

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá D.C., agosto diecinueve de dos mil veintidós.

Magistrado Ponente	: JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Radicación	: 25386-31-03-001-2018-00217-01
Aprobado	: Sala No. 21 del 11 de agosto de 2022.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la sentencia proferida por el juzgado civil del circuito de La Mesa el 20 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

1. Belky Jazmín Cáceres López y Luz Dary Becerra demandaron a Cecilia Cantor Sánchez para que se declare que aquella como promitente compradora incumplió el contrato de promesa de compraventa que celebró con las demandantes, promitentes vendedoras, sobre el bien inmueble ubicado en el municipio de La Mesa, Barrio Pajonales, calle 5a bis No. 3-50 (lote 1)-, con un área de construcción aproximada de 134,99 m², cuyos linderos se encuentran en la escritura pública No. 3072 del 26 de diciembre de 2016 de la notaría única de La Mesa e identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 166-88446 de la oficina de registro de instrumentos públicos de la misma municipalidad y que como consecuencia se decrete la resolución del contrato, se le ordene la restitución del bien prometido en venta, el pago de los frutos civiles y de la cláusula penal pactada.

Relatan que son propietarias de *“una casa ubicada en el municipio de La Mesa-Cundinamarca en el Barrio Pajonales, en la calle 5a Bis No. 3-50 (Lote 1), con un área de construcción aproximada de 134,99 m², cuyos linderos se encuentran registrados en la Escritura Pública No. 3072 del fecha 26 de diciembre de 2016 de la Notaría Única del Circuito Notarial de La Mesa-Cundinamarca; predio identificado con el número de matrícula inmobiliaria No. 166-88446 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de La Mesa-Cundinamarca”*.

Que en escrito del 13 de diciembre de 2017 las demandantes y demandada suscribieron contrato de promesa de compraventa sobre el bien inmueble antes descrito, en el que acordaron como precio de la venta la suma de \$150'000.000 de pesos m/cte., *“pagaderos de la siguiente manera: la suma de treinta y cinco millones (\$35'000.000) a la firma de la promesa de compraventa, es decir, el día 13 de diciembre de 2017, los cuales efectivamente se cancelaron en dinero en efectivo por parte de la promitente compradora en la notaría única del círculo notarial de la Mesa Cundinamarca. El saldo, es decir, la suma de CIENTO QUINCE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$115.000.000) debía ser pagado por la promitente compradora el día 10 de agosto de 2018, previa la firma de la escritura pública de compraventa en la notaría única del círculo notarial de La Mesa Cundinamarca.”*

Que el 9 de agosto de 2018 la promitente compradora manifestó que no podría realizar el pago el 10 de agosto siguiente como estaba acordado, por lo que suscribieron un otrosí al contrato de promesa en el que la demandada *“se comprometió a realizar el pago del saldo del precio del inmueble el día 19 de octubre de 2018, más un interés de tres millones de pesos (\$3.000.000). es decir, el día 19 de octubre de 2018, la promitente compradora se obligó a pagar la suma de CIENTO DIECIOCHO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$118.000.000). Igualmente se pactó en el mencionado documento modificadorio, que una vez cancelado el saldo por la promitente compradora se procedería a la firma de la Escritura Pública en la notaría única del círculo notarial de La Mesa Cundinamarca”*.

Llegado el 19 de octubre de 2018 la promitente compradora incumplió con su obligación de pagar el saldo del precio en los términos convenidos en el contrato de promesa y el otrosí. *“Actualmente la casa prometida en venta se encuentra en poder de la demandada, por cuanto en la promesa de compraventa de fecha 13 de diciembre de 2017 (cláusula quinta), se pactó la entrega para ese mismo día, lo que efectivamente fue cumplido a cabalidad por mis representadas”,* a quienes no les asiste el interés de vender el inmueble prometido en venta a la demandada, debido a su incumplimiento; y que en

el contrato se pactó como cláusula penal pecuniaria por incumplimiento la suma de \$15'000.000 de pesos M/Cte.

2. Trámite.

Al ser admitida en proveído del 19 de febrero de 2019 se ordenó la inscripción de la demanda en el folio de matrícula respectivo; y aunque posteriormente solicitó la parte actora se modificara el auto admisorio para inscribir la medida cautelar en otro folio de número 166-103496 que se dijo correspondía ahora al inmueble objeto del contrato, la petición fue negada, mediante proveído de 18 de julio de 2019, en tanto, la modificación *“no se encuentra contemplada en la codificación colombiana”*

Notificada la demandada contestó oponiéndose a las pretensiones y excepcionando de mérito:

(i) *“Incumplimiento de ambas partes en la obligación de formalizar la escritura pública”,* que fundamentó en que *“la parte actora, debe demostrar que compareció a la Notaría Única del Círculo de La Mesa, Cundinamarca, en el horario de las ocho de la Mañana (8 AM) hasta las cinco de la tarde (5PM) habida cuenta que no se fijó una hora exacta para tal fin”* y como así no fue, se aplica la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del C.C.

(ii) *“El inmueble objeto de la promesa de compraventa es distinto al poseído y entregado por la parte actora a la parte demandada”,* en virtud de que *“el inmueble prometido en venta, es totalmente distinto al inmueble del cual son actualmente titulares las demandantes, quienes ostentan la titularidad de la casa número 1, desde el día 13 del mes de febrero de 2018, fecha en la cual la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la Mesa, Cundinamarca, activo el folio de matrícula inmobiliaria número 166-1034596”*¹.

Decretadas y practicadas las pruebas, entre estas el interrogatorio a las partes y el dictamen pericial que se decretó de oficio a efectos de determinar los frutos y mejoras, se adelantó la audiencia de que trata el artículo 373 del C.G.P., se corrió traslado para alegar de conclusión y emitió el fallo de instancia inicial.

