,370-259463,370-259467,370-259459,370-259464,370-259470,370-259473,370-259460,370-259465,370-259471,370-59474,370-259461,370-259466,370-259472,370-259475,370-259462,370-287804,370-287805 y 370-287808 de la Oficina de Registro de instrumentos públicos de la Ciudad de Cali.

Solicita, como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de la suma de \$1´459.687.744,50, por concepto de daño emergente correspondiente al saldo del precio del contrato de compraventa inicialmente convenido; a la suma de \$499´213.208, por concepto del lucro cesante correspondiente a los intereses moratorios causados sobre la suma anterior hasta la fecha en la que se realice efectivamente el pago; y a la suma de \$574´399.891, por concepto de lucro cesante futuro correspondiente a los ingresos que dejó de percibir al no poder celebrar una compraventa sobre el establecimiento de comercio denominado “*Estación de Servicio San Nicolás*” ubicado en la calle 17 No. 5-51 del Municipio de Cali, el cual se destinaría a la distribución al por menor de combustible (gasolina y diésel).

Por último, pide que las sumas referidas se cancelen debidamente actualizadas.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

El 14 de julio de 1989 mediante la escritura pública No. 2579 otorgada por la Notaría 11 del Circulo de Cali, la sociedad accionante adquirió el Edificio Granada, constituido como

¹ Folios 68 a 74 del C. No. 1.



persona jurídica sujeto al régimen de Propiedad Horizontal ubicado en la avenida 4ª norte No. 10N-60/64 del Municipio de Cali y conformado por 27 unidades privadas.

El 24 de junio de 2010 se celebró entre la demandante como prometiente vendedora y el Municipio de Cali-Secretaría de infraestructura y valorización como prometiente compradora una promesa de compraventa sobre las 27 unidades privadas que conformaban el Edificio Granada.

Como valor total del contrato se fijó la suma de \$2.919'375.489, pagaderos así: \$1.459'687.744.050 dentro de los 30 días hábiles siguientes a la suscripción de la promesa de compraventa y el saldo restante equivalente a \$1.459'687.744.050 dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha de entrega de la escritura pública de compraventa debidamente registrada a nombre del accionado junto con el certificado de libertad y tradición y el acta de entrega material de los inmuebles objeto del contrato.

El 12 de agosto de 2010 el promitente comprador canceló a título de anticipo la suma de \$1.459.687.744.050 a través del cheque No. 2005493 del Banco AV Villas cuenta corriente No. 165001736.

El 31 de diciembre de 2010 mediante la Escritura Pública No. 4708 otorgada en la notaría 23 del circulo de Cali se celebró la venta prometida sobre las 27 unidades privadas que conformaban el Edificio Granada.

El 2 de julio de 2010 se suscribió entre la demandante y la demandada un acta a través de la cual se hizo entrega material de las 27 unidades privadas que conformaban el Edificio Granada, a entera satisfacción de ésta última.

El Municipio de Cali-Secretaría de infraestructura y valorización se negó a cancelar el saldo restante del precio de la compraventa, argumentando que sobre la unidad privada No. 27 denominada garaje No. 5, identificada con la matrícula inmobiliaria No. 370-287803 se encontraba vigente una medida cautelar de embargo por jurisdicción coactiva,



comunicada por la tesorería del Municipio de Cali mediante el Oficio No. DCPEF-1803 del 9 de septiembre de 1998.

El 9 de diciembre de 2011 se suscribió entre las partes un acuerdo a través del cual acordaron que el Municipio de Cali-Secretaría de infraestructura y valorización cancelaría en favor de la demandante la suma de \$1.436´945.089, equivalente al saldo del precio de la compraventa descontado \$22´742.655, correspondientes al valor comercial del garaje No. 5.

3. El trámite procesal.

Admitida que fue la demanda² y noticiado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y el accionado Municipio de Cali le dio respuesta³ oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo como excepciones la de contrato no cumplido y la que denominó “*inexistencia de responsabilidad a cargo del Municipio de Santiago de Cali por falta de acreditación del daño alegado*”.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En la audiencia inicial que se llevó a cabo el 11 de abril de 2013⁴ la actora desistió de la fórmula conciliatoria formulada por el accionado y luego de decretarse y practicarse las pruebas y de escucharse las alegaciones de conclusión el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca declaró como probada la excepción de contrato no cumplido formulada por el accionado, negó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

² Folios 78 a 81 del C. No. 1.

³ Folios 278 a 292 del C. No. 1.

⁴ Folio 295 del C. No. 1.



Inicia su argumentación el Tribunal anotando las diferencias entre el contrato de promesa y la compraventa, trae a cuento unas sentencias proferidas el 28 de julio de 1960 y el 23 de mayo de 1988 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de justicia, para luego concluir que teniendo en cuenta que la promesa es un negocio jurídico encaminado a garantizar la celebración de la compraventa, una vez perfeccionada ésta, aquella perdía sus efectos jurídicos y que las obligaciones de hacer tradición de la cosa y de pagar un precio por ella surgían del contrato de compraventa más no de la promesa, de forma tal que no podían las partes mediante la suscripción de un otrosí modificar lo acordado en ésta.

Dice que el otrosí suscrito entre las partes el 9 de diciembre de 2011 es ineficaz, pues por medio de éste no se podía modificar el contrato de promesa cuyos efectos jurídicos ya habían desaparecido y que para que las partes pudieran modificarlo mediante su suscripción éste debía elevarse a escritura pública conforme a lo dispuesto en el Estatuto de Notariado (Decreto 960 de 1970).

No hay lugar a declarar el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa, éste cumplió su cometido, pues la compraventa se celebró el 31 de diciembre de 2010.

Tampoco hay lugar a declarar el incumplimiento del otrosí suscrito entre las partes el 9 de diciembre de 2011, pues éste no reunió los requisitos de ley al no elevarse a escritura pública, de forma tal que no se podía constituir en una fuente de derechos y obligaciones para las partes.

Por último, declara como probada la excepción de contrato no cumplido propuesta por el accionado al estimar que en el presente asunto se reunían los requisitos para declararla.

En efecto, de las pruebas arrojadas encontró demostrada la existencia de un contrato sinalagmático; un incumplimiento de las obligaciones a cargo de cada una de las partes; un incumplimiento grave y determinante de la sociedad actora al no entregar los bienes



objeto de la compraventa libre de embargos y a paz y salvo del impuesto predial conforme a la cláusula séptima, pues para la fecha en la que los entregó tenía una deuda por impuesto predial que ascendía a la suma de \$335'097.302, incumplimiento que dio lugar a que el demandado no cumpliera su obligación de cancelar el saldo del precio del contrato; y que la obligación a cargo del Municipio no debía ejecutarse primero en el tiempo.

Con base en las anteriores consideraciones, niega las pretensiones de la demanda y en consecuencia condena en costas a la parte actora con fundamento en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 392 del Código de Procedimiento Civil.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto la parte demandante interpuso el recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

Dice que en el presente asunto el problema jurídico se concreta en que el actual propietario de las 27 unidades que conformaban el edificio denominado “Granada” es el ahora accionado en virtud del contrato de venta celebrado entre las partes el 31 de diciembre de 2010, que la Oficina de Registro se abstuvo de registrar la venta de una de dichas unidades identificada con la matrícula inmobiliaria No. 370-287803 correspondiente a la unidad jurídica denominada garaje No. 5 que se encontraba embargada y que si bien en el contrato las partes convinieron pagar un precio por cada una de esas unidades, el accionado sólo canceló la mitad, incurriendo con ello en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Agrega además que sí bien por medio del otrosí suscrito entre las partes el 9 de diciembre de 2011 el demandado se obligó a pagar la mitad del precio inicialmente convenido descontando de éste el valor de la Unidad privada No. 27 denominada garaje No. 5, éste se ha negado injustificadamente a cancelarlo.



Manifiesta que el Municipio de Santiago de Cali no puede retener el pago del precio restante de las unidades privadas cuya propiedad ya se le transfirió, sólo puede retener el pago de la suma equivalente a \$22´742.655, correspondiente al valor comercial de la Unidad Privada denominada garaje No. 5.

Señala que sobre las restantes 26 unidades privadas cuya propiedad se transfirió en favor del accionado no existe ninguna orden de embargo por parte de la Tesorería Municipal y que dentro del proceso de jurisdicción coactiva nunca se perfeccionó la medida cautelar de embargo que ahora es objeto de discusión por error u omisión del funcionario instructor del proceso de jurisdicción coactiva, cuyas consecuencias no podían ser asumidas por la accionante.

Afirma que fue el mismo accionado quien expidió los certificados de paz y salvo del impuesto predial exigidos por la notaría No. 23 para tramitar la escritura pública No. 4708, bajo el entendido de que mediante la suscripción del otrosí del 9 de diciembre de 2011 las partes ya habían solucionado de mutuo acuerdo los problemas de pago de las sumas adeudadas.

