

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA

Magistrada Sustanciadora:
CATALINA ROSERO DIAZ DEL CASTILLO

Barranquilla, treinta (30) de septiembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO VERBAL

DEMANDANTE: JHW ARQUITECTOS S.A.S.

DEMANDADO: LUIS URBANO RODRIGUEZ VILLARREAL

RADICADO: 08 001 31 53 008 2019 00149 01

NÚMERO INTERNO: 43.252

PROCEDENCIA: JUZGADO 8º CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Para consultar el expediente electrónico Link [43.164](#)

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandante JHW ARQUITECTOS S.A.S., contra la sentencia del 26 de marzo del 2021, proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla, la cual declaró la nulidad absoluta del contrato de promesa de permuta celebrado el 25 de mayo de 2016, entre el señor Luis Urbano Rodríguez Villarreal y la sociedad JHW ARQUITECTOS SAS, incluido el "otrosí" de fecha 21 de noviembre de 2016; condenó al demandado Luis Urbano Rodríguez a restituir a la sociedad JHW ARQUITECTOS SAS, la suma de \$527.884.000 como precio que pago indexado más los intereses civiles calculados hasta el 28 de febrero de 2021 por la suma de \$116.343.920, y ordenó a la demandante JHW ARQUITECTOS SAS restituir al demandado el inmueble ubicado en la carrera 55 No 80-265 de la ciudad de Barranquilla y pagar al demandado la suma de \$220.202.772 por concepto de frutos que habría podido producir el inmueble sobre el cual versó el negocio jurídico anulado, entre otras disposiciones.

ANTECEDENTES

Señala la demanda que la sociedad JHW ARQUITECTOS S.A.S. tiene por objeto social el desarrollo de actividades tales como diseño, proyección, construcción de proyectos de arquitectura en vivienda, comercio, servicios, espacios públicos, megaproyectos urbanísticos, entre otras actividades relacionadas; por lo que el día 24 de mayo de 2016 el señor Luis Urbano Rodríguez Villarreal y la sociedad demandante, suscribieron un contrato denominado **promesa de compraventa** sobre el bien inmueble ubicado en la Carrera 55 No. 80 265 en la ciudad de Barranquilla, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 040-34930, y área de 750 M2, de propiedad del demandado, y siendo el valor del contrato la suma de mil trescientos millones de pesos M/CTE. (\$1.300.000.000).

Que el pago del precio pactado, tal como se estableció en la promesa, en clausula cuarta, se realizaría en dos etapas distintas a saber: "4.1. La suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$476.000.000) a través de pagos diferidos que se irían dando a través del tiempo, en la medida

que se fuera desarrollando el proyecto inmobiliario. 4.2. La suma de OCHOCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$824.000.000) a través de la entrega de dos apartamentos al momento de culminar el edificio de apartamentos, cuyo nombre sería "PORTOMADERO ALTO PRADO", que se pretendía construir en el lote objeto de negocio".

Que en el contrato se estipuló en la cláusula quinta, que las partes se comprometían a constituir una fiducia comercial a través de la cual se mantendría la titularidad jurídica del inmueble, se haría el desarrollo y la gestión del proyecto inmobiliario y se haría la restitución del inmueble al Fideicomitente Tradente en caso de no ser posible la culminación del proyecto inmobiliario; por otro lado se estableció que, de no lograrse el desarrollo del proyecto, el promitente vendedor tendría que restituir el dinero efectivamente entregado hasta la fecha.

Que las partes establecieron que la escritura pública de constitución de fiducia mercantil y aporte del inmueble, se suscribiría el día 29 de julio de 2016 en la Notaría 11 del Círculo de Barranquilla.

Que el primer pago pactado equivalente a la suma de ciento sesenta millones de pesos M/CTE. (\$160.000.000), fue cumplido efectivamente por la demandante y en favor del demandado, pactando la entrega física del inmueble a la promitente compradora para el día 30 de octubre de 2016.

Que la sociedad JHW ARQUITECTOS S.A.S no realizó el pago de la suma restante de trescientos dieciséis millones de pesos M/CTE. (\$316.000.000), en virtud a que los impuestos del inmueble en mención no se habían pagado hasta antes del 30 de octubre del 2016, lo que a su vez generó demora en el envío de los documentos del inmueble a la Fiduciaria por parte del promitente vendedor; por lo que no se firmó la escritura pública de constitución de fiducia mercantil y aporte del inmueble en la fecha inicialmente pactada; tampoco se hizo el acta de comparecencia ante dicha Notaría, sin embargo, las partes optaron por perseverar en la continuidad del negocio.

Que los días 17 y 29 de agosto de 2016, el señor Douglas Julián Hernández, representante legal de la sociedad demandante, requirió al señor Luis Urbano Rodríguez para que se pagaran los mencionados impuestos y se le permitiera el acceso al inmueble para instalar la sala de ventas del proyecto; nuevamente el día 20 de septiembre del mismo año, se le envió correo electrónico al demandado, manifestándole los incumplimientos en que había incurrido, es decir, la imposibilidad de firmar la escritura pública de fiducia, la mora en el pago de servicios públicos y no permitir el acceso al inmueble.