3. La sentencia apelada.

La jueza de instancia encontró no probadas las excepciones y acogió las pretensiones, declaró el incumplimiento de la promitente compradora, decretó la resolución del contrato de promesa, ordenó restituciones mutuas, condenando a la demandada a entregar el inmueble prometido y pagar el valor de la cláusula penal por incumplimiento.

Consideró que el contrato de promesa celebrado el 13 de diciembre de 2017 cumplía con las exigencias legales, entre ellas la identificación del inmueble objeto de la venta, debatida como excepción de mérito, pues de *“las pruebas recaudadas, concretamente de la confesión obtenida mediante interrogatorio de parte, se pudo establecer que la parte demandada conocía, estaba plenamente consciente y sabía cuál era el inmueble que estaba adquiriendo, que se le estaba prometiendo en venta, puesto que afirma entonces que le vendieron o le prometieron un inmueble con un folio de matrícula distinto y que no coincide entonces con el actual”*.

Agregó, que *“nunca hubo discusión respecto de que materialmente el inmueble fuera otro del que se prometió y entregó efectivamente a la promitente compradora o que por error la demandada pensara que lo que se estaba prometiendo en venta era el predio de mayor extensión, es decir, las dos casas que conformaban antiguamente el predio de mayor extensión, más aún cuando ésta tenía conocimiento, la demandada tenía pleno conocimiento del proceso de desenglobe que se llevaría a cabo”*.

Que la demandada promitente compradora inobservó su obligación contractual de pagar el saldo del precio, pues no *“cumplió como promitente compradora que era, lo cual entonces relevó a la demandante de comparecer posteriormente a la suscripción de la escritura pública de compraventa a la notaría, y teniendo en cuenta que se trataba de obligaciones sucesivas, tiene lugar las condiciones para declarar el incumplimiento”*.

En síntesis, la promesa cumplía los requisitos de constar por escrito, de fijar fecha cierta para la celebración del contrato, modificada posteriormente a través de otrosí, no había causal de ineficacia que afectara el negocio, *“toda vez que pese a que la parte demandada propuso la excepción “el*

¹ Fl. 228 a 231. 01Cuad.Principal.

inmueble objeto de promesa de compraventa es distinto al poseído y entregado por la parte actora a la parte demandada", haciendo referencia a que se trata de inmueble diferente, lo cierto es entonces que no ha habido debate sustancial en cuanto precisamente a esa identidad, pues la misma demandada emprendió las obras de mejoras al predio sin reclamar en algún momento el supuesto inmueble de mayor extensión".

Probado el incumplimiento pues *"de la lectura e interpretación de la promesa objeto de este proceso, nos encontramos entonces frente a obligaciones sucesivas, como quiera que las planteadas en el cuerpo de la promesa no debían realizarse en un mismo acto sino por el contrario de manera sucesiva",* y debían satisfacerse en primer lugar las de pago del primer instalamento del precio y de entrega del bien inmueble, observadas oportunamente, seguidamente vendría el pago del saldo del precio, en la fecha convenida y por último, la suscripción del contrato prometido.

Y que la *"la tercera obligación a cumplir según los plazos mencionados estaba en cabeza de Cecilia Cantor Sánchez, sin que haya realizado el pago por valor de \$118.000.000 de pesos el 9 de octubre de 2018, hecho que se prueba por los medios probatorios correspondientes a la confesión realizada al responder el hecho 6to de la demanda, donde puntualizó que efectivamente el 19 de octubre de 2018 no se cumplió con el pago del saldo",* siendo innecesario analizar la inasistencia de las partes a la notaría en la fecha para la celebración de la venta, dado el incumplimiento previo de la promitente compradora, que daba paso a la resolución.

Ordenó la restitución del inmueble prometido por la promitente compradora, la devolución por la demandantes de la parte del precio pagada indexada, el pago de frutos a favor de las demandantes en proporción a la parte del precio no pagada, tomando como base la estimación hecha por el perito y concedió a la demandada la opción de retirar las mejoras útiles, sin detrimento del bien, a menos que la promitentes vendedoras optaran por pagar el precio correspondiente de las mismas y la condenó al pago de la cláusula penal y las costas.

4. La apelación.

La demandada recurre en apelación señalando que la decisión *"no consulta la verdad jurídico-probatoria, conforme a la ley",* cuestiona que se tuviera por acreditada la identidad del inmueble prometido en venta, porque *"la demandada conocía la situación jurídica del inmueble en litigio, olvidando entonces que el conocimiento jurídico de los inmuebles tiene tarifa legal, por lo tanto no es aceptable, el conocimiento de vista, menos la prueba testimonial".*

Sostiene que la decisión, de un lado, *"no consulta la ley",* porque *"en el expediente existe certificación notarial donde se da cuenta que la demandante fue incumplida",* a pesar de lo cual el juez *"oficiosamente califica de mala fe y a culpa de esto cobra frutos civiles de un predio que cuando se entregó a la compradora como esta probado en el trabajo hecho por perito competente no generaba el fruto";* por otro, que *"carece de justicia",* pues *"está probado el incumplimiento de la demandante, por lo tanto, al incumplido no le es dable pedir cumplimiento a la demandada, repito víctima, con este fallo se revictimiza".*

Y se incurrió en *"violación de la ley por vías de hecho",* en tanto, la sentencia *"no consulta el sistema probatorio de forma integral, para el suscrito, está debidamente probado el incumplimiento de la demandante, más aún de esto no se hace mención, este yerro genera incongruencia en vía del debido proceso".*

La parte demandante aboga por la confirmación de la decisión, sostiene que en la promesa de compraventa se hizo mención al número de matrícula inmobiliaria 166-88446 porque efectivamente ese número correspondía en su momento al predio de mayor extensión donde se ubicaba la casa que se prometió en venta, lo cual era de conocimiento de la promitente compradora y *"al momento de recibir físicamente el inmueble, la señora Cecilia no manifestó reparo alguno frente a las características inmobiliarias del bien que se comprometió a adquirir, de tal manera que fácil es colegir su pleno conocimiento del negocio y la voluntad que tenía de finiquitarlo. Tan es así que, sobre el inmueble realizaron mejoras."* Que lo pretendido con ese argumento era justificar el incumplimiento de la demandada al desistir de pagar lo que le correspondía. Además, al incumplirse la obligación de pago por la promitente compradora, las demandadas *"no tenían la obligación de proceder con la escrituración del predio".*

CONSIDERACIONES

1. Fuente de las obligaciones es el contrato o acuerdo de voluntades destinado a crearlas; el artículo 1495 del Código Civil expresamente señala que *"las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas como en los contratos o convenciones..."*.