Por otro lado, señala que la Tesorería Municipal de Cali no puede continuar exigiéndole el pago del impuesto predial de los años 1995 a 1999 sobre la unidad privada No. 27 denominada garaje No. 5, pues por medio de la Resolución No. 240 del 10 de abril de 2006 declaró la prescripción de la acción de cobro y debe resolver las excepciones formuladas contra las Resoluciones de mandamiento ejecutivo mediante las cuales se pretende cobrar el impuesto predial de los años 2000 a 2008 para así garantizar sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

Con base en lo anterior, la Sociedad accionante solicita que se revoque la decisión de primera instancia y que en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda, adjuntando para ello la copia de la Resolución No. 240 del 10 de abril de 2006, por medio de la cual se declaró la prescripción de la acción de cobro coactivo del impuesto predial de los



años 1995 a 1999 sobre la Unidad privada No. 27 denominada garaje No. 5 identificada con la matrícula inmobiliaria No. 370-287803.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Luego de admitirse el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante⁵, de haberse fijado como fecha para llevar a cabo audiencia de alegatos de conclusión el 21 de abril de 2014⁶ y de haberse practicado dicha diligencia⁷, en un primer concepto el Ministerio Público⁸ consideró que teniendo en cuenta que el otrosí suscrito el 9 de diciembre de 2011 se constituía en un contrato de transacción a través del cual las partes de mutuo acuerdo habían convenido modificar la forma de cancelar el saldo del precio total del contrato de compraventa, que aquel no requería solemnidad alguna salvo la de haberse elevado a escrito al no modificar ninguno de los elementos esenciales de la compraventa y que el Municipio accionado incumplió lo acordado en la referida transacción, era entonces evidente que se encontraba obligado a cancelar el saldo adeudado, previo descuento del valor comercial del garaje No. 5, suma que debía estar debidamente actualizada.

De otra parte, consideró que no había lugar a reconocer suma alguna por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, pues la sociedad actora no allegó prueba alguna a través de la cual pudiera acreditar que efectivamente dejó de percibir unas sumas por no haber podido celebrar una compraventa sobre un establecimiento de comercio destinado a la distribución al por menor de combustibles.

V. LAS PRUEBAS SOBREVINIENTES ALLEGADAS.

⁵ Folio 351 del C. No. 1.

⁶ Folio 383 del C. No. 1.

⁷ Folios 386 a 388 del C. No. 1.

⁸ Folios 364 a 381 del C. No. 1.



A través de memorial allegado el 7 de mayo de 2014⁹ el Municipio accionado allegó la siguiente documentación:

-Copia del Oficio No. 2014415120010834 del 24 de abril de 2014 a través del cual el Coordinador Jurídico de la Secretaría de Infraestructura y Valorización de la Alcaldía de Santiago de Cali le solicita a la Directora Administrativa de dicha entidad que remita copia de cada una de las transferencias efectuadas para la compra de los bienes de propiedad de la sociedad accionante, detallando anticipo, saldo y descuentos¹⁰.

-Copia del Oficio No. 2014415120058401 del 28 de abril del 2014 donde se remiten los documentos solicitados.

-Oficio No. TRD: 4151.2.10.1.853.005677 del 25 de abril de 2014 a través del cual la Coordinadora del Área Administrativa y Presupuestal del accionado dando respuesta al Oficio No. 2014415120010834 del 24 de abril de 2014 presenta un cuadro relacionando los valores cancelados por concepto de anticipo, los pagos netos y los descuentos realizados por concepto de estampillas¹¹ y dos cuadros de los respectivos valores.

-Copia del Oficio No. 2014413140001604 del 24 de febrero de 2014 donde el Contador General de Municipio accionado remite ante el Secretario de Infraestructura y Valorización la amortización de los anticipos cancelados a la sociedad accionante por un valor de \$1.495'687.745, adjuntando para ello los registros Nos. 1700003269 al 1700003283¹².

-Copia del Oficio No. 2013413130043614 del 10 de julio de 2013 mediante el cual la Subdirectora de Tesorería de Rentas remite ante el Coordinador Jurídico de la Secretaría de Valorización Municipal copia de la Resolución No. 4131.3.9.5.4860, a través de la cual la Subdirección de Tesorería de Rentas ordenó el embargo sobre los bienes de propiedad de la sociedad accionante por un valor de \$670'194.604¹³.

⁹ Folios 394 a 443 del C. No. 1.

¹⁰ Folio 398 del C. No. 1.

¹¹ Folio 401 del C. No. 1.

¹² Folios 404 a 419 del C. No. 1.

¹³ Folios 420 a 422 del C. No. 1.



-Oficio No. 2013415120019104 del 26 de agosto de 2013 suscrito por el Coordinador Jurídico del accionado y dirigido al Subsecretario de Apoyo Técnico de Valorización Municipal en el que se solicita continuar con el trámite del pago de la obligación a cargo de la Sociedad accionante al señalar

Que teniendo en cuenta el embargo decretado sobre los bienes de propiedad de la Sociedad accionante *“Considero pertinente proceder al pago del saldo de la obligación, de conformidad a la autorización suscrita y enviada al Área Jurídica, el día 11 de Abril de 2013, de acuerdo(sic) a radicado No. 2013415120009334 y la Resolución emitida por la Subdirectora de Tesorería de Rentas, Dra. Patricia Elena Ramos Ruiz, mediante radicado No. 2013413130043614 de fecha Julio 10 de 2013, teniendo en cuenta que se han considerado todos los trámites administrativos necesarios para dar término a la negociación, dando cumplimiento a la cláusula séptima del contrato de promesa de compraventa suscrito el 24 de junio de 2.010”¹⁴.*

- Copia del Oficio No. 2013415120020314 del 11 de septiembre de 2013 mediante el cual el Coordinador Jurídico solicita a la Subdirectora de Tesorería de Rentas que una vez efectuadas las deducciones correspondientes a la Resolución de embargo No. 4131.3.9.5.4860 y haberse realizado la liberación del gravamen decretado sobre el inmueble de propiedad de la sociedad accionante ante la oficina de registro de instrumentos públicos, se remitan las copias del respectivo traslado presupuestal para continuar con el trámite de legalización de los predios¹⁵.

- Copia del Oficio No. 2013415120021174 del 24 de septiembre de 2013 dirigido al Subsecretario de Apoyo Técnico (E) de la Secretaría de Infraestructura y Valorización mediante el cual el Coordinador Jurídico del accionado solicita que Rentas y Tesorería Municipal adelante los trámites requeridos para el pago de la obligación a cargo de la accionante, para luego proceder a cancelar el embargo decretado y continuar con el trámite de legalización de los bienes objeto de la venta¹⁶.

- Copia del Oficio No. 2013415120021744 del 1º de octubre de 2013 en la que el Coordinador Jurídico de Infraestructura y Valorización solicita ante la Subdirectora de

¹⁴ Folio 423 del C. No. 1.

¹⁵ Folio 424 del C. No. 1.

¹⁶ Folio 425 del C. No. 1.



*Expediente: 47.331
Acción Contractual
Recurso de Apelación*

Tesorería de Rentas del Municipio de Cali se le informe sobre las actuaciones adelantadas para dar cumplimiento a la resolución del embargo decretado mediante la Resolución No. 4131.3.9.5.4860 sobre el inmueble de propiedad de la Sociedad accionante.

-Copia del Oficio No. 2013415120023274 del 18 de octubre de 2013 dirigido al Subsecretario de Apoyo Técnico de la Secretaría de Infraestructura y Valorización mediante el cual el Coordinador Jurídico del accionado da cuenta de la imposibilidad de continuar con el trámite de legalización de los inmuebles objeto de la compraventa celebrada entre las partes ante el embargo decretado sobre algunos de ellos¹⁷.

-Copia del Oficio No. 2013415120026954 del 9 de diciembre de 2013 en el que el Coordinador Jurídico del accionado le sugiere al Coordinador de Cartera de la Secretaría de Infraestructura y Valorización Municipal no efectuar la ejecución del cobro por concepto de contribución de valorización frente a la sociedad accionante por beneficio general y en razón a que los documentos y actos allegados para la inscripción de la Escritura Pública No. 4708 del 31 de diciembre de 2010 se consagró la exención del impuesto predial y que el acto administrativo de exoneración por concepto de valorización y demás complementarios se encontraban revestidos de una presunción de legalidad¹⁸.

- Copia del Oficio No. 2013413130083294 del 12 de diciembre de 2013 donde el Subdirector del Departamento Administrativo de la Subdirección de Tesorería de Rentas remite ante el Coordinador Jurídico de la Secretaría de Valorización Municipal original y copia del Oficio No. 2013413130219771 del 10 de diciembre de 2013 a través del cual se le solicita al Registrador Principal de la Oficina de Instrumentos Públicos que levante la medida cautelar de embargo sobre el bien inmueble identificado catastralmente con el No. B012200030000 Matrícula Inmobiliaria No. 370-287803¹⁹.

¹⁷ Folio 426 del C. No. 1.

¹⁸ Folios 427 del C. No. 1.