Al considerar que el contrato inicial fue llamado erróneamente "Promesa de Compraventa", cuando realmente y en su esencia correspondía a una promesa de Permuta, el abogado del señor Luis Urbano Rodríguez Villarreal, procedió a realizar el **otrosí** No. 1 del 21 de noviembre de 2016, en el cual se aclaró que el celebrado era un **contrato de promesa de Permuta**, otrosí que fue suscrito por ambas partes y en el que, debido a las múltiples obligaciones insolutas a cargo del demandado respecto al mencionado inmueble, se estableció que gran parte de la suma de \$316.000.000,00, se pagaría en favor de terceras personas; evitando de esta manera la persecución o embargo de dichos dineros; y además en la cláusula cuarta del otrosí, se reiteró que, ante la

imposibilidad de seguir adelante con el proyecto, el demandado se obligaba a restituir los dineros recibidos hasta la fecha, para que luego la sociedad JHW ARQUITECTOS S.A.S. procediera con la entrega del inmueble.

Que luego de la suscripción del otrosí, la sociedad demandante empezó a enviarle los borradores del contrato de fiducia al demandado sin que este diera su visto bueno, pidiendo nuevos ajustes que terminaron por hacer perder la segunda fecha pactada para la firma de escritura pública de fiducia, generando entonces que el patrimonio autónomo necesario para la continuidad del negocio no se constituyera; no obstante, los incumplimiento del demandado, la sociedad demandante pagó la suma de cuatrocientos setenta y seis millones de pesos M/CTE. (\$476.000.000), e hizo el lanzamiento del proyecto con el ánimo de iniciar la venta de los apartamentos del proyecto.

Que el día 22 de febrero de 2017 la sociedad JHW ARQUITECTOS S.A.S., por su propia cuenta constituyó Encargo Fiduciario de Administración e Inversión en calidad de fideicomitente con la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., para la administración de los recursos recibidos por la venta del Proyecto, procediendo a la adecuación de la sala de ventas, la contratación de empleados para el cuidado y custodia del inmueble, entre otros costos, así mismo, inició la promoción y venta del mencionado Proyecto "PORTO MADERO ALTO PRADO".

Que todo el año 2017 hasta la mitad del año 2018, la sociedad demandante trabajó fuertemente en la promoción y venta del proyecto, sin embargo, durante el segundo semestre del año 2017 y primer semestre del año 2018, el desarrollo del sector de la construcción en el departamento del Atlántico sufrió un decrecimiento, por lo que no se logró el punto de equilibrio del proyecto y las obligaciones de mantenimiento del inmueble siguieron creciendo, situación que obligó a cerrar definitivamente el proyecto.

Que la sociedad JHW ARQUITECTOS S.A.S. procedió de manera verbal y presencial, a ofrecer al señor Luis Urbano Rodríguez tres ofertas distintas, con el ánimo de asumir el pago restante del inmueble según el precio pactado, es decir, con la entrega de un apartamento en Bogotá D.C., más una suma de dinero; o la entrega de una oficina consultorio en Bogotá D.C., más una suma de dinero en efectivo; o con un apartamento en Santa Marta, sector de Pozos Colorados, más una suma de dinero; advirtiéndole que si no aceptaba alguna de las ofertas planteadas, debía proceder a recibir el inmueble y a devolver las sumas recibidas de parte de la promitente compradora.

Que el día 8 de octubre de 2018 la sociedad demandante recibió una comunicación por correo electrónico del señor Luis Urbano Rodríguez, en donde éste rechazaba las 3 ofertas, pidiendo la entrega de los apartamentos que hacían parte del proyecto, pese a saber que el mismo no se llevaría a cabo, sin ofrecer alternativa alguna de solución del negocio; por lo que se le respondió que, desde el mes de junio de ese año él conocía la imposibilidad de continuar con el proyecto y, ante su rechazo de las ofertas planteadas, debía entonces devolver el dinero que se le había entregado para luego hacer la restitución del predio.

Que el día 23 de octubre de 2018, la demandante recibió comunicación del demandado en la que éste solicitó que se le pagara la cláusula penal del contrato, los impuestos que recaían sobre el inmueble que se encontraban

pendientes de pago, junto con el auxilio de arrendamientos pactado, más unos intereses moratorios; justificando su petición en un supuesto abuso de posición dominante de la demandante, mala fe, negligencia o culpa grave en el proceso de ventas del proyecto, y tácitamente negando su obligación de restituir los dineros pagados, solicitud que por obvias razones fue rechazada por la sociedad JHW ARQUITECTOS S.A.S.

Por último, dice que, ante la imposibilidad de lograr un acuerdo, se celebró audiencia de conciliación, la cual fue convocada por la sociedad JHW ARQUITECTOS S.A.S. y a la que asistió el señor Luis Urbano Rodríguez Villarreal, pero no se logró un acuerdo, por lo que se entiende agotada entonces la etapa conciliatoria entre las partes.

