

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

Sala Civil Familia

Ponente Jaime Londoño Salazar

Bogotá D.C., trece de julio de dos mil veintiuno

Referencia: 25290-31-03-002-2019-00097-01

(Discutido y aprobado en sesión de Sala de 1° de julio de 2021)

Con arreglo en el procedimiento dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, se decide la apelación interpuesta contra la sentencia de 24 de marzo de 2021 dictada por el Juzgado 2° Civil del Circuito de Fusagasugá, en el proceso declarativo promovido por Cristopher Machado y Spephanie Dorette Machado contra Luis Eduardo Olivares Lis.

ANTECEDENTES

1. Como pretensión principal se pidió declarar la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa de 4 de enero de 2016 y, en efecto, condenar al demandado a restituir a los demandantes \$150.000.000 indexados junto con sus réditos legales y subsidiariamente se dispense la resolución de ese negocio con el consecuente pago de esos conceptos, así como por la suma de \$55.000.000 equivalente a la cláusula penal convenida en aquel pacto.

Como fundamento de tales súplicas, en lo fundamental, se indicaron los siguientes hechos:

Los convocantes desde hace más de 1 década residen en los Estados Unidos de Norte América, razón por la cual Isabel y Alberto Machado Cadena, quienes si viven en Colombia, firmaron *“en su representación”* el consabido contrato en condición de promitentes compradores, siendo la promitente vendedora el accionado Luis Eduardo Olivares Lis.

Ese negocio se signó el 4 de enero de 2016 y versó sobre la enajenación de un inmueble pendiente por construir, a saber, la Casa 5 de la Manzana A del Proyecto Montebello IV del municipio de Fusagasugá, heredad que el enjuiciado prometió entregar totalmente cimentada el 27 de diciembre de 2016, empero, incumplió ese deber porque el bien aún no se encuentra terminado.

Los convocantes aparentemente enaltecieron los pagos que les correspondía efectuar antes de la calenda en que su contendor se obligó a proporcionar el predio reseñado, toda vez que de los \$550.000.000 pactados en la compraventa le consignaron \$150.000.000 que deben reembolsarse en esta actuación debidamente indexados con sus réditos legales.

Dicho acuerdo bilateral está permeado de nulidad absoluta porque no colma las exigencias del precepto 1611 del Código Civil, en consideración a que no hace indicación de los lindes

de la casa prometida, como tampoco de la época y mención de la notaría donde correspondía protocolizarse ese arreglo.

2. El auto admisorio se dictó el 5 de mayo de 2019 y el enjuiciado guardó silencio guardó silencio.

3. *La sentencia.* El juez dispensó con favor la pretensión principal, declaró absolutamente nulo el negocio examinado y ordenó al convocado restituir a sus oponentes \$150.000.000 *"indexados desde el 9 de enero de 2017"*, capital sobre el cual dispuso pagar intereses legales a la tasa del 6% anual desde esa fecha y hasta su pago total.

Procedió de esa forma porque el convenio suscrito entre los intervinientes adolece de los requisitos de los numerales 3° y 4° y del artículo 1611 del Código Civil, en consideración a que no contiene la indicación de los contornos del fundo comercializado y porque no concretó la fecha en la que a aquéllos les correspondía acudir ante el fedatario para formalizar la venta mediante documento escriturario, requerimientos que, consideró, injustificables e irremplazables en tratándose de acuerdos bilaterales como el ponderado.

Asimismo, el sentenciador con base en la documentación incorporada halló demostrado que los postuladores del debate con ocasión de ese pacto contractual suministraron al accionado \$150.000.000 que, de conformidad con los postulados jurisprudenciales vigentes, deben ser restituidos indexados con el reconocimiento de réditos legales al 6% anual.

4. *La apelación.* El demandado manifestó que en el parágrafo de la condición 1° de ese arregló quedó expresamente señalado que *“en este acto se omite la determinación exacta de los linderos y medidas correspondientes de la casa, estos se perfeccionaran en el momento de elevarse a escritura pública”*, clausulado que, en su criterio, eximía de indicar los linderos de ese inmueble, máxime cuando no estaba edificado en el instante en el que se prometió su enajenación, condición que en efecto hacía inviable dispensar la nulidad absoluta del convenio y debe enaltecerse a ultranza porque es producto de la autonomía de la voluntad de las partes.

