

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala Quinta Civil-Familia

Magistrada Sustanciadora
GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO

Código. 08001315301220170009501
Rad. Interno. **43201**

Barranquilla, diecinueve (19) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y aprobado según acta de Sala n°. 073.

Se resuelve por este proveído el recurso de apelación formulado por la parte demandada principal – *demandante en reconvención* – frente a la sentencia adiada 16 de febrero de 2021, proferida por el Juez 12° Civil del Circuito de Barranquilla dentro del proceso verbal de ‘*resolución de contrato*’ promovido por Ramón Emilio Ramírez Pérez y William Moreno Rojas, contra Claudia Noella Serrano Hernández, Dollys Serrano Hernández, Luz Marina Serrano Hernández, María Cristina Serrano Hernández y Fernando Alberto Serrano Hernández; radicado bajo el n°. único 08001315301220170009501.

I. ANTECEDENTES

1.1. Los señores Ramón Emilio Ramírez Pérez y William Moreno Rojas, mediante apoderado judicial, a fin de que, previos los trámites del proceso verbal, se declarara resuelto el contrato de promesa de compraventa que en calidad de promitentes compradores, celebraron el 07 de septiembre de 2015 con Claudia Noella Serrano Hernández, Dollys Serrano Hernández, Luz Marina Serrano Hernández, María Cristina Serrano Hernández y Fernando Alberto Serrano Hernández; respecto del bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria n°. 192-5264.

1.1.1. El vocero judicial de los demandantes, fundamentó las peticiones en que, el día señalado para la firma de la escritura pública – 07 de septiembre de 2016 – los demandados no se encontraban en el Distrito de Barranquilla y les

resultaba imposible asistir para tal efecto, a la Notaría Quinta de ese círculo; además que el asesor jurídico de los demandados no había aprobado el texto de la minuta.

Expuso que, por tales motivos, sus procurados no se acercaron a la notaría, sin embargo, los demandados Claudia y Fernando Serrano Hernández, asistieron de forma desleal para obtener la constancia de comparecencia.

Agregó particularidades de la negociación, tales como, que el precio fue fijado en \$370.000.000 de pesos M/L, que fueron pagados \$259.000.000 de pesos M/L a la firma de la promesa y el saldo era pagadero el día de la escrituración; que le hicieron entrega material del bien inmueble en noviembre de 2015; y que pese a haber informado a la Alcaldía Municipal de Curumaní (arrendataria) sobre el cambio de propietarios, nunca recibió cánones de arrendamiento por parte de esa entidad.

1.1.2. Emitido el auto admisorio y notificado este a los demandados contestaron la demanda en diferentes escritos y uniformemente, señalando que siempre han tenido la voluntad de cumplir.

Como excepciones de mérito, propusieron las de (i) incumplimiento del contrato por los demandantes; (ii) inexistencia del incumplimiento de los promitentes vendedores; (iii) renuencia de los demandantes a recibir el dinero fruto de la resolución; (iv) contrato resuelto; y (v) la genérica de lo que se halle probado en el proceso.

Expresaron que fueron los demandantes principales quienes incumplieron las obligaciones de comparecer a la notaría el día señalado para la firma de la escritura pública de compraventa, así como de pagar el saldo restante.

1.2. En su debida oportunidad, los demandados principales presentaron demandada de reconvención, pretendiendo también la resolución del contrato, señalando que los promitentes compradores incumplieron las referidas obligaciones.

1.2.1. Admitida la demanda y dentro del término de traslado, la parte demandada en reconvención – demandante principal – presentó contestación, oponiéndose parcialmente a los hechos, totalmente a las pretensiones y formulando las excepciones de (i) contrato no cumplido; (ii) incumplimiento por parte de los promitentes vendedores; y (ii) la genérica de lo que se halle probado.

1.3. Rituada en su integridad la primera instancia, el juez a-quo profirió sentencia fechada 16 de febrero de 2021, por medio de la cual negó las pretensiones de ambas demandas y en su lugar, declaró la resciliación del contrato, tras considerar que existían obligaciones de simultáneas que fueron incumplidas por ambas partes. De este modo, ordenó la restitución del inmueble, así como de la parte del precio pagada, debidamente indexada y con intereses legales.