La parte demandante **solicita** que se declare que el señor Luis Urbano Rodríguez Villarreal ha incumplido el contrato de promesa de compraventa (permuta) del 24 de mayo de 2016 y del otrosí de promesa de permuta de fecha 21 de noviembre de 2016, suscrito con la sociedad JHW ARQUITECTOS S.A.S.; y en consecuencia, se condene al demandado a restituir en favor de la sociedad demandante, la suma de cuatrocientos setenta y seis millones de pesos M/CTE. (\$476.000.000), pagando además sobre esta suma la indexación anual de acuerdo con el aumento del índice de precios al consumidor (IPC), así mismo, que se pague en favor de la demandante, la suma de cien millones ochocientos treinta y siete mil ochocientos veintitrés pesos M/CTE (\$100.837.823) por concepto de intereses moratorios causados desde el momento en que ocurrió la exigibilidad de la restitución del dinero entregado al demandado como parte del precio, hasta la fecha de presentación de la demanda y en adelante; también solicita el pago de la suma de trece millones seiscientos ochenta y ocho mil novecientos doce pesos M/CTE. (\$13.688.912) por concepto de perjuicios causados con el incumplimiento de los contratos.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla admitió la demanda mediante auto del 17 de julio del 2019.

El demandado señor Luis Urbano Rodríguez Villarreal, contestó la demanda mediante apoderado judicial oponiéndose a las pretensiones, y proponiendo las excepciones de mérito denominadas: ausencia de causa para demandar, enriquecimiento sin causa y mala fe; argumentando que el demandante pretende aumentar su patrimonio de manera ilegal exigiendo una acreencia a la que no tiene derecho, ya que fue su propio error el que llevó a la no realización del proyecto inmobiliario, y no habiendo devuelto físicamente el inmueble no puede reclamar intereses o actualización sobre la suma que había recibido el demandado; que fue la parte demandante quien primero incumplió las obligaciones pactadas en el contrato, a pesar de que de común acuerdo se convalidó el incumplimiento de algunas, como ocurrió en el otrosí, y con el fin de darle continuidad al negocio; que estando en mora el contratante demandante no puede acudir ni pedir la resolución del contrato; que siendo la demandante la parte incumplida debe entonces pagar al demandado el valor de la cláusula penal pactada.

En audiencias del 7 de octubre del 2020 y del 26 de marzo del 2021, se agotaron las etapas de conciliación, control de legalidad, interrogatorios, fijación del

litigio, decreto de pruebas; y las de trámite y juzgamiento, previstas en los artículos 372 y 373 del C.G.P., respectivamente.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla en sentencia del 26 de marzo del 2021, declaró la **nulidad absoluta** del contrato de promesa de permuta celebrado el 25 de mayo de 2016 entre el señor Luis Urbano Rodríguez Villarreal y la sociedad JHW ARQUITECTOS SAS, incluido el "otrosí" de fecha 21 de noviembre de 2016; condenó al demandado Luis Urbano Rodríguez a restituir a la sociedad JHW ARQUITECTOS SAS la suma de \$527.884.000 como precio que pago ya indexado, más los intereses civiles calculados hasta el 28 de febrero de 2021 por la suma de \$176.725.164, y ordenó a la demandante JHW ARQUITECTOS SAS restituir al demandado el inmueble ubicado en la carrera 55 No 80-265 de la ciudad de Barranquilla y pagar al demandado la suma de \$18.350.230 por concepto de frutos civiles que habría podido producir el inmueble sobre el cual versó el negocio jurídico anulado, entre otras disposiciones.

Argumentó la Juez *A quo* que la acción de incumplimiento contractual prevista en el art. 1546 del Civil, requiere la demostración de la existencia de un contrato bilateral válido, el incumplimiento total o parcial del demandado, que el demandado haya cumplido o dispuesto a cumplir las que le corresponde.

Sobre la existencia de un contrato válido, se tiene que el artículo 1611 del Código Civil establece los requisitos para que la promesa de un contrato se valide, es decir, i) que conste por escrito; ii) que el negocio prometido no sea ineficaz; iii) que se fije la época en que este último habrá de celebrarse y iv) que se determine de tal suerte el contrato prometido, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Que la promesa de celebrar un contrato no tiene eficacia jurídica si no cumple entonces con los enunciados presupuestos y su desconocimiento da lugar a la nulidad absoluta como sanción legal, la cual debe el juez declarar aún sin petición de parte, es decir, cuándo se omite alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor de ciertos actos, pues conforme al artículo 1740 del Código Civil, es nulo todo acto o contrato al que le falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.

Que en el proceso está demostrado que el contrato prometido fue el de una permuta, pero se advierte, que en el mismo no se fijó la época para la celebración de este específico negocio, pues lo que pactaron en la cláusula 5ª del contrato y el otrosí fue la constitución de una fiducia mercantil mediante escritura pública, pero las partes nunca se refirieron a la celebración misma del acto jurídico de permuta prometido.

Que en las cláusulas del contrato no se hizo alusión alguna a la época o el momento en el cual se llevaría a cabo o se celebraría el contrato de permuta, pues las partes siempre pactaron fue suscribir una escritura pública para constituir una fiducia, lo cual no conlleva tampoco a la celebración de la permuta, y no se dijo en el contrato ni en otrosí, cuando se celebraría el contrato de permuta prometido.