¹⁹ Folio 429 del C. No. 1.



-Copia del Certificado de Tradición de Matricula Inmobiliaria No. 370-287803 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali en la que se hace constar la cancelación de la medida cautelar de embargo de dicho inmueble²⁰.

-Copia del derecho de petición presentado por la representante legal de la sociedad accionante ante la Subdirección de Tesorería de Rentas Municipales de Santiago de Cali solicitando se ordenara la realización de un cruce de cuentas entre el saldo adeudado por la Administración Municipal por la venta celebrada y los valores adeudados a la fecha por concepto de Impuesto Predial Unificado por las vigencias de 2002 a 2010 sin incluir las vigencias de 2011 a 2013 teniendo en cuenta que dicha venta se habría celebrado en el 2010, fecha desde la cual el municipio era propietario de los respectivos bienes²¹ y su escrito complementario²².

- Copia simple del correo remitido el 21 de abril de 2014 a Alicia Rodríguez Jurídica Alcaldía en el que se señala que el valor total del saldo asciende a la suma de \$1.459'687.745 de la cual se habría cancelado el valor de \$670'000,00 y que la Tesorería había retenido la suma de \$670'000,00 por concepto del embargo por un cheque que se encontraba en manos del señor Luis Eduardo Campo *"igualmente sacaron los descuentos de ley"*²³.

Por medio del auto del 8 de septiembre de 2014²⁴ se resolvió tener como prueba los documentos referidos y se ordenó correr traslado de los mismos por un término de cinco (5) días.

Mediante memorial allegado el 10 de noviembre de 2014 la Sociedad accionante se pronunció sobre la documentación allegada por el Municipio accionado adjuntando para ello documentación relativa al pago del impuesto predial sobre la unidad jurídica denominada garaje No. 5²⁵.

²⁰ Folios 430 a 433 del C. No. 1.

²¹ Folios 435 a 437 del C. No. 1.

²² Folios 440 a 442 del C. No. 1.

²³ Folio 443 del C. No. 1.

²⁴ Folios 443 a 445 del C. No. 1.

²⁵ Folios 449 a 476 del C. No. 1.



VI. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público en un segundo concepto opina que teniendo en cuenta la transacción celebrada por las partes, el proceso debe darse por terminado.

Para ello expuso las siguientes razones:

Luego de hacer una breve referencia de las pruebas allegadas por el accionado mediante memorial del 7 de mayo de 2014 encontró demostrado que la obligación contractual cuyo incumplimiento alegaba la demandante, consistente en el pago del 50% que quedaba como saldo insoluto del precio de los inmuebles entregados en venta, ya había sido cancelada en favor de la Sociedad Accionante Confecciones Nancy Ltda., tal como se derivaba de la comunicación del 25 de abril de 2014 suscrita por la Coordinadora del Área Administrativa y Presupuestal en la que se presentaba una relación de los pagos efectuados por el Municipio demandado, entre ellos, el pago correspondiente a la suma de \$1.459'687.745,50 con sus deducciones.

Dice que lo anterior se ve corroborado por el cruce de cuentas solicitado por la sociedad accionante, quien habría autorizado al Municipio de Cali para que descontara lo adeudado por concepto del impuesto predial unificado del inmueble No. B01220003000 correspondiente a las vigencias del año 2002 al año 2010.

Con base en lo anterior manifestó que se había logrado finiquitar con éxito el pago del saldo adeudado, lo que dio lugar al levantamiento de la medida de embargo ordenada sobre el inmueble denominado garaje No. 5, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 370-287803, tal como se había logrado acreditar a través del certificado de tradición de la Oficina de instrumentos públicos de Cali del 14 de enero de 2014, en el que se anotó *“cancelación providencia judicial de embargo”*.

Por último, afirma que para éste momento procesal el Municipio accionado ya había dado cumplimiento al otrosí suscrito entre las partes, pues ya había cancelado el 50% que le quedaba por pagar de los inmuebles entregados en venta, previo descuento del impuesto predial que adeudaba la vendedora sobre la unidad privada identificada con la matrícula inmobiliaria No. 370-287803.



Concluye señalando que el motivo que había suscitado la controversia ya no existía, pues el Municipio de Cali ya había cancelado las sumas adeudadas y a su vez la accionante pudo transferir en favor de éste el inmueble embargado al haberse levantado dicha medida.

VII. CONSIDERACIONES.

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** La Excepción de contrato no cumplido; **2)** Nociones generales del contrato de compraventa en materia civil y mercantil; **3)** Elementos esenciales del contrato de compraventa; **3.1.)** La cosa o el bien objeto de la venta; **3.1.1)** La “*entrega*” o “*tradición*” de la cosa vendida; **3.2)** El precio en dinero; **4)** Solemnidades en el contrato; **5)** El Incumplimiento contractual; **6)** Los hechos probados; **7)** La solución del caso concreto; **8)** Condena en costas y agencias en derecho.

1. La excepción del contrato no cumplido.

Según el artículo 1498 del Código Civil los contratos de carácter conmutativo o sinalagmático son aquellos en los cuales cada una de las partes se obliga frente a la otra a dar o hacer una cosa que se considera equivalente a lo que ésta debe dar o hacer a su vez.

De ésta forma y teniendo en cuenta que éste tipo de relaciones negociales se funda en la equivalencia o reciprocidad de las prestaciones a cargo de cada una de las partes contratantes, lo que se procura es mantener el equilibrio y la simetría de los intereses de cada una de ellas, para lo cual se han creado algunos mecanismos²⁶ o medios de

²⁶ Como medios de defensa de las partes en los contratos de carácter sinalagmático o conmutativo se encuentran la resolución del contrato por incumplimiento y la excepción de contrato no cumplido, mecanismos cuya existencia no podía ser concebida por los romanos, quienes no consideraban que ante el incumplimiento contractual de una de las partes se pudiera ordenar la ejecución forzada o *in natura* de la prestación debida, razón por la cual ante el incumplimiento contractual el acreedor únicamente podía pretender una indemnización de carácter económico.



defensa que pueden ser ejercidos por estas ante circunstancias de incumplimiento contractual.

En efecto, puede acontecer que en éste tipo de contratos ambas partes incurran en incumplimientos mutuos, esto es que haya inejecución de las prestaciones tanto de la entidad contratante como del contratista, eventos en los cuales como ya se ha dicho se han creado algunos mecanismos de defensa con el objeto de proteger sus intereses, dentro de estos, la que se ha denominado la excepción de contrato no cumplido o “*exceptio non adimpleti contractus*”.

La excepción de contrato no cumplido se constituye en un medio o mecanismo de defensa que puede ser propuesto por alguna de las partes contratantes, que siendo acreedora y deudora a la vez y precaviendo el riesgo de insolvencia de su contraparte, se niega a cumplir o ejecutar con su prestación cuando ésta no ha cumplido o no se ha allanado a cumplir la suya, quedando ambas partes en una especialísima situación de mutuo incumplimiento²⁷.

A diferencia de otras, la excepción a la que se alude es de carácter transitorio y dilatorio, pues por medio de ésta sólo se suspenden los efectos finales del contrato y no se rompen las pretensiones de cumplimiento de las prestaciones a cargo de cada una de las partes contratantes.

Ahora, en ésta hipótesis habrá que distinguir quién ha debido cumplir primero y aún en este evento deberá subdistinguirse si a pesar de tener que cumplir primero una de las

Así, se ha considerado que estas dos figuras son relativamente nuevas al señalar “(...) se remiten al bajo medioevo, cuando se hizo presente la consideración del equilibrio en la ejecución de los contratos innominados: los canonistas adujeron el principio *non servanti fidem non est fides servanda* en tanto que los postglosadores se remitieron a la teoría de las excepciones...Se atribuye, con razón, al derecho canónico el origen de la excepción de inejecución, con pie en el brocárdico *non servanti fidem non est fides servanda*, en el que apoyaron BARTOLO y los demás postglosadores canonistas y civilistas para construir la figura de la *exceptio non adimpleti contractus*, que solamente sería afinada al término del siglo XVI”, Hinestrosa Fernando en “Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico” Vol. II, Ed. Universidad Externado de Colombia 2015, Págs 931 y 932.

²⁷ “La parte insatisfecha se ve así protegida frente a una ejecución de lo de su cargo que le acarrearía el riesgo de insolvencia de su contraparte, y de ésta manera mantiene cierto equilibrio en la relación sinalagmática: “te cumplo si me cumples, no te cumplo porque no me haz cumplido: *non servanti fidem non est fides servanda*”
Ibídem. Págs. 932 a 933.



partes, la otra con su conducta ha generado la confianza en su co-contratante de que a pesar de ese incumplimiento previo, ella de todas maneras está presta y decidida a cumplir con lo suyo pues hará lo necesario para este efecto.

Si esto último ocurre y la parte que generó la confianza finalmente no ejecuta las prestaciones a su cargo, quedará también incurso en incumplimiento, a pesar de que la otra haya debido cumplir primero, porque su comportamiento creó una situación digna de ser protegida a la luz de los postulados de la buena fe.