Relevada importancia se le otorga a tal tipo de convención, pues dispone el legislador en el artículo 1602 ídem que *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Y en caso de incumplimiento contractual, la ley faculta al contratante cumplido a reclamar o bien la resolución del convenio o su cumplimiento forzado, en ambos casos, con indemnización de los perjuicios causados; así lo señala el artículo 1546 del código civil que consagra la condición resolutoria tácita, propia de los contratos bilaterales como lo es el de promesa de compraventa acá demandado en soporte de la pretensión resolutoria.

2. La solución de la alzada.

2.1. En la demanda que la sentencia recurrida respondió, pretendían las demandantes resolver el contrato de promesa de compraventa celebrado el 13 de diciembre de 2017, junto con el otrosí firmado el siguiente 9 de agosto de 2018, para que se ordenara volver las cosas al estado en que se encontraban antes de suscribirlo, restituyéndose a las promitentes compradoras el bien inmueble objeto de la promesa, junto con los frutos correspondientes al tiempo de la entrega y por el tiempo en que permaneció en poder de la demandada, así como la indemnización de perjuicios por incumplimiento con aplicación de la cláusula penal convenida.

La jueza accedió a las pretensiones, descartó la configuración de las excepciones planteadas y encontró configurados los requisitos propios de la acción resolutoria, como el apelante discute en primera medida que estuviese establecida en la promesa la plena identidad del inmueble objeto del contrato de promesa y con ello el cumplimiento del contrato de promesa de todas las exigencias legales para su eficacia, y es ese un examen oficioso que debe el juez de instancia emprender y superar para pasar al estudio de los demás requisitos de la pretensión, se inicia la alzada con ese estudio determinante para las restantes alegaciones y la solución del recurso.

2.2. Para iniciar debe partirse de considerar que la prosperidad de la pretensión resolutoria exige la confluencia de los siguientes requisitos: a) La existencia de un contrato bilateral válido; b) Cumplimiento del demandante de sus obligaciones derivadas del contrato, o cuando menos que se haya allanado a cumplirlos en la forma y tiempo debidos y c) Incumplimiento del extremo demandado, total o parcial, de las obligaciones que para él generó el pacto.

Frente al alcance y trascendencia del primero de los requisitos válido es recordar que como señala la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria: *“en los procesos en los cuales se busca la resolución de un contrato bilateral, el punto atinente a la validez o invalidez de éste es materia que queda incluida dentro del thema decidendum, así tal aspecto no se haya alegado expresamente por el demandado en la contestación a la demanda. Por consiguiente, cuando el fallo declara que el contrato que se pretende resolver no produce obligaciones válidas, por faltarle en su estructuración alguno o algunos de los requisitos establecidos por la ley, y por consiguiente niega la resolución pedida, no puede afirmarse con acierto que la sentencia así concebida sea incongruente por rebasar, por extra petita, las peticiones de la demanda o las excepciones del reo”*.²

2.2.1. Entrando al estudio de este primer requisito y con ello a determinar si el contrato atacado generó las obligaciones cuyo incumplimiento se reclama declarar, para la prosperidad de las pretensiones elevadas; tenemos que cuando del contrato de promesa se trata, los requisitos que aquél debe cumplir los señala el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, modificatorio del artículo 1611 del C.C. que reza: *“la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1º) Que la promesa conste por escrito; 2º) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del Código Civil; 3º) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; 4º) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales...”*

Ahora bien, conforme dispone el artículo 1741 del Código Civil la ausencia de uno o más de los mencionados requisitos es causal de nulidad absoluta del contrato, pues reza su inciso primero que: *«la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o*

² Corte Suprema de Justicia, casación civil de enero 27 de 1981.

contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas...».

2.2.2. Con vista en ello, es necesario verificar en particular el cumplimiento del requisito establecido en el numeral 4° del artículo 1611 antes citado, esto es, *“Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales”*.

Para analizarlo se debe partir del hecho que se trata de una promesa de compraventa, negocio que conforme con el artículo 1849 del C.C., *“es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”*. De allí que los elementos esenciales de la compraventa no son otros que la cosa y el precio, los cuales en consecuencia deben estar plenamente determinados en la promesa para que ésta tenga validez.

La falta de determinación del bien objeto material del contrato prometido, ha interpretado la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, que genera la nulidad absoluta del contrato de promesa al señalar: *“para que el contrato de promesa de compraventa tenga validez jurídica debe satisfacer plenamente las exigencias legales, respecto de las cuales la que tiene que ver con el cargo que se analiza hace relación al ordinal 4° del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, la cual sólo se cumple satisfactoriamente, tratándose de compraventa de bienes inmuebles o de derechos que recaen sobre estos, una vez se haya efectuado en ella la determinación de los sujetos y de los elementos esenciales del aludido contrato, esto es, la cosa vendida y el precio; por consiguiente, todos los requisitos legales de la promesa deben concurrir en el mismo acto constitutivo de la misma para que ésta sea válida, sin que quepa cumplirlos posteriormente por la vía de acudir a averiguaciones adicionales, las cuales, justamente por no haber quedado perfecta y expresamente previstas dentro del contrato preparatorio, impiden concluir que el contrato prometido fue determinado de tal suerte que sólo faltaría para perfeccionarlo la formalidad de la escritura pública.* (Subrayas agregadas) (...)