Que el incumplimiento de este requisito de validez, en este caso la promesa que no fija la época en la cual se celebrará la permuta, según el inciso tercero del art. 1611 y 1740 del Código Civil, impone entonces la declaratoria de la nulidad absoluta de la promesa de permuta objeto de la demanda, que se declarara mediante la presente sentencia.

No se discute que le demandado recibió la suma de \$476.000.000 como parte del precio, pues así lo aceptaron las partes en el proceso, pero como el contrato resultó nulo, las cosas deben volver a su estado inicial, conforme lo dispone el art.1746 del Código y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es decir, devolviendo el demandado el valor que recibió como parte de pago del precio, más la indexación causada desde que la demandante le completó y entregó dicha suma, es decir, desde febrero del 2017 según lo aceptaron en los interrogatorios.

Que la fórmula de la indexación aplicable al caso, corresponde al índice inicial sobre índice final, sobre el valor histórico a indexar (\$476.000.000) obteniendo la suma \$527.884.000, que debe pagar el demandado a favor de la demandante.

Que, además, debe el demandado pagar a la demandante el interés legal previsto en el artículo 1617 del Código Civil, relativo a los intereses del 6% efectivo anual, desde febrero del 2017 hasta febrero del 2021, y que a indexación y los intereses civiles después de marzo del 2021, es decir, posterior a la sentencia de primera instancia se hará según el art. 284 del C.G.P.

Que la nulidad absoluta conlleva a su vez, a que la sociedad demandante deba restituir el inmueble que había recibido, y deberá restituirlo con los frutos civiles según el 964 inciso 3° y 1746 C.C., es decir, que estos frutos corresponden a los causados con posterioridad a la fecha en que el demandante se notificó de la demanda (folio 111), y según la presunción de buena fe de la demandante que no fue desvirtuada, ello de acuerdo a la interpretación que la Corte Suprema ha dado a las normas citadas, con relación a la contestación de la demanda, que correspondería válidamente a Litis contestatio, es decir, una vez nace el vínculo procesal con la notificación de la demanda.

Que sobre la liquidación de estos frutos civiles, se acoge el dictamen pericial rendido en el proceso mediante auxiliar de la justicia, que ofrece credibilidad por ser idóneo y además fue sustentado y sujeto a contradicción en audiencia, para obtenerlos a partir del monto o el valor de los arriendos mensuales que produciría el inmueble, los aumentos del canon año a año, y las características del inmueble; es decir, que el canon mensual que se acoge es por valor de \$1.207.711 establecidos por el perito, valor que se extrae de dividir el valor del canon anual de \$14.492.536 entre los doce meses del año; que para el año 2019 y el caso concreto serían entonces tres meses causados, y para el 2020 los 12 meses completos causados, arrojando entonces la suma de \$18.350.230, por concepto de frutos civiles que deberá pagar la demandante al demandado, así como aquellos cánones que en adelante y a partir del 1° de enero del 2021 se causen, y hasta que se verifique la entrega material del inmueble.

Que no habrá condena en costas en esta instancia, porque se declaró la nulidad del contrato de oficio.

Luego de proferida la resolutive del fallo, la parte demandada solicita la aclaración y o corrección de la sentencia, en el entendido que existe un error respecto al cálculo de los mismo que realizó el Juzgado, y lo expresado por el perito respecto de estos frutos con el dictamen, siendo que las sumas y la fórmula utilizada difieren ostensiblemente, debiéndose entonces corregir la sentencia en este sentido.

La Juez A quo corrigió la sentencia respecto del numeral 4º, porque se incurrió en un error aritmético, pues el dictamen señala claramente que para el año 2019 el valor del canon de arrendamiento realmente corresponde a \$14.492.536 mensuales, más no anuales divididos entre 12 meses como erróneamente se formuló; por lo que los 3 meses causados para el año 2019 son \$43.477.608; para el 2020 son 12 cánones que arrojan \$176.725.164; para un total de 220.202.772 hasta diciembre del 2020 por concepto de frutos civiles que habría producido el inmueble, y que están a cargo de la parte demandante; más los frutos civiles causados, es decir, los cánones causados desde el 1º de enero del 2021, hasta que se verifique la entrega del inmueble según las fórmulas aplicadas en el dictamen y lo acogido en la sentencia.