Esto que se afirma cobra más trascendencia si se tiene en cuenta el interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos mediante un contrato estatal.

En esa especialísima situación en que ambos contratantes han de tenerse como incumplidos, se siguen las consecuencias que señala el artículo 1609 del Código Civil, esto es que ninguno está en mora y por consiguiente ninguno puede pedir los perjuicios ni la cláusula penal que hayan pactado pues, como se sabe, para poder exigir alguna de estas cosas se requiere que el deudor esté en mora tal como se deduce de los artículos 1594 y 1615 del C. C.

Luego la excepción de contrato no cumplido no puede ser alegada como medio de defensa por aquella parte contratante que incumplió las obligaciones a su cargo cuando su co-contratante si cumplió las suyas.

2. Nociones generales del contrato de compraventa en materia civil y mercantil.

El artículo 1849 del Código Civil define la compraventa como un contrato en virtud del cual una persona, denominada vendedor, se obliga a “*dar*” a otra, llamada comprador, una cosa a cambio de un precio en dinero.

Por su parte el artículo 905 del Código de comercio señala que la compraventa es un contrato en virtud del cual una persona, denominada vendedor, se obliga para con otra, llamada comprador, a “*transmitir la propiedad de una cosa*”, obligándose esta a su vez a pagar por ella un precio en dinero.



Si bien la función económico-social de ambas compraventas es la misma, esto es ser la causa o título para la adquisición de la propiedad de una cosa a cambio de un precio en dinero, el régimen aplicable dependerá de si la respectiva compraventa puede encuadrarse, o no, dentro de los actos que los artículos 20, 21 y 22 del Código de Comercio catalogan como mercantiles.

Así por ejemplo, la adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, así como la enajenación de los mismos, es un acto mercantil y por lo tanto una compraventa en estas circunstancias y con esos fines será mercantil, mientras que la que se hace para el uso o consumo del adquirente no lo será, sin olvidar que si el acto es mercantil para una de las partes, de todas maneras se rige por la ley comercial.

Desde luego, que dependiendo de si se aplica el Código Civil o el Código de Comercio, habrá tratamientos diferenciales en torno al precio irrisorio en la compraventa de mercaderías, al riesgo del cuerpo cierto que se debe, al pacto de reserva de dominio, a la posibilidad de pedir perjuicios por el incumplimiento del vendedor sin previamente promover la solicitud alternativa de cumplimiento o resolución, a la facultad de pedir directamente la restitución del bien compravendido ante el incumplimiento del comprador, entre otros.

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que una sociedad celebra un contrato de compraventa con una entidad estatal sobre un inmueble con el objeto de que ésta construya una obra pública a cambio de un precio en dinero por éste y dicho acto no es de carácter mercantil para ninguna de las partes contratantes, es evidente que en éste caso se estaría frente a una compraventa de carácter civil conforme a lo dispuesto en el No. 1 del artículo 23 del Código de Comercio.

3. Elementos esenciales del contrato de compraventa.

Según lo establece el artículo 1857 del Código Civil la venta se perfecciona cuando hay un acuerdo entre las partes sobre la cosa y el precio en dinero a pagar por ella, salvo que se trate de la venta de bienes inmuebles, servidumbres o de la sucesión



hereditaria, casos en los cuales sólo se entenderá perfeccionada una vez otorgada la respectiva escritura pública e inscrita ésta en el respectivo registro público.

Así, se entiende que los elementos esenciales de la compraventa son la cosa y el precio en dinero, elementos estructurales sin los cuales dicho contrato no produciría efecto alguno o degeneraría en otro negocio jurídico o contrato diferente²⁸.

3.1. La Cosa o el bien objeto de la venta.

Según lo prescribe el artículo 1866 del Estatuto Civil podrán ser objeto del contrato de venta todas las cosas corporales que son aquellas que *“tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos”*²⁹, ya sean éstas de especie³⁰ o de género; o incorporeales que consisten en meros derechos³¹ y cuya enajenación en uno y otro caso no se encuentre prohibida por la Ley.

De ésta forma y bajo el entendido de que lo enajenable por el propietario no es la cosa material sino el derecho de dominio que se tiene sobre ella, la cosa en el contrato de compraventa serán los derechos o conjunto de facultades cuyo derecho de dominio o propiedad el vendedor se obliga a transferir en virtud de dicho contrato³².

En efecto, el artículo 1880 del mismo Estatuto dispone que las obligaciones a cargo del vendedor son dos a saber: i) Realizar la entrega o tradición de la cosa vendida; y ii) El saneamiento de la cosa vendida.

²⁸ Por ejemplo, siendo el precio en dinero uno de los elementos esenciales de la compraventa, fue el mismo legislador el que dispuso que en aquellos contratos en los cuales el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa y que el valor de ésta fuera superior al valor del dinero ya no se consideraría una compraventa sino que degeneraría en un contrato de permuta.

²⁹ Artículo 653 del Código Civil.

³⁰ Se ha señalado que pueden ser objeto del contrato de compraventa, entre otros, la facultad de dominio pleno sobre una determinada cosa para que la use, la disfrute y la transforme en otra cosa o cosas siempre y cuando el dominio preexistente continúe, el derecho de usufructo, el derecho de uso o habitación, la enajenación de la nuda propiedad con reserva del usufructo o del derecho de uso o de habitación, las servidumbres, la propiedad fiduciaria, etc... Rodríguez Fonnegra Jaime en “El Contrato de Compra Venta y materias Aledañas” Ed. Ediciones Lerner 1960, págs. 235 y 236.

³¹ Algunos autores coinciden en señalar que los créditos o títulos valores “al portador” son asimilables a las cosas, siendo entonces susceptibles “de reivindicación, de acción posesoria, de fideicomiso constituido a título oneroso, de usucapición, y de obligación de dar...” entre otros.

Ibídem. Págs. 228 y 227.

³² Ibídem págs.. 189 y 190.



Ahora, como el contrato de venta genera para el vendedor la obligación de “dar” o “entregar” la cosa, se requiere que ésta sea de carácter “cierto”, es decir, que exista o que se espere razonablemente que exista para la fecha de celebración del contrato, autorizándose también la venta sobre cosas futuras o cosas ajenas según los artículos 1869 y 1871 del Código Civil.

También se requiere que la cosa sea posible física y jurídicamente, determinada o determinable ya sea que se trate de bienes de cuerpos ciertos o de bienes de género.

3.1.1. La “entrega” o “tradición” de la cosa vendida:

Ya se dijo que la función económico-social de la compraventa es servir de causa o título para la adquisición de la propiedad de una cosa a cambio de un precio en dinero.

Al tenor del artículo 669 del Código Civil, el dominio o propiedad es el derecho real que se tiene sobre una cosa corporal para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.

“En el ordenamiento colombiano la solidez jurídica de la titularidad del derecho real de dominio depende de la conjunción del título y del modo, es decir que, de un lado, se requiere de una causa que justifique la adquisición del derecho y, de otro, del acontecimiento de una forma o manera por medio de la cual ese derecho fue adquirido.

Si esa causa que justifica la adquisición es un negocio jurídico, la manera como se adquiere el derecho de dominio es la tradición que por regla general consiste en la sola entrega al adquirente de la cosa sobre la cual recae el derecho, habiendo por una y por otra parte la facultad y la intención para transferirlo y adquirirlo, a menos que se trate de transferir el dominio sobre bienes inmuebles, y en general bienes sujetos a registro, pues en este caso además de la entrega se requiere de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro.

Pero por supuesto, como ya se dijo, el tradente debe tener la facultad para transferir el dominio y por consiguiente si aquel no es dueño de la cosa que pretende traditar, el accipiens no adquirirá la propiedad de la cosa entregada por el non domino aunque será un poseedor de ella.



Ahora, si el negocio que justifica la adquisición del derecho de dominio es por ejemplo una compraventa y recae sobre una cosa mueble no sujeta a registro, ella se perfecciona desde que las partes convienen en la cosa y en el precio, esto es sin que se requiera de solemnidad constitutiva alguna...” (a menos que se trate de una compraventa en que intervenga como parte una entidad estatal, caso en el cual es solemne por regla general porque debe constar por escrito) “...y como quiera que el derecho real no se adquiere mediante el título (en este ejemplo la compraventa) sino a través del modo (para este caso la tradición) es evidente que la venta de cosa ajena vale tal como lo pregona el artículo 1871 del Código Civil al expresar: “la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso del tiempo.”

Cosa distinta acontece con la tradición puesto que si la compraventa genera para el vendedor la obligación de transferir el dominio, esto es hacer tradición de la cosa compravendida, el pago, entendiendo por éste la ejecución de la prestación debida,³³ su validez está supeditada a que sea realizado por el dueño o por quien tiene el consentimiento de este para enajenar, tal como se desprende de lo preceptuado por los artículos 752 y 1633 del Código Civil al disponer respectivamente que “si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada” y que “el pago en que se debe transferir la propiedad, no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada o la paga con el consentimiento del dueño”.