Aludió que los demandantes no aportaron al expediente el contrato de promesa de compraventa analizado completo, *“y la razón es muy sencilla, el mismo fue impreso en papel tamaño carta que no contiene la cláusula cuarta del contrato y no en oficio como fue elaborado, al observar el documento original... que me permito aportar... se encuentra... el requisito alegado como inexistente... de la fecha, hora y lugar de otorgamiento de la escritura pública”*, situación adicional que impedía declarar la consabida invalidez; precisó que sus oponentes fueron los incumplidos porque no certificaron que hubiesen concurrido al fedatario en la fecha acordada y que hubieren consignado la totalidad de los pagos acordados en el negocio y expresó que es incompatible disponer el pago simultaneo de *“la indexación... e intereses moratorios sobre las mismas sumas de dinero”*.

5. En el traslado dado por este tribunal, el recurrente replicó sus inconformidades iniciales.

CONSIDERACIONES

De conformidad con la argumentación vertida en la alzada corresponderá a este tribunal verificar si en la compraventa que involucra la enajenación de una heredad pendiente por construir, es imprescindible o no identificar cabalmente el activo negociado en función de que su comercialización no resulte permeada por el fenómeno de la nulidad absoluta.

Y ha sido la jurisprudencia nacional la encargada de resolver vicisitudes como la averiguada, pues con luminosidad ha sentenciado que en el acuerdo bilateral es imperativo y no convencional identificar, de modo exacto, las unidades inmobiliarias que no levantadas para cuando se prometieron vender, esto, bajo la égida de que su transferencia está condicionada con las mismas aristas que gobiernan a los activos ya contruidos porque también *"constituyen un derecho de naturaleza inmueble"* (CS 30-10-2001), de donde se sigue que su individualización debe estar equipada de sus contornos generales y especiales, o cuando menos debe citarse e incorporarse en el convenio escrito el documento que los contiene para que de esa forma quede determinado *"de tal suerte que para su perfeccionamiento solo falten... las formalidades legales"*, como lo preceptúa el numeral 4° del artículo 1611 del Código Civil.

Sobre ese punto la Sala de Casación Civil en una controversia que involucró un problema jurídico similar al ponderado, pronunció las siguientes consideraciones en la sentencia de 30 de octubre de 2001 -expediente 6849-:

“la sociedad propietaria del inmueble, prometió vender parcialmente el inmueble... “esa porción objeto material del contrato constituye un derecho de naturaleza inmueble, puesto que se trata del espacio por construir que se sobrepone y accede al terreno donde se levanta o proyecta levantar la respectiva edificación, y como tal se halla sujeto a las atribuciones, limitaciones y demás regulaciones previstas en el régimen legal de propiedad horizontal vigente para la época, aspecto que resulta esencial dentro del análisis que exige el caso.

Se resalta lo último, por cuanto de tal naturaleza se desprende que el bien prometido en venta a que se refiere este litigio era susceptible de individualizarse de manera que «se determine de tal suerte el contrato [prometido], que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales» (artículo 89 de la ley 153 de 1887, numera14º), como se exige para la eficacia de toda promesa de celebrar un contrato; y no, como concluyó el Tribunal, incurriendo en error manifiesto de hecho, en el sentido de afirmar que la identificación del derecho prometido sobre el cual recae la promesa no permitía «otras especificaciones», distintas de señalar los linderos generales del lote y la identificación del primer piso construido, más la referencia a los planos y licencias de construcción; la cual, valga decirlo de una vez y enfáticamente, tuvo por objeto especificar la construcción que debía realizar el futuro comprador, antes que determinar los confines del derecho prometido de una manera cierta e inconfundible, y con tal suficiencia que fuera posible otorgar, sin más y en la fecha pactada, 1ª correspondiente escritura pública, requisito sine qua non para el perfeccionamiento del contrato prometido, lo que realmente aquí no se verifica.

En la especie de este proceso, hechas las precisiones anteriores, la falta de determinación exacta del derecho prometido en venta radica en la ausencia de linderos específicos de la superficie subsiguiente al primer nivel y hasta el séptimo, toda vez que en el documento contentivo de la promesa apenas se determinaron expresamente y con la debida exactitud los linderos generales del lote de terreno base del proyectado edificio, suficientes únicamente para identificar el primer piso construido, cuyo dominio se reservaba la sociedad demandante pero no los que corresponden al espacio destinado a la construcción de los pisos subsiguientes, objeto del contrato disputado, los cuales necesariamente debían incluir, cuando menos, el primero y el octavo, como nuevos linderos de la parte restante del edificio en vía de ser construido.