Contra la sentencia de primera instancia, y respecto de los numerales 2º y 4º de la misma, con relación a los frutos civiles, y sobre la formula o liquidación de los intereses civiles, aplicables sobre la suma que debe restituir el demandado, **el apoderado judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación.**

Reparos concretos del apelante ante la A quo:

Una vez notificada la sentencia en estrados y en la misma audiencia, el apoderado judicial de la parte demandante formuló los reparos concretos sobre los cuales versa el recurso ante el superior, es decir, sobre los numerales 2º y 4º de la siguiente manera:

Dijo inicialmente que no objeta la nulidad del contrato declarada por el A quo, y estando siempre en disposición de entregar y devolver el inmueble al demandado, por lo que no recurre la sentencia en otros aspectos de los señalados. Que no comparte las apreciaciones sobre las condenas por intereses o la forma de liquidación de los mismos, aplicados sobre la suma que debe pagar el demandado, es decir, los intereses civiles aplicados sobre la suma de \$476.000.000; pues considera que no se debe aplicar el interés anual del Código Civil del 6%, sino los intereses comerciales previstos en el Código de Comercio, porque se trata de un contrato comercial, que además fue suscrito por una sociedad mercantil, que se dedica a la ejecución y elaboración de proyectos de construcción, tal como se observa de los documentos aportados con la demanda.

Sobre los frutos civiles a los que se condenó la demandante, dice que si bien la parte recurrente en la audiencia de sustentación del dictamen, los aprobó en la forma como los liquidó el perito, **no está de acuerdo** con el monto impuesto ahora con la sentencia, porque no atiende las reglas de la lógica y de la sana crítica, ya que la misma no tuvo en cuenta que el inmueble carecía de ineptitud para su uso, no se podía utilizar como vivienda, y era imposible en las condiciones físicas en las que se encontraba, rentarlo; por lo que no es posible que se establezcan unos frutos por arrendamiento según los cálculos del perito,

por lo que considera entonces que se debe rechazar la suma obtenida por este concepto.

Actuaciones de segunda instancia

Mediante auto del 2 de junio del 2021, el despacho admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, y dispuso que una vez ejecutoriado este auto iniciaba el término de 5 días para cada una de las partes para que sustentaran y alegaran de conclusión respectivamente.

Oportunamente se recibieron los alegatos que sustentan los reparos de la parte recurrente, reiterando que los intereses aplicables sobre la suma a restituir por el demandado no son los del artículo 1617 del Código Civil, sino los del art. 884 del Código de Comercio; y que el juez no apreció en debida forma el dictamen pericial para fijar el monto de los frutos civiles, porque se apartó de las reglas de la sana crítica y de la lógica, teniendo en cuenta además que el inmueble se encuentra notoriamente deteriorado o en ruinas; entre tanto que la parte demandada guardó silencio frente al traslado del recurso, por lo que estando agotados los trámites en esta instancia, es procedente entonces resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sentencia de primera instancia se dictó en vigencia del C.G.P y del D. 806 del 4 de junio del 2020, por lo tanto, la segunda instancia debe sujetarse a las precisiones del art. 320 y 328 ídem, es decir, que la decisión que desata el recurso de apelación se dictará por escrito, y estará en consonancia con los motivos de inconformidad expuestos por la parte apelante en los reparos concretos y en relación con lo estimado por el Juez *A quo*.

La acción invocada en la demanda corresponde a la **declaratoria de resolución de un contrato de promesa de permuta**, presuntamente incumplido por la parte demandada, persiguiendo con dicha declaratoria la indemnización de perjuicios y la restitución de la cuota o anticipo del precio pagado al demandado. No obstante, la Juez *A quo* consideró que la viabilidad de esta acción resolutoria, está supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos del orden sustancial, entre estos que se trate de un contrato válido, el cual no encontró acreditado en el asunto, porque la promesa de contrato de permuta y el otrosí suscrito por las partes, no contiene la fecha o la época en la cual se celebraría dicho contrato de permuta, ni es posible extraer razonadamente cuándo ocurrirá, siendo éste requisito el de la época, uno de los presupuestos para la validez del contrato de promesa, según lo establecido en el art. 1611 del Código Civil.

Consideró la Juez *A quo* que la ausencia del requisito señalado, conlleva a la declaratoria de nulidad del contrato y el otrosí celebrado, según el artículo 1746 del Código Civil y la jurisprudencia de la Corte, procediendo entonces seguida a esta anulación a ordenar las restituciones mutuas entre las partes involucradas: la del precio pagado por la parte demandante al demandado, más la indexación y los intereses civiles desde que aquel recibió el dinero; y para el demandado entonces, procedería a su favor la restitución del predio entregado en virtud de la celebración del contrato que se anula, más los frutos civiles que con mediana inteligencia habría producido el inmueble, desde que

ocurrió la notificación de la demanda hasta que se cumpla con la devolución del predio, en los términos del art. 964 del Código Civil aplicables para el caso del llamado poseedor de buena fe, y de las restituciones mutuas en virtud de la nulidad declarada de oficio acorde los postulados del art. 1746 ídem.

En el asunto, se trata de apelante único que lo fue la parte demandante, quien manifestó su desacuerdo con la sentencia de primera instancia pero **únicamente con relación a los numerales segundo y cuarto de la misma**, es decir, **sobre el monto y la cuantía de los frutos civiles** a que fue condenada a pagar la parte demandante, y **sobre la liquidación de los intereses civiles del 6% a que fue condenado el demandado** a restituir a favor de la recurrente; por lo que se advierte que los demás aspectos de la sentencia no fueron objeto de recurso, como lo es en sí la declaratoria de nulidad del contrato de promesa de permuta y el otrosí pactado, ni las restituciones mutuas a que ésta nulidad da lugar, pues sobre estas solo se discuten dichos montos liquidados.