En el punto, importa recordar con palabras de esta misma Corporación, lo siguiente: “...La especificación o singularización del hecho atinente a la celebración del contrato prometido no es punto que la ley defiera a la discrecionalidad de los sujetos de la promesa, pues esa singularización ha sido imperativamente prefijada en el ordinal 4° del artículo 89 de la Ley 153. Allí se consagra una clara correlación entre la determinación del contrato prometido y los procedimientos o requisitos legales que sean esenciales para concluirlo. De hecho, si en un caso dado sólo está pendiente la ejecución de esos requisitos, es porque el contrato prometido se encuentra determinado a cabalidad. Pero si, por fuera de los mismos, todavía se necesita que se dé otro paso cualquiera a intento de concluir el contrato, ya no será viable afirmar que la determinación se ha cumplido de modo satisfactorio, es decir, según la contempla la ley (G. J. CLXXXIV, pág. 395 y 396)”.

2.2.3. En el caso, el inmueble objeto de la futura venta se identificó en la cláusula primera del contrato de promesa en los siguientes términos: *“CASA que se ENCUENTRA UBICADA EN EL Barrio Pajonales con dirección calle 5ª Bis No. 3-50- Lote 1, del Municipio de la Mesa Cundinamarca, la cual se encuentra en Obra Negra, sin ornamentación ni enchapes, únicamente con servicios de Agua y Luz, con acometida de servicio de gas natural, corresponde a un área superficial aproximada de CONSTRUCCIÓN de 134.99 M2, área privada, cuyos linderos se encuentran registrados en la escritura No. 3072 de fecha 26 de diciembre de 2016. Con todas sus mejoras y anexidades, dependencias, usos, costumbres y servidumbres legales establecidas. Predio identificado con la Matrícula Inmobiliaria No. 166-88446 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la Mesa Cundinamarca”*.

El extremo demandado y promitente comprador cuestiona insistentemente que el bien identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 166-88446 al que hace referencia la promesa es un predio de mayor extensión que fue objeto de posterior “desenglobe” para dar lugar al surgimiento de dos unidades habitacionales independientes, sólo una de las cuales era realmente objeto de la venta prometida y que hoy en día se identifica con el folio de matrícula inmobiliaria No. 166-103496.

2.2.3.1. Al parecer la intención de las partes fue, desde el primer momento celebrar una venta sobre uno de los inmuebles que surgiría producto del “desenglobe” del bien inmueble primigenio, como lo resaltó la jueza en su fallo, que así lo manifestó en su interrogatorio la demandante Belky Jazmín Cáceres López, que si bien en el contrato se anotó que al bien le correspondía el folio de matrícula inmobiliaria No. 166-88446 y los linderos conforme a la escritura pública 3072 de 26 de diciembre de 2006, la demandada lo tenía claro pues *“ella también sabía porque teníamos un proceso de desenglobe en curso”*.

³ Sentencia del 30 de octubre de 2001, Exp. 6849, MP. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Lo que reiteró la demandante Luz Dary Becerra de 48 años, instrumentadora quirúrgica y esteticista quien manifestó: *“Cuando nosotros firmamos hicimos promesa de compraventa, la señora tenía pleno conocimiento que estaba en proceso un desenglobe. Pero pues eso también está en los papeles que nosotros tenemos acá que no podemos consultar en este momento, pero todos los papeles están en regla”*.

Finalmente la demandada Cecilia Cantor Sánchez de 62 años, profesional licenciada en educación escolar, lo acepta al expresar no que hubiera tenido el convencimiento erróneo de que se le estaba vendiendo el predio de mayor extensión, sino que sabiendo que se trataba de un predio desenglobado, ignoraba el estado del trámite orientado a obtener el “desenglobe”, manifestó en su interrogatorio al ser indagada acerca de las irregularidades de que acusaba el contrato que *“yo no tenía conocimiento de eso, me vine a dar cuenta en el año 2019 cuando el señor vecino me grita y me dice en la calle, que yo tenía que darle la mitad, o sea el 50% del valor del impuesto predial para pagarlo entre los dos. Y vengo a hacer la averiguación y voy al banco y me dicen “solicite un certificado de libertad que le diga cuál es el certificado real del predio que le hicieron venta a usted”, hasta el año 2019 vengo a darme cuenta en junio exactamente por el problema que tuve con el vecino, me estaba pidiendo el valor del 50% para pagar el impuesto predial y en el 2018 yo le había dado \$350.000 para pagar el impuesto predial. Es decir, yo no tenía conocimiento de porqué el señor me estaba pidiendo lo del impuesto, o sea no habían desenglobado el predio ni nada, ¿por qué él me pide el 50% para pagar el impuesto? Y a mí, ellas hicieron la gestión porque yo leo el certificado de libertad ahora y dice que en febrero de 2018 hicieron una modificación y a mí no se me informó de nada, a mí absolutamente de nada me informaron”* y más adelante indagada sobre el conocimiento que tenía del desenglobe, añadió: *“Mire, a mí me dijeron que cuando hagamos la escritura usted no va a tener ningún inconveniente, pero a mí no me hicieron conocedora de la situación real del predio. Eso mire, eso fue como una ilusión, yo lo único que quería era, tenía un dinero y quería subir mis ingresos digamos y de pronto demostrarme a mí misma que yo podía hacer una negociación, unas mejoras en una casa y salir adelante, pero no pensé encontrarme con todos los tropiezos que yo me encontré, yo no y además, confíe plenamente tanto que ellas vinieron en diciembre a hacerle la escritura al señor, en diciembre del 2018 y a mí incluso yo salí y no me saludaron”*

Situación que así establecida en el análisis del a-quo le permitía concluir que de lo declarado por aquellas en su interrogatorio se extraía que no existían dudas en las partes del contrato respecto de la identificación del predio objeto de la promesa, lo que resulta intrascendente en lo que era objeto de su análisis, es decir, el determinar si en el texto del contrato de promesa examinado, como lo señala la jurisprudencia antes citada, estaba de tal modo determinado el contrato prometido, “que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales”. (Numeral 4 del artículo 89 de la ley 153 de 1887.)