1.4. Inconformes, ambas partes presentaron recurso de apelación; la parte actora principal no formuló reparos; y la demandante en reconvención, señalando como reparos que (i) no procede la indexación planteada en la sentencia; como tampoco (ii) los intereses.

Fue así como, el juzgador de primera instancia concedió la apelación formulada por el extremo pasivo principal y declaró desierto el del parte activa principal.

1.5. Allegado recurso de apelación a esta Sala y admitido el mismo, se ordenó correr traslado para las alegaciones en esta instancia, de acuerdo con el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

En su debida oportunidad, la parte apelante reiteró lo manifestado en el escrito de reparos que presentó en la primera instancia, según el cual, no resulta procedente ni la indexación ni los intereses, toda vez que sus procurados en todo estuvieron gestionando la devolución de la parte del precio que recibieron; que en todo momento buscaron el arreglo directo, que hubo intervención de terceras personas, que los llamaron a conciliación extrajudicial en derecho; y que constituyeron depósito judicial para pagar esa suma de dinero; sin embargo, los demandantes son los que se han negado a recibirla.

La parte contraria guardó silencio.

1.6. Surtida en su integridad esta instancia, procede la emisión de la aludida sentencia por medio de la cual, se resuelve la alzada, no sin antes dejar establecido que los presupuestos procesales se hallan cumplidos satisfactoriamente, por cuanto el Juzgado de instancia y este Tribunal son competentes para decidir el asunto, por su naturaleza, ubicación del inmueble referenciado, entre otros factores determinantes.

La demanda reúne los requisitos de forma exigidos por la ley y las partes resultan capacitadas civil y procesalmente para intervenir en esta litis. Tampoco se observan irregularidades que puedan afectar la validez del trámite, en tal razón se emite fallo de fondo, previas las siguientes

II. CONSIDERACIONES

Debe comenzar la Sala por precisar, que de conformidad con el artículo 320 del Código General del Proceso, *“El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante**, para que el superior revoque o reforme la decisión.”* Y este

aspecto limitativo se encuentra igualmente reafirmado en el artículo 328 *ibídem*, referente a la competencia del superior.

Ahora bien, los reparos concretos, de acuerdo con el artículo 322 del compendio ritual civil, la oportunidad para elevar los reparos concretos frente a la sentencia son dos precisos; (i) al momento de interponer el recurso de apelación contra aquella, sea proferida en audiencia o por fuera de ella; y (ii) dentro de los tres días siguientes a la finalización de la audiencia, en el evento de haber sido proferida en esta.

De acuerdo con esa misma disposición, es únicamente sobre esos reparos es que debe versar la sustentación de la alzada ante el *ad-quem*; de ahí que a ello se limite esta Sala al momento de ahondar en las consideraciones de este proveído, sin entrar a dilucidar lo relacionado con la procedencia o no de la declaración de la resciliación, o de la aplicación de la condición resolutoria tácita.

2.1. Los reparos formulados contra la sentencia de primer grado y que constituyen el objeto de la apelación, orbitan en torno a la indexación del monto de dinero a restituir por parte de los promitentes vendedores y los intereses legales a pagar por ese rubro.

La parte inconforme señala que tales conceptos no resultan procedentes en la medida que, en todo momento y a partir del incumplimiento del contrato, sus procurados han tenido la voluntad de devolver el dinero, tanto así, que intentaron la conciliación extrajudicial en derecho, han procurado un arreglo directo y han utilizado la ayuda de terceros para tal efecto. Así mismo sostuvo que constituyó título judicial a favor de los promitentes compradores al interior de este proceso.

Pues bien, resulta que, revisado el acervo probatorio, en efecto se avizoran mensajes electrónicos cruzados, así como correspondencia con miras a lograr la firma de un documento para “...dejar sin efectos la promesa...”, así como para la

firma de “...documento por medio del cual se resuelve la promesa de compraventa...”, misivas estas que datan todas del año 2018, encontrándose ya en curso el proceso judicial en cuestión.