La discusión en esta instancia, se fija en forma congruente en establecer si en las restituciones mutuas por la declaratoria de nulidad de un contrato, puede liquidarse el monto de los frutos civiles acogiendo plenamente el dictamen pericial, y si los intereses civiles del 6% anual son aplicables para el caso de estas restituciones mutuas.

Ahora bien, para el caso de las restituciones mutuas seguido a consecuencia de la declaratoria de nulidad de un contrato de promesa, como lo es el de la permuta objeto de la demanda, se tiene que el artículo 1746 del Código Civil señala que:

“EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, **da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo**; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

*En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, **de los intereses y frutos**, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, **y la posesión de buena fe o mala fe de las partes.**”*

Sobre la restitución y frutos de los inmuebles que han sido entregados en virtud del contrato que resulta anulado, el artículo 964 del Código Civil establece las siguientes reglas:

“RESTITUCION DE FRUTOS. El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción; se considerarán como no existentes lo que se hayan deteriorado en su poder.

El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores.”

Por lo que, a partir de las normas trascritas y la declaratoria de nulidad del contrato de permuta, en el presente caso, se tiene que la sociedad demandante debe entonces restituir el predio que le fue entregado (hecho sobre lo cual se advierte que no existe discusión); con los consecuentes frutos civiles causados desde la notificación de la demanda, siendo esto es así, porque en el sub lite, tampoco está en discusión que la parte demandada no probó la mala fe de aquel en la detentación del inmueble, tal como lo estableció la sentencia de primera instancia con apoyo en el citado artículo 964 ejusdem, y que en todo caso no fue objeto de reproche con el recurso; estando centrada entonces la discusión precisamente, sobre los montos y la liquidación de estos frutos civiles que realizó la Juez A quo a partir y con apoyo en el dictamen pericial ordenado de oficio.

Así entonces, en el asunto para la liquidación de estos frutos se tiene que la juez de instancia ordenó de oficio mediante auto del 7 de octubre del 2020, la práctica de un dictamen pericial *“a efectos que determin[ar] los FRUTOS CIVILES que hubiere podido percibir el inmueble ubicado en la Kra. 55 #80-265 de la ciudad de Barranquilla”*.

Con el dictamen pericial rendido por perito contador – evaluador, quien es especialista en avalúos de daños y perjuicios, inscrito en la lista oficial de auxiliares de la justicia vigente, y el cual fue debidamente sometido a sustentación y contradicción en la audiencia de instrucción, de conformidad con los arts. 226 y 228 del C.G.P.; el perito determinó que en este caso específico los frutos civiles estarían representados en los cánones de arrendamiento que hubiere podido generar el bien inmueble objeto de la litis, durante el periodo en que la demandante detentó el inmueble, es decir, a partir de noviembre del año 2017.

El dictamen señaló además que, el arrendamiento resulta un tema ampliamente regulado en nuestra legislación, que, para la determinación y cuantificación de los frutos civiles, resultaba fácil tomar el avalúo del predio que se encuentra aportado al expediente bajo los supuestos del art. 444 del CG.P., y aplicando el porcentaje del 1% sobre su valor comercial, tal como lo autoriza la ley de arrendamientos de esta índole, para así obtener entonces el valor mensual del canon.

No obstante, con el dictamen aportado también se dice que “el inmueble se encuentra en mal estado general”; que éste consta de una serie de instalaciones que al parecer fueron adecuadas por la constructora como una sala de ventas en la parte de adelante, pero no determina ni corroboran las explicaciones del dictamen que toda su extensión, resultaba habitable al menos para los fines de un arrendamiento con fines de vivienda familiar.

El mal estado del inmueble y la imposibilidad de darlo en arriendo para vivienda familiar, se extrae de las fotografías aportadas con el mismo dictamen pericial, en total 36, las cuales verifican que solamente la parte de adelante resultaba habitable, es decir, donde funcionó dicha sala de ventas (fotografías 15 y 16) que pudo ser adecuada por la constructora demandante; en tanto, lo que parece ser las habitaciones, sala, y patio, se avizoran bastante deterioradas, sin accesorios propios de una casa habitable, mampostería o paredes casi en ruinas; baños y cocina en pésimo estado, careciendo esta de ventanas (fot. 25, 28, 30); los pisos de tierra (ft. 24,26, 27), y algunos con enchapes muy

deteriorados e inservibles (fot. 5, 4, 6, 20); es decir, que en conclusión el inmueble difícilmente se pudiera habitar, y mucho menos darlo en arriendo para una familia, y menos de estrato 5 o 6 "alto" como lo sugirió el perito.

Por lo que en este punto se advierte, que le asiste razón al recurrente cuando alega que el dictamen no aplicó las reglas de la sana crítica, ni evaluó razonablemente las condiciones generales del inmueble, no pudiendo entonces la juez A quo acoger la metodología de los cánones de arrendamiento para el caso de una vivienda familiar, cuando precisamente la infraestructura y el estado mismo del inmueble, así no lo permitían.