2.2.3.2. Es decir, que puede ser que ambas partes estén de acuerdo sobre lo que ha de venderse, pero en todo caso, el objeto de la compraventa debe necesariamente estar determinado en el contrato de promesa que, cuando recae en inmuebles, es un contrato solemne que sólo tiene validez si se celebra por escrito.

Pues como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia⁴ aunque es viable celebrar una promesa sobre una cosa que no existe pero se espera que exista, tal como lo permite en punto de la compraventa el artículo 1869 del C.C., categoría que bien puede comprender el inmueble que en el futuro ha de existir como resultado del desenglobe de un predio de mayor extensión existente al tiempo de la promesa, pero que aun en dichos casos. *“la determinación del bien objeto del negocio prometido debe ser tal que no genere ningún tipo de duda.*

3.3.2. *Ahora bien, lo dicho en precedencia no implica que la promesa únicamente pueda versar sobre bienes o derechos actualmente existentes y determinados; pues, la normativa no impide que la convención preparatoria recaiga sobre bienes o derechos indeterminados, pero determinables, ni que involucre cosas inexistentes, pero cuya existencia pueda esperarse razonablemente para el momento del perfeccionamiento del contrato final.*

Justamente, el artículo 1869 del Código Civil contiene una regla de aplicación analógica a convenciones preparatorias, como lo es la promesa, que afirma la validez de la venta o la promesa de “cosas que no existen, pero se espera que existan”, sin olvidar que en ese supuesto va implícita “la condición de existir”, a menos que las partes convengan lo contrario “o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte”.

2.3. Claro es entonces que en el caso la promesa carece de la precisión necesaria para la determinación del bien inmueble que se prometía vender, pues ninguna observación se hizo en

⁴ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia SC5690 del 19 de diciembre de 2018, Rad. 11001-31-03-032-2008-00635-01, MP. Luis Alonso Rico Puerta.

el texto del contrato de promesa de que había un predio de mayor extensión del que se desprendería el prometido en venta ni la ubicación del prometido respecto del predio del que se desmembraría ni que se le otorgaría al nuevo inmueble un nuevo folio de matrícula inmobiliaria, pues el señalado en el contrato de promesa a la postre no correspondía al del inmueble objeto material de la promesa.

Es decir, en la promesa debe constar por escrito los requisitos del contrato prometido, entre ellos la determinación del objeto de la futura compraventa, por lo que en el texto del contrato debía hacerse precisión de que la promesa no recaía sobre el inmueble de mayor extensión identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 166-88446, sino sobre un predio inexistente para ese momento, pero que se esperaba existiera una vez concluido el “*desenglobe*” del predio de mayor extensión y que ello le atribuiría un número de matrícula inmobiliaria distinto al del predio de mayor extensión.

Pero nada de ello quedó explícito en el contrato de promesa como lo exige el legislador, y aunque el “*desenglobe*” que no se había perfeccionado para el 13 de diciembre de 2017 en que fue suscrita la promesa, ya lo estaba al momento de firmarse el otrosí del 9 de agosto de 2018, pues se perfeccionó con la escritura pública No. 192 del 05 de febrero de 2018 de la notaría única del círculo de La Mesa, y abierto el folio de matrícula inmobiliaria No. 166-103496 desde el 13 de febrero de 2018, sin embargo ninguna precisión se hizo en ese documento al respecto, impidiéndose así que se superara la irregularidad.

2.4. Significa lo hasta acá anotado que, contrario a lo concluido por la jueza de instancia inicial, la promesa de compraventa no reúne todos los requisitos que para su perfeccionamiento exige la ley y por ello está afectada de nulidad absoluta cuya declaratoria oficiosa se impone, conforme lo señalan los artículos 1740 y 1742 del C.C.

Y al estar afectada de nulidad, por no reunir los requisitos que la ley le señala, no puede el acto generar obligaciones entre sus contratantes y se impone que las cosas vuelvan al estado anterior a su realización con la observancia de las prestaciones mutuas que permitan mantener la equidad en los contratantes.

2.4.1. En este caso, la promitente compradora demandada está obligada a restituir a su contraparte, el bien que le fue entregado en virtud del contrato, es decir, la casa ubicada en el municipio de La Mesa-Cundinamarca, en el barrio Pajonales, en la calle 5a bis No. 3-50 (Lote 1), con un área de construcción aproximada de 134,99 m², inmueble identificado hoy con folio de matrícula inmobiliaria No. 166-10349, entregada el 13 de diciembre de 2017 y los frutos que aquel produjo conforme a la regulación de los artículos 969 y 1746 del Código Civil; mientras las promitentes vendedoras devolverán a la promitente compradora la suma recibida como pago del precio de venta y el reconocimiento de las mejoras.

Como la entrega se hizo el 13 de diciembre de 2017 según se indicó, se tomará el valor que corresponde como canon de arrendamiento desde entonces, tomando como base para determinarlo, el dictamen pericial que obra dentro del proceso. Frente al arrendamiento para el año 2022, como quiera que no fuese fijado en el dictamen, se toma el que allí se propone para 2021 -\$944.795- y se ajustará con el IPC de enero de 2021 (105,91) frente al de enero de 2022 - 113,26-, con la conocida fórmula: $VR = VH \times (IPC \text{ actual} / IPC \text{ inicial})$.

