

*República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción Ordinaria*



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Civil*

Referencia Completa:
Rad. Única Nal: 76001-31-03-001-2022-00162-01
Radicación interna: 5081
Proceso: Verbal de resolución de contrato
Demandante: Katerine Penilla García
Demandado: Edgar Betancourt Granada.
Motivo: Apelación Sentencia

Magistrado Sustanciador:

JULIÁN ALBERTO VILLEGAS PEREA

Santiago de Cali, diez (10) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Discutido y aprobado mediante Acta No. 28-2024 del 9 de mayo de 2024.

1. INTRODUCCIÓN

Con sujeción a lo dispuesto por el artículo 320 del C.G.P., procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali que negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la actora.

2. ESCENARIO DESCRIPTIVO

2.1 HECHOS RELEVANTES

2.1.1 En los Antecedentes

2.1.1.1 Actuando a través de apoderado judicial, la señora KATERINE PENILLA GARCÍA, formuló demanda en contra de EDGAR

BETANCOURT GRANADA a fin de que, previo el trámite de un proceso verbal se declare que el demandado incumplió el contrato de promesa de compraventa suscrito entre ambos el 31 de julio de 2019 y se disponga su cumplimiento en términos de lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, junto con el reconocimiento de perjuicios materiales a título de lucro cesante.

Solicita que se condene al demandado a pagar los siguientes perjuicios:

- a) La suma de noventa y cuatro millones ciento treinta y dos mil pesos Mcte. (\$94.132.000) por concepto de lucro cesante.
- b) Los intereses de mora sobre la suma anterior causados desde el mes de octubre de 2019 y hasta que se verifique su pago total.

Como pretensión subsidiaria solicita el reconocimiento y pago de la cláusula penal fijada en el contrato por valor de \$10.000.000 con la correspondiente indexación.

2.1.2. En la demanda

2.1.2.1 El 31 de julio de 2019 los señores Katerine Penilla García, obrando en calidad de promitente compradora y Edgar Betancourt Granada, en calidad de promitente vendedor, celebraron contrato de “*promesa de venta*” del apartamento 401 del proyecto denominado Brisas de Miraflores, ubicado en Cali en la Carrera 24C No. 2ª-37 del Barrio San Fernando; inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria 370-101824 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la misma ciudad.

2.1.2.2 El precio de la venta de inmueble se fijó en la suma de doscientos noventa y cinco millones de pesos Mcte. (\$295.000.000) la que la promitente comparadora se obligó a pagar “*con la casa lote de su propiedad ubicada en la Carrera 24A # 2ª-113 del Barrio Miraflores de esta ciudad*”, “*cuya*

escritura de venta a favor del señor EDGAR BETANCOURT GRANADA” se correría en la Notaria 23 del Círculo de Cali a más tardar a finales del mes de julio de 2019.

Obligación que se cumplió por parte de la señora Katerine Penilla García, quien a través de la Escritura Pública 2.792 del 31 de julio de 2019 transfirió a favor de EDGAR BETANCOURT GRANADA la propiedad del inmueble con número de matrícula inmobiliaria 370-12565 ubicado en la Carrera 24A # 113-115 de Cali.

2.1.2.3 En la Cláusula 6 de la promesa objeto de demanda, las partes acordaron que la escritura de venta del apartamento 401 prometido, se protocolizaría en la Notaría 23 de Cali *“a finales del mes de septiembre de 2019, fecha en la que se hará entrega real y material de inmueble prometido”*.

2.1.2.4 A la fecha de presentación de la demanda el señor EDGAR BETANCOURT GRANADA no ha cumplido con ninguna de las obligaciones a su cargo, correspondientes a la suscripción de la escritura pública de compraventa y entrega material del inmueble objeto del negocio jurídico *“ocasionando, de manera adicional, un perjuicio tanto por el daño emergente como por el lucro cesante”*, sin perjuicio de la sanción contenida en la cláusula 8 del contrato de promesa.

2.1.2.5 Pese a los constantes requerimientos hechos por la señora Katerine Penilla García a Edgar Betancourt Granada para que le haga entrega del apartamento objeto de la promesa de venta, aquella *“no ha logrado”* que éste último *“cumpla con su deber legal y contractual”*.

2.1.2.6 Los daños por concepto de lucro cesante correspondientes a los cánones de arrendamiento indexados desde la fecha pactada de entrega del apartamento y la presentación de la demanda ascienden a noventa y cuatro millones ciento treinta y dos mil pesos (\$94.132.000) Mcte., conforme lo prueba

el dictamen pericial elaborado por la Lonja Colombiana de Propiedad Raíz que se adjunta.