En las páginas 17 y siguientes del cuarto documento electrónico del plenario digitalizado, se observa incompleta una constancia de no conciliación fechada 11 de julio de 2018, en cuyo resumen de antecedentes, se observa que lo pretendido era un acuerdo para la resolver el contrato de promesa de compraventa, devolver el dinero recibido como parte del precio, y que los promitentes compradores pagaran a los promitentes vendedores, la suma de \$20.000.000 de pesos M/L a que se refiere la cláusula penal.

Nótese, que tal constancia de conciliación fue la anexada a la demanda de reconvención como prueba del agotamiento del requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción ordinaria, que no puede ser tenida sino como tal; además de que, en la solicitud a la que hace referencia esa constancia de no conciliación, los promitentes vendedores, partiendo del incumplimiento de la parte demandante principal y dejando de lado el suyo, pretendieron que aquellos le pagaran a estos, la estimación anticipada de perjuicios que plasmaron en la cláusula penal.

Nótese entonces que el objeto de la conciliación no era en estricto sentido, devolver motu proprio, el dinero recibido como parte del precio sino, obtener la aplicación de la cláusula penal ante el incumplimiento de la parte promitente compradora.

De ahí que no resulten comparables esas circunstancias con las que aquí han de aplicarse, toda vez que, una cosa es la resolución ante la configuración de la condición resolutoria tácita – *figura invocada en la conciliación extrajudicial por la parte aquí apelante* – y otra muy distinta la verificación del mutuo disenso tácito.

Y es que, era inviable la observancia de la condición resolutoria tácita, pues, ya lo se ha decantado en la jurisprudencia que en casos como el aquí estudiado *“...ambas partes quedan despojadas de la acción resolutoria cuando las dos han incumplido por virtud de la mora recíproca.”*¹

2.2. Y es que como bien lo explicó el sentenciador de primera instancia, los efectos de la figura jurídica aquí utilizada para resolver el contrato, esto es, la resciliación – *o si se prefiere, el mutuo disenso tácito* – tiene efectos *ex tunc*, es decir, implicando que las circunstancias fácticas y jurídicas vuelvan a ser en la medida de lo posible, las mismas existentes a la época de la celebración del contrato disentido.

Tales efectos no son un tema novedoso, pues de antaño, han sido esos los efectos que ha reconocido la jurisprudencia ante la resolución por mutuo disenso tácito, sin que deba perderse de vista, que esta es una figura jurídica introducida en el sistema jurídico por vía jurisprudencial, ante su falta de regulación en el Código Civil.

Así lo expresó la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC2307-2018 cuando reiterando su jurisprudencia al analizar un caso de similares contornos, decantó:

Asunto bien conocido es, en efecto, que la resolución del contrato, a la vez que aparece como principal consecuencia la extinción del conjunto de obligaciones surgidas del mismo –efectos ex nunc–, tiene además eficacia retroactiva –ex tunc– en aquellos eventos en que, no siendo negocios de tracto sucesivo, verifican actos de cumplimiento entre las partes; se trata, pues, de colocar a los contratantes, en cuanto sea posible, en la posición en que se hallaban antes de celebrar el contrato. Es así como el artículo 1.544 establece como principio general el de que ‘cumplida la condición resolutoria, deberá

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia SC4420-2014 fechada 08 de abril de 2014. Radicación n°. 0500131030122006-00138-01. MP: Luís Armando Tolosa Villabona

restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición.’ (CSJ, SC de 4 jun. 2004. rad. 7748, reiterada en SC11287 de 17 ago. 2016, rad. 2007-00606-01).²

Y se itera que esa no es una postura novedosa, así como la de que, se requiere intervención judicial para la resolución por mutuo disenso tácito, intervención que se materializa en una sentencia declaratoria de la resolución con efectos retroactivos, tal como ya lo explicó la H. Corte en sentencia del 16 de julio de 1985

“La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. La primera forma no requiere de la intervención judicial, como quiera que la disolución se produce por el acuerdo expreso, en cambio la segunda si requiere de decisión judicial. Esta última manera de disolverse el contrato se da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes en sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, solo puede considerarse y, por ende, traducirse, como una manifestación clara de anotar el vínculo contractual. Por todo lo dicho, el mutuo disenso mantiene toda su vigencia como mecanismo para disolver un contrato que se ha incumplido por ambas partes y ante la inocultable posición de no permanecer atado al negocio; la intervención, pues, del juez se impone para declarar lo que las partes en una u otra forma han reflejado: desatar el vínculo para volver las cosas al estado que existía al momento de su celebración”³