...De otro lado, no puede pasarse por alto que, en las circunstancias que ofrece el presente caso, están de por medio «las ordenaciones del Decreto 960 de 1970, según las cuales los inmuebles que sean objeto de enajenación 'se identificarán (..) por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde están ubicados y por sus linderos' (Art. 31) y en el Decreto 2354 de 1985, que establece que, 'cuando en una escritura se agreguen una o más porciones de un inmueble, se identificarán y alinderarán los predios segregados .. .' (Art. 1). Y es que tratándose de inmuebles no es admisible otra manera o forma de determinarlos legalmente» (G. J., T. CLXXX, pág. 226).

La comentada exigencia no puede soslayarse so pretexto de que la venta prometida recae sobre un espacio sin construir como el de que aquí se trata, para entender, como erróneamente lo estimó el Tribunal, que simplemente consiste en todo lo que está por encima del primer piso, puesto que aun en ese evento se debe partir de que ese espacio, aunque sin contenido material construido por el momento, se halla preconcebido, más tratándose de especie o cuerpo cierto, y sólo falta la ejecución de la obra para la cual se pretende adquirir, por lo que no se advierte obstáculo alguno impediendo de su plena identificación de modo anticipado, incluso por sus linderos y dimensiones.

...ahora bien, como ya se dijo, esa identificación no solamente debe hacerse en forma completa sino que debió incluirse en el texto del contrato de promesa de compraventa, en tanto esa fue la forma de celebrarlo escogida por las partes, sin que sea suficiente en este caso mencionar a otros documentos como son los planos y la licencia de construcción, con los cuales no se suplen las deficiencias comentadas en torno a la determinación del bien prometido en venta, máxime, si, como se advirtió, esa alusión no tuvo por finalidad dejar en claro cuál era el bien prometido, (énfasis fuera del texto).

Ese panorama permite conceptuar que la comercialización de un bien que no se hallaba edificado cuando el promitente vendedor convino transferirlo y edificarlo también debe enaltecer los lineamientos compelidos en el artículo 31 del Decreto 960 de 1971, según los cuales, los “inmuebles que sean objeto de enajenación, gravamen o limitación se identificarán por su cédula o registro catastral si lo tuvieren; por su nomenclatura, por el paraje o

localidad donde están ubicados, y por sus linderos. Siempre que se exprese la cabida se empleará el sistema métrico decimal”.

Con fundamento en los insumos recopilados puede sentenciarse que la compraventa consultada involucró la transferencia de la Casa 5 de la Manzana A del Proyecto Montebello IV del municipio de Fusagasugá, abordaje que igualmente permitió enjuiciar que ese activo no estaba construido cuando el encausado prometió venderlo a los demandantes, de ello dan patente noticia las convenciones 1° y 6° de ese negocio, toda vez que refirieren que aquella *“casa será construida dentro de un área de terreno de 423m²... el vendedor expresa que realizará la entrega de los bienes... el 27 de diciembre de 2016 totalmente terminado”.*

Del documento que recoge el antedicho arreglo, específicamente de su convención 1°, se evidenció que aquel inmueble se identificó así: *“Casa # 5 de la Manzana A, con matrícula inmobiliaria 157-66838, número catastral 00-01-0002-3038-810 que hace parte del Proyecto Montebello ubicado en Chinauta... la casa será construida dentro de un área de terreno de 423m² y construcción aproximada de 200m² bajo cubierta que consta de primer piso: sala, comedor, cocina, 2 alcobas con vestir y baño privado cada una, 1 baño social, zona de lavandería, parqueadero. Segundo piso: 2 alcobas, 1baño vestier y un baño auxiliar, terraza y balón”,* como también se observó que los contratantes en el parágrafo único de aquel clausulado dejaron sentado que *“en este acto se omite la determinación exacta de los linderos y medidas correspondientes a la casa. Estos se perfeccionarán en el momento de elevarse a escritura pública el presente contrato”.*

De conformidad con las convenciones descritas, emerge con claridad que los negociantes no reseñaron en la compraventa los linderos generales ni particulares, tanto de la casa *sub-judice* como del conjunto residencial donde debe edificarse, debiéndose advertir que la mención que se hace del número de habitaciones, baños y del folio inmobiliario de aquella vivienda tampoco suple esa deficiencia, en consideración a que en el acto preparatorio no se incorporaron ni aludieron sus planos en procura de ofrecer claridad en punto a sus especiales características y medidas exactas de sus espacios, de modo que esa omisión es señal inequívoca de que la contratación examinada está permeada de nulidad absoluta por adolecer de una formalidad que la ley exige para su eficacia, cual es, la confinada en el numeral 4° del precepto 1611 del Código Civil.