2.1.3 En el desarrollo procesal

2.1.3.1 Pese a encontrarse debidamente notificado, el demandado no contestó la demanda.

2.1.3.3 Dentro de las pruebas relevantes recaudadas se encuentran: *i)* contrato de promesa de compraventa de fecha 31 de julio de 2019, *ii)* Escritura Pública 2.792 del 31 de julio de 2019 de la Notaría 23 del Círculo de Cali, *iii)* certificado de tradición del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 370-12565 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, *iv)* certificado de tradición del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 370-0100824 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, y *v)* Dictamen pericial denominado “*informe corporativo lucro cesante por renta*” rendido por la Lonja Colombiana de Propiedad Raíz.

2.1.4 En la sentencia

2.1.4.1 El Juez Primero Civil del Circuito de Cali, luego de analizar el cumplimiento de los requisitos legales del contrato de promesa de compraventa objeto de la litis de que tratan los artículo 1502 y 1611 del Código Civil, definir los requisitos de la acción de resolutoria, así como dejar sentado el deber que le asiste al juez de dictar sentencia anticipada cuando no existen más pruebas por practicar, señaló que en el presente asunto la parte actora no está legitimada para ejercer la acción de cumplimiento prevista en el artículo 1546 del Código Civil dado que ésta incumplió igualmente el contrato de promesa suscrito con el demandado al no concurrir a la notaría en la fecha señalada para suscribir la escritura pública (obligación correlativa y simultánea) y en el expediente no obra prueba que demuestre que ello sí ocurrió o que al menos la demandante haya intentado cumplirlo.

Citando Jurisprudencia de la Corte Suprema señaló que *“puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió, así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; mientras que si de demandar la consumación del pacto se trata, sólo podrá hacerlo el negociante puntual con independencia de que el otro extremo del pacto haya atendido o no sus compromisos, aun en el supuesto de que estos fueran anteriores”*, y en esas condiciones que, al no verificación el hecho de ser la demandante cumplida la acción de cumplimiento contractual promovida por ésta, incluyendo el pedimento acumulado de perjuicios y la pretensión subsidiaria de reconocimiento de cláusula penal, está llamada al fracaso.

Agregó que, pese al incumplimiento verificado en ambas partes, en el presente asunto no están dados los requisitos para que pueda resolverse el contrato por mutuo disenso tácito, de un lado, por cuanto no existe pretensión en la demanda elevada en tal sentido y en aplicación del principio de congruencia previsto en el art. 281 del C.G.P. *“no podría hacerse un pronunciamiento oficioso de esa naturaleza en la sentencia”* y de otro, por cuanto, no existe *“prueba inequívoca de que la voluntad de los contratantes es la de extinguir implícitamente el nexa negocial que los unía”*; requisitos que dijo, de igual modo *“son concurrentes en su observancia.”*

Con fundamento en lo anterior, declaró probada de manera oficiosa la falta de legitimación en la causa de la demandada y negó las pretensiones de la demanda.

2.1.5 En los reparos concretos

2.1.5.1 Dentro del momento procesal correspondiente, el apoderado judicial de la demandante apeló la sentencia exponiendo en síntesis los siguientes reparos concretos en su contra:

i) Indebida valoración probatoria

Sostiene que el *a quo* no tuvo en cuenta que la demandante siempre estuvo dispuesta a cumplir con su obligación de presentarse a firmar la escritura pública de compraventa del inmueble, y que, la razón por la que la señora Katherine Penilla García no se hizo presente para la firma de la escritura pública de compraventa a finales de septiembre de 2019 fue la falta de voluntad del promitente vendedor de cumplir lo acordado.

Que tanto el pago del precio del inmueble en la suma convenida como la falta de asistencia del demandado a la audiencia de conciliación prejudicial a la que fue citado con posteridad a la fecha en la que debía entregar el bien, constituyen serios indicios no sólo de la voluntad de la señora Katherine Penilla García frente a la realización del negocio pactado, sino, además, de la desidia y falta de voluntad del demandado de cumplir con la entrega del bien.

Y con todo, que dichos supuestos fácticos quedaron demostrados en aplicación de la regla prevista en el artículo 97 del C.G.P., dada la falta de contestación de la demanda que hace presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en ella contenidos, razón por la que pretensión de cumplimiento resulta viable junto con la indemnización de perjuicios.

ii) Procedencia de la resolución contractual por el mutuo incumplimiento de los contratantes sin indemnización de perjuicios

Sin perjuicio de lo señalado en el reparo anterior, afirma que nuestro ordenamiento jurídico tiene disposiciones claras, no analógicas, para resolver el eventual estancamiento contractual, “*sea por vía de acción o de oficio*”,

y con ello, que erró el *a quo* al señalar que estaba en imposibilidad de desatar la litis bajo la figura del incumplimiento recíproco, ello en contravía de los principios que propenden por una justicia efectiva y material.

Que “el apotegma iura novit curia finalmente con la guía de la Constitución y de los principios generales de derecho, otorga herramientas a los jueces para aplicar justicia frente los mutuos incumplimientos bajo la égida de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, disposiciones de las cuales se deriva el mutuo disenso y por supuesto con apoyo en las normas que regulan el acceso a la justicia, para que los jueces no dejen en situación de paralización negocial, a quienes han contratado y a pesar del mutuo incumplimiento en obligaciones simultáneas siguen atados por el mismo contrato, afectando el tráfico jurídico comercial”.