Acto seguido habrá que tomar a su vez cada canon e indexarlo a valor presente, conforme lo determina la Corte Suprema de Justicia: *“no existe obstáculo para que en materia de restitución de frutos la Corte no aplique el mismo criterio de actualización que ha reconocido frente al precio, pues no hacerlo conlleva una evidente injusticia que se puede remediar acudiendo esencialmente a los criterios constitucionales de equidad y reparación integral, lo cual realiza el mandato legal de dejar las partes, en lo posible, en el mismo estado que se hallarían si no hubiesen contratado, en la medida que el artículo 964 del Código Civil no está limitando el reconocimiento al precio en dinero que tenían los frutos al tiempo que se percibieron (percepti) o debieron serlo, sino a su “valor” que como tal es una variable que mantiene su aptitud intrínseca de servir en cualquier tiempo para la adquisición de su equivalente en determinados bienes y servicios”*⁵.

Entonces, se tienen los siguientes resultados en punto de los frutos:

⁵ SC2217-2021, Rad. 11001-31-03-028-2010-00633-02, MP. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	IPC FINAL	IPC INICIAL	VALOR INICIAL	VALOR INDEXADO
13/01/2018	07/2022	120,27	97,53	\$226.949	\$279.864
13/02/2018	07/2022	120,27	98,22	\$226.949	\$277.898
13/03/2018	07/2022	120,27	98,45	\$226.949	\$277.249
13/04/2018	07/2022	120,27	98,91	\$226.949	\$275.960
13/05/2018	07/2022	120,27	99,16	\$226.949	\$275.264
13/06/2018	07/2022	120,27	99,31	\$226.949	\$274.848
13/07/2018	07/2022	120,27	99,18	\$226.949	\$275.208
13/08/2018	07/2022	120,27	99,3	\$226.949	\$274.876
13/09/2018	07/2022	120,27	99,47	\$226.949	\$274.406
13/10/2018	07/2022	120,27	99,59	\$226.949	\$274.075
13/11/2018	07/2022	120,27	99,7	\$857.684	\$1.034.641
13/12/2018	07/2022	120,27	100	\$857.684	\$1.031.537
13/01/2019	07/2022	120,27	100,6	\$894.260	\$1.069.111
13/02/2019	07/2022	120,27	101,18	\$894.260	\$1.062.983
13/03/2019	07/2022	120,27	101,62	\$894.260	\$1.058.380
13/04/2019	07/2022	120,27	102,12	\$894.260	\$1.053.198
13/05/2019	07/2022	120,27	102,44	\$894.260	\$1.049.908
13/06/2019	07/2022	120,27	102,71	\$894.260	\$1.047.148
13/07/2019	07/2022	120,27	102,94	\$894.260	\$1.044.809
13/08/2019	07/2022	120,27	103,03	\$894.260	\$1.043.896
13/09/2019	07/2022	120,27	103,26	\$894.260	\$1.041.571
13/10/2019	07/2022	120,27	103,43	\$894.260	\$1.039.859
13/11/2019	07/2022	120,27	103,54	\$894.260	\$1.038.754
13/12/2019	07/2022	120,27	103,8	\$894.260	\$1.036.152
13/01/2020	07/2022	120,27	104,24	\$929.584	\$1.072.535

13/02/2020	07/2022	120,27	104,94	\$929.584	\$1.065.381
13/03/2020	07/2022	120,27	105,53	\$929.584	\$1.059.424
13/04/2020	07/2022	120,27	105,7	\$929.584	\$1.057.720
13/05/2020	07/2022	120,27	105,36	\$929.584	\$1.061.134
13/06/2020	07/2022	120,27	104,97	\$929.584	\$1.065.076
13/07/2020	07/2022	120,27	104,97	\$929.584	\$1.065.076
13/08/2020	07/2022	120,27	104,96	\$929.584	\$1.065.178
13/09/2020	07/2022	120,27	105,29	\$929.584	\$1.061.839
13/10/2020	07/2022	120,27	105,23	\$929.584	\$1.062.445
13/11/2020	07/2022	120,27	105,08	\$929.584	\$1.063.961
13/12/2020	07/2022	120,27	105,48	\$929.584	\$1.059.926
13/01/2021	07/2022	120,27	105,91	\$944.795	\$1.072.897
13/02/2021	07/2022	120,27	106,58	\$944.795	\$1.066.152
13/03/2021	07/2022	120,27	107,12	\$944.795	\$1.060.778
13/04/2021	07/2022	120,27	107,76	\$944.795	\$1.054.477
13/05/2021	07/2022	120,27	108,84	\$944.795	\$1.044.014
13/06/2021	07/2022	120,27	108,78	\$944.795	\$1.044.590
13/07/2021	07/2022	120,27	109,14	\$944.795	\$1.041.144
13/08/2021	07/2022	120,27	109,62	\$944.795	\$1.036.585
13/09/2021	07/2022	120,27	110,04	\$944.795	\$1.032.629
13/10/2021	07/2022	120,27	110,06	\$944.795	\$1.032.441
13/11/2021	07/2022	120,27	110,6	\$944.795	\$1.027.400
13/12/2021	07/2022	120,27	111,41	\$944.795	\$1.019.931
13/01/2022	07/2022	120,27	113,26	\$993.859	\$1.055.372
13/02/2022	07/2022	120,27	115,11	\$993.859	\$1.038.410
13/03/2022	07/2022	120,27	116,26	\$993.859	\$1.028.139
13/04/2022	07/2022	120,27	117,71	\$993.859	\$1.015.474

13/05/2022	07/2022	120,27	118,7	\$993.859	\$1.007.004
13/06/2022	07/2022	120,27	119,31	\$993.859	\$1.001.856
13/07/2022	07/2022	120,27	120,27	\$993.859	\$993.859
13/08/2022	07/2022	120,27	120,27	\$993.859	\$993.859
TOTAL					\$50.838.304

Por lo que el valor a reconocer por este rubro de los frutos civiles del inmueble objeto de la controversia, y los cuales debe pagar la promitente compradora a las promitentes vendedoras, asciende a **\$50.838.304**

2.4.2. Por su parte, las demandantes promitentes vendedoras están obligadas a restituir la parte del precio que les fue pagado y que, conforme al acervo probatorio, se eleva a \$35’000.000, suma frente a la cual procede la indexación correspondiente, en aras de respetar la regla según la cual las partes deben ser restituidas a la situación en que estarían de no haberse celebrado nunca el negocio, como lo exige el principio de equidad.