Viene oportuno destacar, que en el legajo milita un plano arquitectónico que aparentemente corresponde a la heredad disputada en esta temática, empero, lo cierto es que ese documento, a más de que no menciona las áreas o contornos extrañados en precedencia, no pudo haber sido parte integral del acuerdo bilateral, si se tiene que el negocio se signó el 2 de enero de 2016 mientras que dicho croquis se elaboró con posterioridad, a saber, el 2 de junio de esa anualidad.

No es desconocido que el encausado en función de pretextar el no señalamiento de los linderos de la vivienda comercializada, memoró que con sus oponentes concertó, con soporte en el principio de la autonomía de la voluntad, precisarlos en el documento escriturario de venta, a lo cual hay que decir que esa

prebenda contractual encuentra limite frente a los preceptos 31 del Decreto 960 de 1971 y 1611 -numeral 4°- del Código Civil, que establecen a ultranza la obligatoriedad de identificar con exactitud los bienes objeto de enajenación, esto, por motivo de que son normas de orden público y de contera de obligatorio cumplimiento que no pueden someterse al arbitrio de los contratantes.

Respecto de lo cual la jurisprudencia civil dio cuenta, al sostener que 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 14° 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).

También el demandado en procura de guarnecer el embate que esgrimió para que en esta instancia se declare que el acuerdo bilateral es válido, sostuvo que sus oponentes no aportaron el documento de venta completo y que esa omisión impidió certificar que sí compila la fecha y lugar donde debía protocolizarse la escritura pública, a lo cual hay que concluir que deviene inane enjuiciar ese reproche por cuanto sus resultas no tendrían la capacidad de alterar

la nulidad absoluta del convenio examinado, pues esa invalidez emana, sin más, por la ausencia de los contornos del activo comercializado, y aunque el recurrente sostuvo haber incorporado en su apelación la promesa completa, se tiene que no es plausible analizar su legalidad en la medida en que su arrimo es extemporáneo en tanto que no lo aportó en las fases probatorias permitidas en el cgp.

Es prístino que la invalidez decretada conlleva a que ninguna de las convenciones del acto preparatorio produzcan el efecto pretendido, de tal suerte que ello constituye valladar para establecer conforme lo sugirió el inconforme, la aparente infracción de los deberes negociales de los promitentes compradores, pues *“la declaratoria de nulidad absoluta conlleva que la convención viciada pierda la aptitud para producir cualquier consecuencia jurídica; para todos los efectos «se considera el contrato como no realizado (nullum est negotium; nihil est actum)», de modo que sus secuelas obligacionales desaparecen ex tunc, como si jamás se hubiera celebrado”*, (SC002-2021).

Por lo demás, es diáfano que el expediente revela que los promitentes compradores proporcionaron al encausado los \$150.000.000 ordenados restituir en la primera instancia, prueba de ello es la comunicación militante a folio 28 que aquél firmó el 30 de enero de 2019 para dejar constancia de que el activo que prometió vender *“se encuentra en obra gris”* y que los accionantes *“me han abonado el valor de... \$150.000.000”*.

Y en virtud de que ese capital debe reponerse como producto de la nulidad del pacto bilateral que involucró a los

contratantes, su devolución ineludiblemente debe venir guarnecida de su indexación como de sus réditos legales al 6% anual, pues, según los dictados que la Sala de Casación Civil anotó en la sentencia SC002 de 18 enero de 2021, *"para suprimir los efectos del pacto declarado nulo, debe asegurarse tanto la devolución exacta de lo entregado, como la compensación de lo que cada parte negocial dejó de percibir por haberse desprendido de aquello que entregó. Conforme con este raciocinio, si el promitente comprador, en ejecución de lo concertado con su contraparte, le transfiere a esta una cantidad de dinero como anticipo del precio de la futura compraventa, aquel tendrá derecho a recibir de vuelta ese monto, debidamente indexado, y junto con una rentabilidad razonable"*; esto, por cuanto *"resulta equitativo compensar a ese promitente comprador por no haber podido invertir sus recursos en otra actividad que le reportara lucro. De no hacerlo, se prohiaría la inequidad, al prohiar que los dineros sean utilizados por quien promete vender, sin contraprestación de ningún tipo"*; de donde viene que no luce improcedente conminar el pago simultaneo de la consabida indexación e intereses legales.

Lo analizado conlleva a la frustración de la impugnación, con la imposición de costas por aparecer causadas.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Civil -Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve, **confirmar** la sentencia de fecha y procedencia anotadas. Condenar en costas de esta instancia al

apelante, en su momento inclúyase la suma de \$2.000.000 a título de agencias en derecho.

Notifíquese,

Los magistrados,



JAIME LONDOÑO SALAZAR



GERMAN OCTAVIO RODRIGUEZ VELÁSQUEZ



ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