Entonces, emerge claro que la resolución de un contrato por mutuo disenso tácito, resulta de la declaración judicial que en ese sentido se realice ante el incumplimiento mutuo de ambas partes, lo que, de tajo implica que el negocio jurídico se deshaga con efectos retroactivos y se deban realizar las restituciones mutuas, a fin de que las circunstancias vuelvan al estado en el que se encontraban previo a la celebración del contrato disentido.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia SC2307-2018 calendada 25 de junio de 2018. Radicación n°. 11001-31-03-024-2003-00690-01. MP: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia adiada 16 de julio de 1985. MP: Jose Alejandro Bonivento Fernández.

2.3. Ahora bien, en lo que atañe a la indexación y aplicación de intereses respecto de la parte del precio que fue recibida por la parte promitente vendedora y que debe ser restituida, debe decirse lo siguiente.

La finalidad de las restituciones mutuas, como se ha dicho, es que las circunstancias vuelvan, en la medida de lo posible, al momento antes justo antes de la celebración del contrato disentido y por esa razón, quien recibió la cosa – en este caso el inmueble – debe restituirlo, inmueble que de contera se encuentra incrementado en su precio por el transcurso del tiempo, de ahí, que la parte promitente compradora, reciba la cosa con un precio mayor.

Pero, además, en la ya citada sentencia SC2307-2018, la H. Corte Suprema de Justicia precisó que en casos como el aquí presentado, la restitución del precio recibido en todo o en parte con ocasión del contrato anulado, debe ser indexada, dado el carácter inflacionario de la economía, lo que, ha calificado la Alta Corporación como un hecho notorio⁴.

Para hacer tal precisión, la Sala de Casación Civil, citó y reiteró su postura, según la cual, *“En consideración al fenómeno inflacionario que ordinariamente se presenta durante el tiempo transcurrido entre la fecha de la recepción del dinero y la devolución, el cual trae como efecto la pérdida o disminución de su valor adquisitivo, desde hace varios lustros la jurisprudencia ha sido constante en disponer el correspondiente reajuste monetario con el fin de corregir la depreciación experimentada por la moneda, pues no de otra manera se logra el efecto retroactivo de la sentencia, porque si ella tenía al tiempo de celebrarse el contrato un determinado poder de compra, la parte que hizo entrega del dinero sólo puede considerarse restablecida a la situación preexistente al acuerdo contractual, recibiendo una cantidad de dinero con un poder adquisitivo equivalente.”*⁵

⁴ ...esas cantidades deberán reintegrarse indexadas, bajo la premisa de que el reintegro de los dineros recibidos debe ser completo, según la doctrina reiterada de esta Corte (CSJ SC, 25 abr. 2003, rad. 7140, SC11331 de 2015, rad. n° 2006-00119), partiendo de la base de que en economías inflacionarias como la colombiana el simple transcurso del tiempo determina la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, fenómeno que ha sido calificado como notorio.

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. SC11331-2015 fechada 27 de agosto de 2015. Radicación n°. 11001-31-03-036-2006-00119-01. MP: Ariel Salazar Ramírez. Reiterando la SC 25 Abr 2003, Rad. 7140.

Y allí se hizo referencia, no solo a la indexación de la suma a restituir, sino también a la aplicación de intereses, la que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, procede en la medida que se trate de intereses legales civiles, y no de los mercantiles, toda vez que aquellos, junto con la indexación, se complementan para la corrección monetaria a lugar; mientras que estos últimos – *los comerciales* – ya incluyen la corrección del fenómeno inflacionario.⁶

2.4. Verificada la procedencia de la indexación y el pago de interés legal del 6% efectivo anual sobre la suma de dinero a restituir, es del caso precisar que el depósito judicial constituido por la parte apelante a la hora de formular la demanda de reconvención, no tiene la virtualidad de tenerse como pago de la obligación.