En consecuencia, para estas restituciones mutuas consistentes en los frutos que con mediana prudencia pudiere obtener quien entregó el inmueble, para la detentación del otro contratante mientras celebraron los acuerdos; el dictamen pericial rendido en primera instancia ni la metodología utilizada en éste, puede acogerse para estos efectos.

Ahora, estando probado que de todas formas el inmueble si fue utilizado para la promoción o exhibición del proyecto que resultó en decaimiento por circunstancias ajenas, es decir, el decrecimiento del sector de la construcción en el Atlántico, sobre lo cual las partes no tuvieron reparos; se requiere fijar el valor de esta, **pero por razones de equidad y atendiendo los parámetros de racionalidad puramente civiles**¹, que revisten las llamadas restituciones mutuas; y se hace necesario **a partir del material probatorio obrante en el plenario**, determinar estos frutos que mediana y prudentemente hubiere producido el inmueble con posterioridad a la contestación de la demanda, al no haberse probado la mala fe de la sociedad demandante.

En este punto, es pertinente señalar que sobre la cuantificación de lucro cesante o similares, cuando existen deficiencias probatorias, pero que está probado el desmedro, la Sala de casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que:

"No obstante, la deficiencia probatoria respecto a la cuantía del lucro cesante no impide su tasación, en virtud de que habiéndose causado el daño resultaría abiertamente contrario a la equidad negar su reconocimiento en el caso concreto, en el que quedó claro que el señor Patino Montes es abogado y que en ejercicio de dicha profesión obtenía un ingreso que le permitía atender sus propias necesidades y la de su familia.

La Jurisprudencia con sustento en el principio de la equidad ha pregonado que pese a las consecuencias inherentes a la carga probatoria impuesta al perjudicado, hay eventos en los que sería injusto no concretar la cuantía de la indemnización, pretextando que aunque está demostrada la existencia del agravio no ha sido posible cuantificarlo en su exacta dimensión, puesto que el juzgador cuenta con distintas y muy variadas facultades enderezadas a tal finalidad, sin prescindir, claro está, de los criterios de equidad que impiden soslayar los derechos de los afectados, en el momento de realizar su tasación."

Es decir, que en el presente asunto estando probado que el propietario del inmueble lo entregó a la constructora, y esta lo detentó durante cierto tiempo, sería injusto y contrario a los principios de la equidad despachar

¹ Sentencia SC 002 del 18 de enero del 2.021, radicación No. 68001-31-03-008-2011-00068-02, magistrado ponente Luis Alonso Rico Puerta.

desfavorablemente éste pedimento, por lo que con mayor razón se requiere cuantificar dichos frutos, a partir de los elementos de juicio y criterios de justicia equitativa, que se traducen en:

El contrato de promesa celebrado entre las partes, que permite dar luces de cuanto requería el demandado para garantizar la habitación propia y la de su familia, para cuando entregó el inmueble, puesto que así lo estimaron prudente y razonablemente las partes, es decir, en la suma de \$2.000.000 mensuales por concepto de “auxilio de arrendamiento” a favor del señor Luis Urbano, mientras la constructora precisamente ejecutaba las labores propias de la promoción del proyecto.

También en el interrogatorio de parte el señor Luis Urbano dijo, que a pesar que este beneficio nunca se lo pagaron, por las desavenencias surgidas entre las partes, esta suma si tenía el fin de cubrir las necesidades de vivienda de él y de su familia, que era precisamente lo que buscaba conseguir con la celebración del negocio, es decir, obtener a futuro unos apartamentos dentro del proyecto Portomadero, para la habitación de su familia; es decir, que no resulta ajeno a la equidad, estimar que esa suma plasmada en el acuerdo tenía tal fin, y podía satisfacer la necesidad básica de habitación de la familia que por un tiempo se desprendió materialmente del inmueble.

Por lo tanto, para la cuantificación razonada y prudente de los frutos civiles que pudiera generar el inmueble mientras estuvo en detentación de la demandante, se fijará la suma de \$2.000.000 mensuales, contados desde la notificación de la demanda, que como se dijo no fue objeto de discusión pues solo se cuestionó el monto causado; notificación que se dio en octubre del 2019; que se llevarán hasta la fecha de entrega del inmueble, que en esta instancia ya se encuentra corroborada mediante memorial aportado por las partes como acta de entrega del 7 de abril del 2021², es decir, que serían en total 19 meses, que arrojan un total de \$38.000.000.

En consecuencia, prospera el recurso de apelación sobre este primer aspecto de los reparos, y se modificará el numeral 4º de la sentencia apelada con relación al monto de los frutos civiles aquí cuantificados.

El siguiente reparo señala que, en la liquidación de los intereses causados sobre la suma de dinero a restituir por el demandado, y que había recibido éste como anticipo del precio pactado, es decir, la suma de \$476.000.000 recibidos hasta el mes de febrero del 2017, no podía la Juez A quo utilizar el interés del 6% anual previsto en el artículo 1617 del Código Civil, atendiendo la naturaleza comercial del negocio anulado y de los sujetos intervinientes en el mismo.