Así las cosas, habrá lugar a la actualización de la parte del precio pagada, \$35’000.000, a valor presente. Para ello, es necesario tener en cuenta que esa suma se pagó el mismo 13 de diciembre de 2017 en que se celebró la promesa de compraventa, por lo que se tiene:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	IPC FINAL	IPC INICIAL	VALOR HISTÓRICO	VALOR INDEXADO
13/12/2017	07/2022	119,31	96,92	\$35.000.000	\$43’432.212
VALOR DE LA INDEXACIÓN				\$8’432.212	

Además, es preciso que a la indexación se añada lo atinente a los frutos civiles que, no son otros que los intereses legales, como se deriva de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia que al respecto ha señalado:

“A tono con lo aquí anotado, la Corte ha adoctrinado que “(...) la regulación de las prestaciones mutuas que aún de oficio deben ser ordenadas por el juez cuando quiera que decrete la nulidad o en general la ineficacia del acto jurídico, apuntan a que se restituya, por la parte obligada a ello, la suma de dinero recibida en ejecución del acto anulado, o inexistente, con la consiguiente corrección monetaria, así como con los intereses que es dable entender produce el capital recibido. Es, salvo excepción legal, el efecto general y propio de toda declaración de nulidad de un negocio jurídico retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo» (SC10097-2015, 31 jul.). (...) Al abrigo del precedente, se liquidarán los réditos causados sobre los dineros que entregaron los promitentes compradores [...] a la tasa del 6% anual, debiéndose insistir en que el resultado de esa operación se sumará al valor actualizado del capital, conforme la variación del IPC que certifica el DANE”⁶.

En ese sentido, es preciso realizar la siguiente operación aritmética:

FECHA DE ENTREGA	CAPITAL	TASA DE INTERÉS MENSUAL (6% anual/12)	MESES HASTA EL 13/06/2022	INTERESES	CAPITAL MÁS INTERESES
13/12/2017	\$35’000.000	0,5 %	56	\$9’800.000	\$44’800.000
TOTAL	\$35’000.000	\$9’800.000			\$44’800.000

⁶ SC002-2021, Rad. 68001-31-03-008-2011-00068-02, MP. Luis Alonso Rico Puerta.

A ese valor de \$44’800.000, propio del capital más los intereses legales, debe sumarse finalmente el de \$8’432.212 relativo a la indexación que se había obtenido antes, llegando a un resultado de **\$53’232.212**, que corresponde restituirle a la demandada promitente compradora.

En relación con las mejoras a favor de la demandada, habrá de aplicarse lo dispuesto en el artículo 966 del Código Civil que prevé que: *“el poseedor de buena fe, vencido, tiene así mismo derecho a que se abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda. Solo se entenderán por mejoras útiles las que hayan aumentado el valor venal de la cosa.*

El reivindicador elegirá entre el pago de lo que valgan, al tiempo de la restitución, las obras en qué consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo.”

Atendiendo a que la promitente compradora debe ser considerada poseedora de buena fe, en tanto ingresó al predio con autorización plena de las propietarias, tal como consta en el documento base de esta demanda, tiene derecho a que las promitentes vendedoras le paguen las mejoras útiles plantadas, las que fueron constatadas en la diligencia de inspección judicial decretada con tal propósito, cuantificadas y valoradas por el perito, quien además dio cuenta que efectivamente aumentaron el valor de la cosa, por lo que, en aplicación del principio de equidad, resulta procedente su reconocimiento.

Así entonces, como se pudo comprobar la existencia de las adecuaciones a la vivienda, se tiene que las mejoras a reconocer por las demandantes a la demandada, conforme a lo constatado en la diligencia de inspección judicial realizada por la juzgadora de instancia con presencia de las dos partes contratantes y que además las demandantes promitentes vendedoras, a más de haber verificado su existencia, manifestaron estar dispuestas a reconocer, son las siguientes, esto atendiendo a la cuantificación realizada en la experticia, incluida la tabla de depreciación:

DESCRIPCION	VALOR
CARPINTERIA METALICA	\$25.370.000.00
SUMINISTRO EN INSTALACION VIDRIO DE 4MM	\$ 1.740.000.00
SUMINISTRO E INSTALACION DE ENCHAPES	\$15.813.098.51
PINTURA Y ESTUCO SOBRE MUROS	\$ 2.665.018.20
MOBILIARIO BAÑOS	\$ 1.823.300.00
TANQUE AGUA 2000 UT EN PLASTICO ETERNIT (INCLUYE INSTALACION)	\$ 3.035.998.00
BAÑO NUEVO	\$ 1.475.632.52
COCINA INTEGRAL	\$ 4.770.000.00
ARMARIO EN AGLOMERADO DE MADERA	\$ 750.000.00
PUERTAS EN MADERA	\$ 3.413.400.00
LACA SOBRE SUPERFICIES	\$ 663.932.94
TANQUE AGUA 500 LIT. EN PLASTICO (INCLUYE INSTALACION)	\$ 529.023.00
INSTALACION GAS NATURAL	\$ 622.353.00
ARBOLES FRUTALES	\$ 120.000.00
TOTAL MEJORAS	\$62.968.832,07
AIU 12%	\$ 7.556.259.85
VALOR TOTAL	\$70.525.091.92
VALOR FINAL	\$70.525.091.92

Valoración que finalmente incluida la depreciación de los tres años en que llevan construidas arrojó el siguiente resultado:

Vida útil (años) Construcción 100	Estado de Conservación 2,0	Edad (años) 3,0	Edad (%) 3,0	Depreciación (%) 4,03	Cantidad 1,00	Vr. De Reposición a Nuevo 70.525.091,92
Valor gastado (s/m)		Valor	Remanente	Valor de las mejoras		Valor total
2.842.161,20		(\$/m)		(\$)		mejoras (\$)
		67.682.930.71		67.682.930.71		\$67.682.931

Obteniéndose entonces un monto total por mejoras de **\$67.682.931**, suma que fue presentada al 30 de marzo de 2021, por lo que deberá ser indexada a la fecha de proferimiento de esta decisión 13-08-2022-.