Ello porque, la obligación de restitución no surgió para la época en que, por su mera liberalidad, la parte demandante en reconvención decidió motu proprio hacer la devolución del pago recibido, incluso, nótese que la causa de la devolución no obedece al mutuo disenso tácito, sino a la aplicación de la condición resolutoria tácita por incumplimiento de los promitentes compradores, que fue invocada por los contrademandantes y que hace sustancialmente variables las circunstancias con relación a lo que en este proceso se encontró probado y fue declarado por el juzgador de primera instancia.

Por otro lado, y tal como fue dicho en antecedencia, la resolución del contrato anonadado requiere necesariamente intervención judicial, de modo que, el deber de restitución nace con la sentencia que lo ordena, con efectos retroactivos; de manera que, no es viable tener por pagada una prestación inexistente a la fecha de la consignación del depósito judicial.

⁶ ...entonces, que la compatibilidad de la indexación y de los réditos depende de la clase de estos últimos, pues si son los civiles nada impide la coexistencia de esos dos conceptos; en cambio, si se trata de los comerciales, en tanto ellos comprenden ese concepto (indexación indirecta) «imponer la corrección monetaria, per se, equivaldría a decretar una doble -e inconsulta- condena por un mismo ítem, lo que implicaría un grave quebranto de la ley misma, ya que ésta ha establecido, en forma imperativa, que la manera de hacer el ajuste monetario de las obligaciones dinerarias de abolengo mercantil, es por la vía de los intereses, por la potísima razón de que está entronizado en uno de los factores constitutivos o determinantes de la tasa reditual de mercado».

Por último, no puede perderse de vista que a la luz del artículo 1625 del Código Civil, el pago efectivo o solución es un modo de extinción de las obligaciones – es *cierto* –, sin embargo, prevé el artículo 1634 ejusdem, que *“para que el pago sea válido, debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito aún a título singular), o a la persona que la ley o el juez autoricen para recibir por él, o la persona diputada por el acreedor para el cobro.”*

Entonces, conforme se logra observar, el pago de la suma de \$239.000.000 de pesos M/L no fue realizada a los acreedores de esa obligación, y peor aún, el depósito judicial no fue ordenado ni autorizado por el juez de primera instancia, de modo que, no es posible entenderlo como un pago válido que de al traste con la aplicación de la corrección monetaria prevista jurisprudencialmente a través de la indexación de la suma a restituir y los respectivos intereses legales.

2.5. Puestas así las cosas, refulge palmaria la procedencia de las ya referidas indexación y aplicación de intereses legales; y que por ende, caen al piso los reparos formulados por la parte aquí apelante, de modo que, hay lugar a la confirmación de la sentencia recurrida.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en Sala Quinta Civil-Familia de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

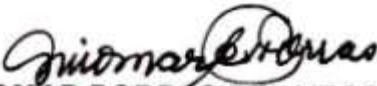
PRIMERO. Confirmar la sentencia 16 de febrero de 2021, proferida por el Juez 12° Civil del Circuito de Barranquilla dentro del proceso verbal de *‘resolución de contrato’* promovido por Ramón Emilio Ramírez Pérez y William

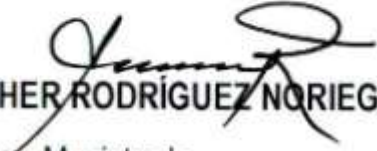
Moreno Rojas, contra Claudia Noella Serrano Hernández, Dollys Serrano Hernández, Luz Marina Serrano Hernández, María Cristina Serrano Hernández y Fernando Alberto Serrano Hernández; radicado bajo el n°. único 08001315301220170009501.

SEGUNDO. Condenar en costas de esta instancia a la parte recurrente por haber sido vencida, debiendo incluirse por la Secretaría del a-quo en su liquidación, la suma de un (01) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho.

TERCERO. Vuelva el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO
Magistrada Sustanciadora


SONIA ESTHER RODRÍGUEZ NORIEGA
Magistrada

- Ausente con permiso -

VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ
Magistrada

Guiomar Elena Porras Del Vecchio
Magistrado(a)
Tribunal Superior Sala Civil-Familia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **78ebb42a93a54b55fe41ea101909600e0fcf0c543982c6c2d7daaa1646183aba**
Documento firmado electrónicamente en 19-07-2021

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/FirmaElectronica/frmValidarFirmaElectronica.aspx>