Al respecto, es preciso señalar que la doctrina de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido, que, en las restituciones mutuas a consecuencia de la declaratoria de nulidad un contrato, la regla de aplicación de los intereses civiles, tiene sustento en los siguientes criterios³:

“Las secuelas de la declaratoria de nulidad, reitera la Corte, proyectan sus efectos ex tunc, es decir, desde siempre, como si el pacto anulado nunca

² Ver pdf, “cumplimiento de sentencia, cuaderno del tribunal del expediente electrónico.

³ Sentencia SC 002 del 18 de enero del 2.021, radicación No. 68001-31-03-008-2011-00068-02, magistrado ponente Luis Alonso Rico Puerta.

hubiera existido, lo cual hace imperioso retrotraer todos los actos de ejecución contractual -que usualmente consisten en la entrega de bienes de distintas especies-, representando cómo habría sido la situación patrimonial de cada litigante de no haberse desprendido de aquello que transfirió sin título válido.

Si lo entregado fue dinero, su restitución comprenderá el monto nominal entregado, debidamente indexado, es decir, actualizado conforme a la variación del IPC que certifique el DANE. Pero también **incluirlá una proyección razonable de los rendimientos que habría podido generar ese dinero**, de haber permanecido en manos de su propietario.

Ahora bien, debe admitirse que no hay un estándar uniforme de utilidad del capital, porque el mismo puede ser empleado de muy variadas maneras. (...)

[Y] consciente de esa dificultad, **la jurisprudencia ha acudido a un parámetro supletivo, que permite reconocer un margen de beneficio prudente y equitativo**, sin acudir a proyecciones altamente especulativas: la tasa de interés legal prevista en el artículo 1617 del Código Civil» esto es, un 6% efectivo anual. Primero, **por su razonabilidad económica**, se trata de un porcentaje de utilidad neta similar al ofertado por fondos de inversión, CDT, CDAT, inversiones en TES, etc.), y segundo, **porque es viable su acumulación con la variación del costo de vida**. (...)

[Además que] la causa de la orden de restitución con intereses que sigue a la declaratoria judicial de nulidad, **estriba en una razón de equidad** como ya se dijo, que el propio legislador ha tomado en consideración como base de una obligación de fuente legal, desde el encabezado mismo del artículo 1746 del Código Civil. En relación con este asunto, **ya la Corte había precisado**, y ahora lo reitera, que, **si se tiene en cuenta que las restituciones mutuas son asumidas puramente civil**, sin trinculación directa con el contrato estimado ineficaz, debe concluirse que los intereses a pagar en el caso que ocupa a la Corte, **son los legales civiles del 6% anual, así el negocio jurídico invalidado pudiera calificarse de comercial**. (CSJ. SC, 10 dic, 1992; CSJ SC10097-2015, 31jul.)”.

Por lo tanto, en el presente asunto como lo entregado por la sociedad demandante fue un anticipo del precio, que consistió en una suma líquida, y la consecuente declaratoria de nulidad del contrato de promesa de compraventa también ordenó la indexación de esta suma entregada; se tiene que la proyección razonable de los rendimientos a cargo del demandado mediante intereses legales, debe hacerse en **razón y a partir del parámetro supletivo** del interés legal establecido en el artículo 1617 del Código Civil, sin importar la naturaleza del negocio jurídico anulado, ni de las partes intervinientes en el mismo, por cuanto, en esta proyección priman las **razones de equidad y racionalidad** que llevan implícitas las llamadas restituciones mutuas, más no la calificación del negocio jurídico anulado, ni la aplicación de criterios asimilables para la indemnización de perjuicios como es el caso de los intereses de mora o análogos que alega el censor.

En consecuencia, prospera parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, y estando agotados todos los reparos de la censura, se confirmará la sentencia apelada y se modificará el numeral cuarto reseñado.

Sin costas en esta instancia por no encontrarse comprobadas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Cuarta Civil – Familia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. **CONFIRMAR** la sentencia del 26 de marzo del 2021, proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla, dentro del proceso verbal de resolución de contrato, promovido por la sociedad **JHW ARQUITECTOS S.A.S.**, contra el señor **URBANO RODRIGUEZ VILLARREAL**.

SEGUNDO. **MODIFICAR** el numeral CUARTO de la sentencia apelada, el cual quedará así: *“Condenar a la sociedad demandante a pagar al demandado LUIS URBANO RODRIGUEZ VILLARREAL, la suma de \$38.000.000 por concepto de frutos civiles que habría podido producir el inmueble sobre el cual versó el negocio jurídico anulado, mientras estuvo en detentación de la sociedad demandante, y por las razones expuestas.*

TERCERO. Sin costas en esta instancia.

CUARTO. En firme esta Sentencia, por Secretaría devuélvase la actuación al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Las Magistradas,



CATALINA ROSERO DIAZ DEL CASTILLO
Magistrada



GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO
Magistrada
Sala Cuarta Civil-Familia



SONIA ESTHER RODRÍGUEZ NORIEGA
Magistrada