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	IPC FINAL	IPC INICIAL	VALOR HISTÓRICO	VALOR INDEXADO
30/03/2021	07/2022	120,27	107,12	\$67.682.931	\$75.991.655
VALOR DE LA INDEXACIÓN				\$8.308.724	

En total el valor de las mejoras que deberán reconocer las demandantes a la demandada una vez quede en firme esta decisión asciende a la suma de **\$75.991.655.00**.

Finalmente, como ya no hay lugar a declarar incumplimiento, en la medida en que no puede haberlo respecto de un contrato nulo, por la misma razón, ya no es procedente aplicar la cláusula penal del contrato en favor o en contra de alguna de las partes.

En suma, se ordenará a la compradora Cecilia Cantor Sánchez, restituir, en un plazo no mayor a 15 días posteriores, a la ejecutoria del auto que disponga el obedecimiento a lo acá resuelto, la casa objeto de la promesa de compraventa a Belky Jazmín Cáceres López y Luz Dary Becerra, además el pago de frutos civiles representados en los cánones de arrendamiento por el tiempo en que detentó el bien y a estas últimas en igual tiempo, devolver a la compradora la parte del precio pagado y el reconocimiento de las mejoras debidamente tasadas en la experticia. De igual se autoriza que las partes compensen sus mutuas obligaciones dinerarias acá reconocidas.

Ahora bien, como la parte demandada no solicitó al contestar la demanda que se le reconociera el derecho de retención del inmueble que detentaba y del que reclamaba el reconocimiento de las mejoras plantadas, como lo exige el artículo 96 del C.G.P., a la luz de la interpretación de la Corte Suprema de Justicia⁷ de dicha disposición, no puede haber un reconocimiento oficioso de dicha prerrogativa al extremo demandado.

Por último, al declararse oficiosamente la nulidad del contrato de promesa no hay lugar a imponer costas procesales en ninguna de las instancias.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en Sala Civil – Familia de decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

REVOCAR la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2021, por el juzgado civil del circuito de La Mesa, para en su lugar disponer:

- 1°. DECLARAR** la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa celebrado entre Belky Jazmín Cáceres López y Luz Dary Becerra, como promitentes vendedoras y Cecilia Cantor Sánchez como promitente compradora, el 13 de diciembre de 2017, así como su otrosí de fecha 09 de agosto de 2018, respecto de la casa ubicada en el municipio de La Mesa Cundinamarca, barrio Pajonales, calle 5 a Bis No. 3-50 (lote 1), con un área de construcción aproximada de 134.99 m2 que a la fecha se identifica con el folio de matrícula inmobiliaria No. 166-103496 antes 166-88446, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.
- 2°. ORDENAR** a la demandada Cecilia Cantor Sánchez, en un plazo no mayor a los diez días siguientes a la ejecutoria del auto que disponga obedecer y cumplir lo dispuesto por el superior, que entregue el inmueble que detenta, casa ubicada en el municipio de La Mesa Cundinamarca en el barrio Pajonales, en la calle 5 a bis No. 3-50 (lote 1), con un área de construcción aproximada de 134.99 m2 que a la fecha se identifica con el folio de matrícula inmobiliaria No. 166-103496 antes 166-88446 a las demandantes Belky Jazmín Cáceres López y Luz Dary Becerra.
- 3°. ORDENAR** a la promitente compradora Cecilia Cantor Sánchez pagar a las demandantes promitentes vendedoras, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del auto que disponga obedecer y cumplir lo dispuesto por el superior, la suma de **\$50.838.304**, por concepto de frutos civiles, cánones de arrendamiento causados en la detentación del inmueble, desde el momento de la entrega y hasta la fecha de proferimiento de esta decisión.

⁷ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia STC4144-2018 de marzo 22 de 2018. Exp. 25000-22-13-000-2017-00498-01

4°. ORDENAR a las promitentes vendedoras Belky Jazmín Cáceres López y Luz Dary Becerra, pagar a la promitente compradora Cecilia Cantor Sánchez, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del auto que disponga obedecer y cumplir lo dispuesto por el superior, por concepto del dinero entregado como parte del precio debidamente indexado la suma de **\$53.232.212.00**.

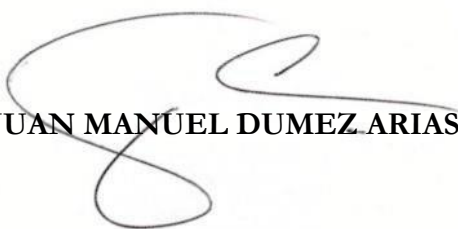
5°. ORDENAR a las promitentes vendedoras **Belky Jazmín Cáceres López y Luz Dary Becerra**, pagar a la promitente compradora Cecilia Cantor Sánchez, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del auto que disponga obedecer y cumplir lo dispuesto por el superior, por concepto de las mejoras plantadas en el inmueble que se le ordena restituir la suma de **\$75.991.655.00**

6°. Autorizar a las contratantes para que compensen las sumas de dinero adeudadas entre sí, que fueron reconocidas en esta sentencia.

7°. Sin condena en costas en las instancias.

Notifíquese y cúmplase,

Los magistrados,



JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS



JAI ME LONDOÑO SALAZAR

GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ
(En compensación por habeas corpus)