En este orden de ideas, si el tradente no tiene la facultad para disponer de la cosa que pretende transferir con la entrega, ya sea porque no es el titular del derecho de dominio o porque no tiene el consentimiento del propietario para ello, nos encontramos frente a una entrega a non domino que implica que el accipiens no adquiera el dominio sino simplemente la posesión de la cosa entregada.”³⁴

Por su parte el artículo 740 del Código Civil señala que la “Tradición” es un modo de adquirir el dominio de las cosas mediante la entrega material que se hace de ellas a otra, teniendo la facultad e intención de transferirlo, y ésta teniendo la capacidad e intención de adquirirlo.

³³ F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 566: “El pago efectivo es la prestación de lo que se debe” (art. 1626 c.c.). Es decir, es la ejecución cabal de la prestación debida. “Decimos que ‘paga’ el que hizo lo que prometió hacer” (ULPIANO. D. 50, 16, 176).

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2014, expediente 28718.



La obligación de “dar” o “dare” que corre a cargo del vendedor no sólo implica que éste transfiera nominalmente el derecho de dominio o propiedad sobre la cosa, sino también que se procure la posesión material del objeto de la venta mediante su entrega física o material.

Con otras palabras, la tradición que se hace mediante la inscripción en un registro público cuando así lo exige la ley no supone la sola realización de ese acto sino que además debe implicar la entrega material de la cosa, tal como se deduce de la interpretación sistemática de los artículos 740 y 756 del Código Civil.

Y la razón es clara si el derecho de dominio es el que se tiene sobre una cosa para gozar y disponer de ella, es obvio que la tradición supone que el adquirente la tenga en su poder para esos efectos, es decir supone la entrega material.

Ya en el Derecho Romano, aunque en razón de la distinción entre *res mancipi* y *res nec mancipi* para efectos de su enajenación, se señalaba que la obligación de dar una cosa no se agotaba con la transferencia de la propiedad, pues se requería también otorgar la posesión

“No basta, pues, el cumplimiento del acto idóneo para la transferencia de la propiedad (mancipatio, in iure cesio, traditio) El deudor está obligado de effectu y no se libera en el caso de que la propiedad no sea adquirida (...)”³⁵

(...) Así como el dare rem implica, ante todo, que se otorgue la propiedad de la cosa, con la responsabilidad de effectu, el dar uno de estos derechos implica ante todo, la constitución del derecho. Tampoco aquí el obligado se libera con el mero cumplimiento del acto idóneo a la constitución del derecho pues la obligación no queda pagada sino una vez que se constituye el derecho.

Pero, de la misma manera como la obligación de dar una cosa corporal no se agota con la transferencia de la propiedad, puesto que es menester que, además se otorgue la posesión, en estos casos no basta la constitución del derecho: es necesario algo que represente el paralelo del otorgamiento de la posesión (...)”³⁶

³⁵ G. GROSSO. “Obligaciones, contenido y requisitos de la prestación.” Fernando Hinestrosa, trad., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 32.

³⁶ *Ibidem*. Pág. 38



De otro lado, si el derecho de dominio consiste en poder gozar y disponer de una cosa, si la tradición es el modo de adquirir la propiedad de las cosas que se nos deben y si la tradición de las cosas muebles no sujetas a registro se hace con la simple entrega, de lo dicho precedentemente también se concluye obligatoriamente que una entrega que no permita gozar y disponer de la cosa no es en verdad tradición, o, lo que es lo mismo, no implica la adquisición del derecho de dominio.

En síntesis, la obligación a cargo del vendedor de “dar” o “tradir” la cosa objeto de la venta sólo se entenderá cumplida una vez que se haga una entrega material que implique poner al comprador en posesión de ella y la posibilidad de gozar y disponer del objeto compravendido de la manera como a bien lo tenga el adquirente, amén de hacerse la inscripción en el registro si es que se requiere para la tradición.

3.2. El precio en dinero.

Entendido éste como la contraprestación en dinero de una cosa o de un servicio³⁷, en los términos del artículo 1864 del Código Civil debe ser determinado por las partes ya sea porque éstas lo fijan expresamente en el contrato o porque establezcan los medios o indicaciones para determinarlo o encarguen su determinación a la decisión de un tercero.

De ésta forma, se entiende que el precio en el contrato de compraventa también puede ser determinable o inferible, ya sea a partir de las normas generales de Ley³⁸ o las que rigen cada contrato en particular, de las demás circunstancias que rodean su celebración e incluso a partir de las mismas necesidades e intereses de las partes;

³⁷ Hineyrosa Fernando en “Tratado de las Obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico” Tomo II, Editorial, Universidad Externado de Colombia, Pág. 311.

³⁸ El mismo legislador ha señalado algunas reglas generales para la determinación del precio en aquellos casos en los que las partes guardan silencio como “la venta al precio corriente de plaza” de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 1864 y conforme al cual en tratándose de cosas fungibles que se venden al precio corriente de plaza, se entenderá que éstas se venden al precio del día de entrega salvo estipulación en contrario y sí el comprador recibe la cosa se presume que ambas partes aceptan el precio regular que la cosa tenga el día y lugar de su entrega (Artículo 920 del Código de Comercio, Según lo dispone el artículo 1976 del Código Civil, el precio del arrendamiento podrá ser determinado conforme a los mismos medios de la compraventa, entre otros. Ibídem. Pág. 313.



siempre y cuando su fijación o determinación no requiera de la celebración de un acuerdo posterior³⁹.

4. Solemnidades en el contrato.

Ahora, si bien de la lectura del artículo 1857 del Código Civil se deduce que la venta que se celebra sobre bienes inmuebles es un acto solemne puesto que para su perfeccionamiento se exige una solemnidad constitutiva consistente en la suscripción de la respectiva escritura pública, no puede afirmarse que todo acto tendiente a su modificación deba celebrarse dando cumplimiento a esa misma formalidad constitutiva, por el contrario algunos actos pueden celebrarse por cualquier medio, salvo que la aludida modificación altere alguno de sus elementos sustanciales o implique una cancelación de su inscripción en el respectivo registro público⁴⁰.

Con otras palabras, los actos celebrados por las partes con el objeto de modificar un negocio solemne tal como lo es la compraventa que se celebra sobre bienes inmuebles, para que se reputen perfectos no necesariamente deben celebrarse dando cumplimiento a las mismas formalidades constitutivas exigidas por la ley para el acto que modifican, salvo que dicha modificación altere sustancialmente alguno de sus elementos esenciales o implique una cancelación de la inscripción de la respectiva escritura pública en el registro.

En efecto, si las partes deciden celebrar un acuerdo con el objeto de modificar algún aspecto de la compraventa que han celebrado sobre un bien inmueble y dicha modificación no altera o afecta alguno de sus elementos esenciales y no implica una cancelación de la inscripción de la respectiva Escritura Pública, no resulta razonable que se exija el cumplimiento de requisitos o solemnidades constitutivas para suscribirlo.

Luego, si lo que sucede en un determinado asunto es que entre las partes se celebra un contrato de compraventa sobre un bien inmueble y posteriormente a éste deciden celebrar otro acuerdo con el objeto de modificar la forma de realizar el pago del precio

³⁹ *Ibíd*em Pág. 312.

⁴⁰ *Ibíd*em. Pág 405.



inicialmente convenido, es evidente que en éste caso para que dicho acuerdo se repute perfecto no se requiere de la suscripción de una nueva escritura pública, pues a través del mismo no se estaría alterando ninguno de los elementos esenciales de la compraventa que se ha celebrado.

5. El Incumplimiento contractual.

Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que *“el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”*, que *“el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes”* y que *“el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.”*

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.

Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de *“no cumplimiento”*⁴¹ y esta situación, por regla general,⁴² no da lugar a la responsabilidad civil.⁴³

El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las

⁴¹ F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237

⁴² Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil

⁴³ Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, *ibidem*.



prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediamente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.

Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que *“incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que *“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.”*

Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A.

Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediamente condenada al fracaso.



6. Los Hechos probados.

En el asunto que aquí se revisa por vía de la apelación se encuentra que el 24 de Junio de 2010 se celebró entre la sociedad accionante como promitente vendedora y el demandado como promitente comprador un contrato de promesa de compraventa por virtud del cual aquella se obligó en favor de éste a transferir los derechos de propiedad y posesión sobre 27 unidades privadas que hacían parte del Edificio “Granada – Propiedad Horizontal” para la construcción de la obra denominada “Plazoleta de la Caleñidad y Granada” (Fols. 5 a 22 del C. No. 1).

Las 27 Unidades que hacían parte del Edificio “Granada” se identificaron así:

1)Garaje de Visitantes identificado con la matrícula inmobiliaria No.370-287798; **2)Garaje No. 1** identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-287799; **3)Garaje No. 2.** identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-287800; **4)Garaje No. 3** identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-287801; **5)Garaje No. 4** identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-287802; **6)Garaje No. 5** identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-287803; **7) Mezanine Bloque 1 piso 1** identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-287809; **8)Oficina No. 1 Bloque 3 Piso 1** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259468; **9)Oficina No. 2 Bloque 1 Piso 1** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259469; **10)Apartamento No. 6 Bloque 2 Piso 1** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259463; **11)Apartamento No. 10 Bloque 3 Piso 1** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259467; **12)Apartamento No. 2 Bloque 1 Piso 2** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259459; **13)Apartamento No. 7 Bloque 2 Piso 2** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259464; **14)Apartamento No. 11 Bloque 3 Piso 2** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259470; **15)Apartamento No. 12 Bloque 3 Piso 2** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259473; **16)Apartamento No. 3 Bloque 1 Piso 2** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259460; **17)Apartamento No. 8 Bloque 2 Piso 3** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259465; **18)Apartamento No. 13 Bloque 3 Piso 3** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259471; **19)Apartamento No. 14 Bloque 3 Piso 3** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259474; **20)Apartamento No. 4 Bloque 4 Piso 4**



Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259461; **21) Apartamento No. 9 Bloque 2 Piso 4** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259466; **22) Apartamento No. 15 Bloque 3 Piso 4** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259472; **23) Apartamento No. 16 Bloque 3 Piso 4** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259475; **24) Apartamento No. 5 Bloque 3 Piso 4** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-259462; **25) Apartamento No. 5A Bloque 1 Piso 5** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-287804; y **26) Apartamento No. 9A Bloque 2 Piso 5** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-287805; **27) Apartamento No. 18 Bloque 3 Piso 5** Identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-287808 (Fols. 5 a 16 del C. No. 1).

A través de la **Cláusula Cuarta** se fijó como valor del bien No. 6, denominado **Garaje No. 5** e identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-287803 la suma equivalente a \$22´742.655,00 (Fol. 8 del C. No. 1) y como precio total del contrato la suma de \$2.919´375.489,00. (Fol. 19 del C. No. 1).

Mediante la **Cláusula Quinta** relativa a la forma de pago las partes convinieron que del valor total del contrato el promitente comprador cancelaría la suma de \$1.459´687.744,50 dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firma de la promesa de compraventa y el saldo restante equivalente a \$1.459´687.744,50 dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha en la que se le entregara la primera copia de la Escritura Pública registrada junto con el Certificado de Libertad y Tradición, la constancia de Registro a nombre del Municipio de Santiago de Cali-Secretaría de Infraestructura y Valorización como propietario y el acta de entrega material de los inmuebles objeto de adquisición.

A su vez, mediante el **Parágrafo Primero** de dicha cláusula se convino:

“PARÁGRAFO: En aplicación de la Ley 793 de diciembre 27 de 2002, el **PROMITENTE COMPRADOR** se reserva el derecho a efectuar el pago del precio indicado en la cláusula quinta de éste instrumento, en el evento que los inmuebles objeto de ésta promesa sean vinculados en un proceso penal, y en todo caso frente a una orden judicial”. (Fol. 20 del C. No. 1).



A través de la **Cláusula Séptima** del contrato el promitente vendedor se obligó a entregar los bienes objeto de la venta

“libre de embargos, demandas de cualquier naturaleza, antícresis, condiciones suspensivas o resolutorias, limitaciones del dominio, servidumbres, pleitos pendientes, hipotecas, usufructo, uso o habitación, arrendamientos por Escritura Pública, y en general de cualquier gravamen o limitación del dominio y saldrá al saneamiento en los casos de Ley. **PARÁGRAFO PRIMERO: EL PROMITENTE VENDEDOR** se obliga con el **PROMITENTE COMPRADOR** a cancelar cualquier gravamen o limitación al derecho de dominio que afecte a los inmuebles prometidos en venta y a responder por cualquier acción que resultare sobre los mismos bienes. **PARÁGRAFO SEGUNDO: EL PROMITENTE COMPRADOR**, se obliga con el **PROMITENTE VENDEDOR** a cancelar la Contribución por Valorización causada por beneficio general inscrita en los folios de la matrícula Inmobiliaria...” de los inmuebles objeto de la venta (Fols. 20 y 21 del C. No. 1).

El 2 de julio de 2010 se suscribió entre las partes el Acta de entrega Real y Material de los bienes objeto de la venta (Fols. 55 a 65 del C. No. 1).

El 28 de septiembre de 2010 la Secretaría de Infraestructura y Valorización del Municipio de Cali le informó al Notario del Círculo de Cali que teniendo en cuenta que por medio de la Resolución No. 4151.0.21.0027 del 12 de febrero de 2010 los bienes objeto de la venta habían sido declarados de utilidad pública e interés social para la construcción y ejecución de la “Plazoleta de Caleñidad y Granada” se encontraban “EXENTOS del Pago de la Contribución de Valorización del Plan de Obras 556-“21 Megaobras”, razón por la cual se encontraban a Paz y Salvo con el pago de la misma y en consecuencia solicitó la expedición de la Escritura Pública en la que se perfeccionaría el negocio prometido (Fol. 38 del C. No. 1).

El 29 de diciembre de 2010 el Municipio de Cali expidió la certificación No. 0003403791(Fol. 37 del C. No. 1), a través de la cual hizo constar:

“Ref: CERTIFICADO DE NO PAGO PREDIAL.

Según consta en la consulta de pagos del SISTEMA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE HACIENDA MUNICIPAL DE CALI, no realizo pago por concepto de IMPUESTO PREDIAL UNIFICADO, por ser predio de propiedad del municipio, razón por la cual no tributa hasta la vigencia 2010.

Referencia Catastral:	B012200030000	Estrato: 5
Certificado a Nombre de:	MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.	
Dirección del Predio:	A4 10 N 60	
Avalúo del Predio:	\$681'626,000	



Expediente: 47.331
Acción Contractual
Recurso de Apelación

Código Único: 0102060007000300000003
Resolución: 01105 Fecha Resolución: 2010-12-28".

A su vez el 30 de diciembre de 2010 la Secretaría de Infraestructura y Valorización del Municipio de Cali, a través de la certificación No. 48072 hizo constar que el propietario del predio identificado con la Referencia Catastral No. B012200030000 y el Código único No. 0102060007000300000003 se encontraba "a Paz y Salvo con la contribución de valorización" (Fol. 53 del C. No. 1).

El 31 de diciembre de 2010 se celebró entre las partes el contrato de compraventa mediante la Escritura Pública No. 4.708 expedida por la Notaría Veintitrés del Círculo de Cali, en el que se reprodujo el objeto del contrato de promesa de compraventa (Fols. 26 a 36, 39 y 40 del C. No. 1).

En la **Cláusula Quinta** de dicho contrato la sociedad accionante en su calidad de vendedora declaró haber recibido la suma de \$1.459.687.744,50 el 12 de agosto de 2010 mediante el cheque No. 2005493 del Banco AV VILLAS cuenta corriente No. 165001736 y a su vez el comprador se obligó a cancelar el saldo restante equivalente a \$1.459.687.744.50 dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha en que aquella le hiciera entrega de la primera copia de la Escritura Pública debidamente registrada junto con el Certificado de Libertad y Tradición y el acta de entrega real y material de los inmuebles objeto de la compraventa (Fol. 36 vto. del C. No.1).

Mediante la **Cláusula Sexta** del contrato de compraventa el comprador declaró haber recibido del vendedor la entrega real y material de los bienes objeto de la venta, así como su posesión "útil, quieta y legalizada", tal como se había hecho constar a través del Acta de entrega del 2 de julio de 2010 (Fol. 36 vto. del C. No. 1).

A través del **Parágrafo Primero de la Cláusula Séptima** del contrato la Sociedad vendedora se obligó frente al comprador a entregar los inmuebles objeto de la venta a paz y salvo del impuesto predial y Valorización, de Contribución, libre de contadores de acueducto y energía y gas; así como también a cancelar cualquier gravamen o limitación al derecho de dominio (Fol. 36 vto. del C. No. 1).



Mediante la comunicación del 19 de abril de 2011 el Secretario de Infraestructura y Valorización le solicitó al señor Registrador de Instrumentos Públicos de Cali que efectuara el Registro parcial de la Escritura Pública en comento, excluyendo de la misma el registro del inmueble identificado con la Matrícula Inmobiliaria No. 370-287803 en atención a la existencia de una medida cautelar de embargo por jurisdicción coactiva ordenada frente a dicho inmueble por medio del Oficio No. DCPEF-1803 del 9 de junio de 1998 (Fol. 133 del C. No. 1).

El 9 de diciembre de 2011 se celebró entre las partes un otrosí al contrato de compraventa en el que las partes acordaron:

“(…)QUINTO: Que teniendo en cuenta que las veintiséis unidades jurídicas transferidas ya son propiedad del Municipio Santiago de Cali – Secretaría de Infraestructura y Valorización y que no existe ningún impedimento legal para el pago de los valores adeudados por dichas unidades, las partes contratantes han acordado el PAGO PARCIAL del predio de venta pactado inicialmente, es decir la suma de MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL OCHENTA Y BUEVE(sic) PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$1.436.945.089.50), dejando pendiente de pago la suma de VENTIDOS MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA (\$22.742.655.00), correspondiente al valor comercial de la unidad jurídica denominada GARAJE No. 5, identificado con la matricula inmobiliaria 370-287803, por encontrarse vigente la inscripción de un EMBARGO POR JURISDICCION COACTIVA ordenado mediante Oficio DCPEF-1803 DEL 09-06-1998 emanado de la Tesorería del Municipio de Santiago de Cali, cuyo pago se realizará cuando pueda inscribirse la transferencia al Municipio Santiago de Cali-Secretaría de Infraestructura y Valorización. QUINTO: Que las demás Cláusulas del contrato de compraventa siguen vigentes en su totalidad” (Fols. 23 a 25 del C. No. 1).

El 12 de diciembre de 2013 por medio del Oficio No. 2013413130083294 el Subdirector del Departamento Administrativo de la Subdirección de Tesorería de Rentas remite ante el Coordinador Jurídico de la Secretaría de Valorización Municipal original y copia del Oficio No. 2013413130219771 del 10 de diciembre de 2013 mediante el cual se le solicita al Registrador Principal de la Oficina de Instrumentos Públicos que levante la medida cautelar de embargo sobre el bien inmueble identificado catastralmente con el No. B012200030000 Matrícula Inmobiliaria No. 370-287803 (Fol. 429 del C. No. 1).



Copia de la Matricula Inmobiliaria No. 370-287803 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali en la que se hace constar la cancelación de la medida cautelar de embargo de dicho inmueble (Fol. 430 del C. No. 1).

7. La solución del caso concreto.

Pues bien, de las probanzas allegadas y que atrás se reseñaron aparece demostrado que el accionado Municipio de Santiago de Cali fue quién incumplió tanto el contrato de compraventa como el otrosí suscrito entre las partes el 9 de diciembre de 2011 al no cancelar el saldo del precio inicialmente convenido por la venta de las 27 unidades privadas que hacían parte del Edificio Granada, el cual debía pagar dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha en la que se le entregara la primera copia de la Escritura Pública registrada junto con el Certificado de Libertad y Tradición, la constancia de Registro a nombre del Municipio de Santiago de Cali-Secretaría de Infraestructura y Valorización como propietario y el acta de entrega material de los inmuebles objeto de adquisición.

No podía justificar el demandado su incumplimiento en el hecho de que la Sociedad accionante no le hubiera entregado la totalidad de los bienes objeto de la venta “*libre de embargos*”, pues si bien ésta se obligó a ello a través de la cláusula séptima del contrato de compraventa, también es cierto que el mismo accionado fue quien le otorgó la exención a dichos bienes del pago de la Contribución de Valorización del Plan de Obras 556-21 Megaobras al ser declarados como de utilidad pública y expidió los paz y salvo respectivos previamente a la suscripción del contrato de compraventa y mediante el otrosí que suscribió el 9 de diciembre de 2011 se obligó a cancelar \$1.459'687.744,50, descontando de la misma la suma de \$22'742.655.00 para un total de \$1.436'945.089.5.

Para corroborar lo anterior basta con leer la comunicación del 28 de septiembre de 2010 suscrita por la Secretaría de Infraestructura y Valorización del Municipio de Cali y



dirigido al Notario del Círculo de Cali⁴⁴, las certificaciones de paz y salvo del pago de impuestos por concepto de valorización expedidas el 29 de diciembre de 2010⁴⁵ y el 30 de diciembre de 2010⁴⁶ y el Oficio No. 2013415120026954 del 9 de diciembre de 2013⁴⁷, documentos a través de los cuales se logró acreditar que los bienes inmuebles objeto de la venta se encontraban exentos del pago de las contribuciones por concepto de valorización, luego no podía el accionado justificar el incumplimiento de su obligación de cancelar el saldo del precio del contrato inicialmente convenido en el hecho de que sólo uno de dichos bienes se encontrara embargado, pues fue el mismo quien eximió dichos bienes del pago de la contribución por concepto de valorización.

Así las cosas, no podía entonces el Tribunal de primera instancia proceder a declarar como probada la excepción de contrato no cumplido, pues en el presente asunto no se encontró demostrado que la sociedad accionante hubiera incurrido en un incumplimiento grave de las prestaciones a su cargo, que debía ejecutar éstas primero en el tiempo, ni mucho menos que la no ejecución de las mismas hubiera sido determinante para que el Municipio demandado haya incumplido las suyas.

En efecto, se encuentra demostrado que la Sociedad accionante cumplió con las obligaciones a su cargo, pues entregó los bienes objeto de la venta por medio del acta suscrita el 2 de julio de 2010, que el Municipio de Santiago de Cali sólo canceló la mitad del precio inicialmente convenido en el contrato de compraventa el 12 de agosto de 2010 mediante el cheque No. 2005493 del Banco AV Villas, que mediante el otrosí suscrito el 9 de diciembre de 2011 las partes acordaron que el accionado cancelaría el saldo restante descontando de dicha suma el valor equivalente a \$22'742.655,00, que ante la solicitud de la Secretaría de Infraestructura y Valorización del Municipio demandado el Registrador Municipal de la Oficina de Registro de instrumentos públicos ordenó la cancelación de la medida cautelar de embargo sobre el bien inmueble identificado catastralmente con el No. B012200030000 Matrícula Inmobiliaria No. 370-

⁴⁴ Folio 38 del C. No. 1.

⁴⁵ Folio 37 del C. No.1.

⁴⁶ Folio 53 del C. No. 1.

⁴⁷ Folios 427 del C. No. 1.



287803 y que pese a ello el accionado se ha negado reiteradamente a cancelar la suma a la que se obligó a cancelar por concepto de los bienes entregados en venta.

Por otro tanto, no es cierto como equivocadamente lo consideró el Tribunal de primera instancia que el otrosí suscrito entre las partes el 9 de diciembre de 2011 es ineficaz, pues a través del mismo las partes no alteraron ni modificaron ninguno de los elementos esenciales del contrato de compraventa celebrado, sino únicamente la forma en la que se realizaría el pago del saldo restante del precio inicialmente acordado adeudado por el accionado, razón por la cual para que dicho acuerdo se reputara perfecto y produjera los efectos que se encontraba llamado a producir no se requería que se hubiera contenido en una escritura pública.

No se puede afirmar que la forma de efectuar el pago del precio en los contratos de compraventa sea de carácter solemne, pues se estaría afirmando equivocadamente que cada vez que éste se realizara debería entonces suscribirse una escritura pública lo cual no es cierto.

Tampoco le asiste la razón al Ministerio Público cuando señala que de las pruebas sobrevinientes arrimadas al plenario mediante el memorial del 7 de mayo de 2014 se logró demostrar que el accionado ya había cancelado las sumas adeudadas en favor de la Sociedad accionante, pues a través de las mismas lo único que se logró acreditar es que ante la solicitud de la Secretaría de Infraestructura y Valorización del Municipio demandado el Registrador Municipal de la Oficina de Registro de instrumentos públicos ordenó la cancelación de la medida cautelar de embargo sobre el bien inmueble identificado catastralmente con el No. B012200030000 Matrícula Inmobiliaria No. 370-287803, más no que el Municipio demandado hubiera cancelado suma alguna en favor de la demandante.

En éste orden de ideas, la Sala considera que en el presente asunto lo que se impone es un fallo accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda, con excepción de aquella que depreca la condena del demandado al reconocimiento y pago de la sumas dejadas de percibir por no poder celebrar una compraventa sobre el establecimiento de comercio denominado “*Estación de Servicio San Nicolás*” ubicado



en la calle 17 No. 5-51 del Municipio de Cali, el cual se destinaría a la distribución al por menor de combustible (gasolina y diésel).

En efecto, si bien la accionante pide que se condene al demandado al reconocimiento y pago de unas sumas que presuntamente dejó de percibir por no poder celebrar una compraventa sobre el establecimiento de comercio denominado “*Estación de Servicio San Nicolás*”, en el expediente no obra prueba alguna que demuestre que se haya causado algún daño que determine el deber de indemnizar un perjuicio por dicho concepto.

Así, no estando probado ningún daño por dicho concepto, no puede ordenarse condena alguna por los supuestos perjuicios derivados del mismo.

Y como así no lo vio ni lo decidió el Tribunal de primera instancia, la sentencia apelada deberá ser revocada para en su lugar declarar el incumplimiento del contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública No. 4708 del 31 de diciembre 2010 y del otro sí suscrito entre éstas el 9 de diciembre de 2011; se condenara al demandado Municipio de Santiago de Cali al reconocimiento y pago de la suma equivalente a \$1.459´687.744,50, descontando de la misma la suma de \$22´742.655.00 para un total de \$1.436´945.089.5 y se negaran los restantes pedimentos de la demanda.

Y para actualizar dicha suma se aplicará la consabida fórmula $Ra = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$, tomando como índice inicial el del mes de enero de 2012, fecha en la que debía realizarse el pago (109,96) y como índice final el último conocido, esto es el del mes de febrero de 2016 (129,41), que multiplicado por la suma a actualizar, esto es, \$1.436´945.089.5 da la suma equivalente a \$1.691´115.533,1

8. Condena en agencias en derecho.

El Despacho es competente para fijar las costas y agencias en derecho de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del C.P.A.C.A, al numeral 2° del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil y al artículo 365 del Código General del Proceso.



Ese mismo artículo 393 del Código de Procedimiento Civil para determinar la cuantía de las agencias en derecho deben aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y que si aquellas establecen solamente un mínimo o un máximo, se tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado que litigó, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder al máximo de dichas tarifas.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, el cual fue modificado por el Acuerdo 2222 de 10 de diciembre de 2003, estableció las tarifas y los factores que debían tenerse en cuenta al momento de fijar las agencias en derecho, tales como la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión, la idoneidad de la actuación, la capacidad económica del interesado, la importancia de la gestión encomendada, entre otros (art. 3).

En los procesos tramitados en segunda instancia ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el Consejo Superior de la Judicatura fijó la tarifa de la siguiente manera:

“3.1.3. Segunda instancia. (...).

Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”.

Ahora bien, los anteriores no son los únicos parámetros a los cuales se debe sujetar el Juez para la imposición de las agencias en derecho, dado que estos sólo atañen a valoraciones precisas de la actuación adelantada por las partes en el proceso, pues, no debe perderse de vista que en cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad⁴⁸; y para lograr ello en buena medida contribuye la

⁴⁸ “3. Una decisión jurídica es razonable en sentido estricto si y sólo si: 1) Se toma en situaciones en que no sería aceptable, o no se podría, aceptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que considerar en la decisión; y 3) es aceptable por la comunidad.” Pág. 193. ATIENZA, Manuel. Para una



valoración de los principios constitucionales.

En tratándose de la condena en costas la propia jurisprudencia constitucional ha reconocido la aplicación de criterios de razonabilidad a efectos de determinar si es procedente su imposición:

“la Corte acoge los criterios sentados por esa Corporación, según los cuales el concepto jurídico indeterminado utilizado por el legislador en el artículo 171 del C.C.A no concede al juez una facultad absolutamente potestativa de decidir cuándo procede o no la condena en costas, sino que otorga una facultad discrecional que le permite hacer una evaluación razonable de la conducta procesal de la parte vencida, dentro de cierto margen de apreciación personal. Esta aplicación razonable de la norma implica que solamente resulta posible condenar en costas a dicha parte cuando ha procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia, por el ejercicio del derecho de acción o de defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas, de interponer recursos o de promover incidentes, en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal.

Ahora bien, en cuanto a la interposición de recursos, la Corte observa que esta facultad forma parte del derecho que tienen las partes de defender sus derechos por medio de sus apoderados. Desde luego, en la interposición de recursos se debe actuar dentro de las normas que impiden actos temerarios o de mala fe.”⁴⁹

Todo lo anterior lleva al Despacho a proponer un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible. Así:

	Idoneidad	Necesidad	Proporcionalidad en estricto sentido
Exigencias	Se refiere a la	El criterio jurídico de la necesidad en	El último supuesto del

razonable definición de “razonable”. DOXA 4. 1987. Consultado en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10909/1/Doxa4_13.pdf el 20 de septiembre de 2012.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-043 de 2004. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra



<p>fácticas</p>	<p>existencia fáctica de una afectación a un interés legítimamente tutelado por el ordenamiento jurídico, que para el caso de las agencias en derecho lo constituye la afectación que se causó al acceso a la administración de justicia.</p> <p>Debe advertirse que la satisfacción del primer supuesto del test se encuentra en la respectiva sentencia que desató la controversia pues, el legislador previó que es en dicha oportunidad en que el Juez puede pronunciarse sobre la imposición o no de la condena en costas.</p>	<p>el test de proporcionalidad comporta una valoración de grado o intensidad. Comoquiera que al abordar este escenario se parte del supuesto de que existe una afectación, el ejercicio valorativo en esta instancia se contrae a precisar el grado de intensidad de esa afectación, en donde acabe distinguir tres supuestos de intensidad:</p> <p>a) Afectación leve a la administración de justicia. Se configura cuando el fundamento de la afectación supone un simple desconocimiento de aspectos elementales de la formación jurídica.</p> <p>b) Afectación gravísima a la administración de justicia. Se constituye por la realización de reiteradas conductas dilatorias del proceso y que obstruyen el transcurrir del proceso judicial y las diligencias respectivas.</p> <p>c) Afectación gravísima a la administración de justicia, en donde, además del anterior supuesto, se presentan perjuicios a terceros.</p>	<p>escenario del test de proporcionalidad es el correspondiente a la tasación que se le debe asignar a cada uno de los niveles de afectación a la administración de justicia, esto es, en los niveles leve, grave y gravísima a la administración de justicia.</p> <p>a) Afectación leve. Esta tasación va hasta el 1,66% del valor de las pretensiones de la demanda.</p> <p>b) Afectación grave. A este escenario corresponderá una condena entre 1,67% y 3,32%.</p> <p>c) Por último la configuración del tercer supuesto de intensidad, el gravísimo, comportará una tasación que oscilará entre el 3,33% y el 5%.</p>
------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Empero lo anterior no resulta suficiente para determinar la tasación de la condena a imponer, pues, el Acuerdo 2222 de 10 de diciembre de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, concede un margen de movilidad dentro del cual el Juez debe fijar la condena por concepto de agencias en derecho, y que en el caso de



procesos en segunda instancia corresponde *“Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”*.

En este orden de ideas, este Despacho pone de presente que siendo la promoción al acceso a la administración de justicia uno de los pilares sobre los cuales se sustenta el fortalecimiento del estado de derecho⁵⁰, en tanto supone que la resolución de conflictos se discutirán por la vía de los cauces oficiales, además del afianzamiento del ordenamiento jurídico y el poder judicial como criterio decisorio y autoridad competente para desatar tales controversias⁵¹; es deber de las autoridades judiciales dosificar con suma prudencia las medidas sancionatorias que se apliquen a las partes, pues, aunque de cierta manera constituyen un medio pertinente para corregir conductas consideradas por el legislador como atentatorias de la recta y adecuada administración de justicia, no puede el Juez, so pretexto de su aplicación, desincentivar el acceso a la justicia.

Ahora, atendiendo a los 3 criterios referidos y a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por la accionante a lo largo del proceso la Sala considera que la conducta de la parte demandada será suficientemente remediada en el escenario de la idoneidad, pues se trata de una afectación grave a la administración de justicia, pues ésta se negó reiteradamente a dar cumplimiento a sus obligaciones por manera que se fijarán las agencias en derecho en un 3% respecto de la suma adeudada por el

⁵⁰ Constitución Política. Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

⁵¹ Al respecto es valioso traer a colación una consideración esbozada por la Corte Constitucional en torno a la administración de justicia como un derecho: “El Constituyente de 1991 elevó a derecho constitucional el acceso de todas las personas a la administración de justicia (CP. art. 229), garantía que permite a los individuos contar con un instrumento esencial de convivencia armónica, en tanto otorga la oportunidad de resolver las controversias y conflictos mediante la intermediación de un juez que actuando de manera independiente resolverá la controversia de que se trate en una decisión motivada, proferida con sujeción al procedimiento y a las garantías previstas en la Constitución y en la ley.” Sentencia T-1222 de 2004.

Y en el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 25 establece el derecho a un recurso judicial efectivo por parte de los Estados partes; de donde ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que *“El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”*⁵¹. La existencia de esta garantía *“constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”*⁵¹.

*El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la misma, que atribuye funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes, de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales”*⁵¹.” Caso Reverón vs Venezuela. Sentencia de 30 de junio de 2009.



accionado con ocasión del contrato de compraventa celebrado, debidamente actualizada, esto es, \$1.691´115.533,1

Entonces, el 3% del valor total de la estimación de la cuantía del proceso debidamente actualizada (\$1.691´115.533,1) equivale a \$50´733.465.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada por las razones expuestas en ésta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR el incumplimiento por parte del Municipio de Santiago de Cali, del contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública No. 4.708 del 31 de diciembre 2010 y del otro sí suscrito entre las partes el 9 de diciembre de 2011, por las razones expuestas en ésta providencia.

TERCERO: CONDENAR al Municipio de Santiago de Cali a pagar en favor de la demandante la suma de **MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES CIENTO QUINCE MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES MIL PESOS CON UN CENTAVO (\$1.691´115.533.1)**

CUARTO: CONDENAR en agencias en derecho a la parte vencida y por consiguiente al pago de la suma de **CINCUENTA MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$50´733.465)** conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.



*Expediente: 47.331
Acción Contractual
Recurso de Apelación*

SEXTO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Subsección C

F.A.