Afirma que el Despacho de conocimiento debió resolver de fondo las pretensiones de la demanda bajo la premisa del cumplimiento de una o de ambas partes del negocio contractual y debió declarar, *“aún de oficio la resolución del precontrato de venta sin la indemnización de perjuicios o como ya se indicó el mutuo disenso, teniendo en cuenta que la demandante acudió ante la administración de justicia para que se le garantizará el cumplimiento del contrato de promesa de compraventa, es decir, con la intención de cumplir con su obligación pendiente.”*

Por lo anterior, solicita que se revoque la decisión apelada y en su lugar se profiera una sentencia de fondo que ponga fin al contrato de promesa de compraventa celebrado entre la promitente compradora Katherine Penilla García y el promitente vendedor Edgar Betancourt Granada, y *“ordene la devolución de la totalidad del precio pagado por parte de mi representada por valor de \$295.000.000, el cual deberá indexarse y de manera adicional reconocerse el pago de intereses de mora a partir del 30 de septiembre de 2019 y hasta cuando se verifique el pago total de la obligación.”*

2.1.6 En la sustentación del recurso.

2.1.6.1 En aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 2233 de 2022, el apelante sustentó por escrito los reparos presentados ante el juez de primera instancia en los mismos términos anteriormente señalados.

2.1.6.2 Mediante auto del 15 de abril de 2024, la Sala como prueba de oficio ordenó a las partes que aportaran copia del avalúo catastral del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 370-12565 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, así como de la escritura pública 2.792 del 31 de julio de 2019 mediante la que se constituyó reglamento de propiedad horizontal sobre dicho inmueble.

3. PROBLEMAS JURÍDICOS

Derivado de los reparos antes expuestos tal como fueron planteados, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

i) ¿Puede el juez interpretar el contrato y de acuerdo con su objeto y prestaciones pactada definir su real naturaleza?

ii) ¿El fracaso de la acción resolutoria por insatisfacción del requisito de interés para obrar del demandante permite que el Juez disponga la resolución por incumplimiento recíproco?, y con ello,

iii) ¿Procede la indemnización por equivalencia o ad valorem cuando la restitución material de la cosa prometida no es posible por haber desaparecido y/o enajenada a un tercero?

iv) ¿Procede la actualización del valor de los frutos civiles producidos por los bienes a restituir desde la fecha en que se percibieron o debieron producirse hasta la fecha que ordena la resolución del contrato y su pago?

4. ESCENARIO PRESCRIPTIVO.

4.1 Presupuestos procesales y nulidades.

En punto de los presupuestos procesales, en tanto criterios indispensables para la validez de la relación jurídico-procesal, esto es, competencia del Juez, capacidad para ser parte, capacidad procesal y demanda en forma se advierten cumplidos a cabalidad. De otro lado, se advierte que no existe causal de nulidad alguna que invalide lo actuado.

4.2 Presupuestos materiales de la sentencia de fondo (legitimación en la causa)

4.2.1 Por sabido se tiene que la legitimación es una figura de derecho procesal y tema de obligado estudio por parte del juzgador al momento de desatar la *litis* como presupuesto material de la sentencia, y que, se traduce por activa en ser el titular que conforme a la Ley sustancial está llamado a reclamar el derecho violado o a satisfacer el interés que legalmente se tiene, y por lo pasivo, en la persona que, según la misma ley, es la llamada a responder por tales derechos o intereses.

4.2.2 En el caso que nos ocupa, de acuerdo con los hechos narrados en la demanda, la legitimación por activa está en cabeza de la demandante señora KATERINE PENILLA en su calidad de promitente compradora en el contrato de promesa de compraventa celebrado el 31 de julio de 2029, a quien presuntamente se le causó un daño antijurídico en su órbita patrimonial como consecuencia del incumplimiento de dicho contrato, concretamente, por la no entrega jurídica ni material del inmueble objeto de contratación

4.2.3 En punto a la legitimación en la causa por pasiva, la demanda se dirige en contra de EDGAR BETANCOURT GRANADA en calidad de

promitente vendedor dentro del contrato de promesa cuya resolución se solicita con indemnización de perjuicios.

4.3 Presupuestos normativos

4.3.1 Se sabe que, bajo el principio de la autonomía de la voluntad, según el cual, con las limitaciones impuestas por el orden público y por el derecho (presupuestos de validez y existencia), los particulares pueden realizar actos jurídicos para comprometer su voluntad en la forma prevista por el artículo 1602 del Código Civil los que constituyen ley para las partes y sólo pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

4.3.2 En cuanto al incumplimiento de dichos acuerdos de voluntades, el artículo 1546 del Código Civil prevé que:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución del contrato o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

4.3.3 Frente a la mora en los contratos bilaterales y la causación de perjuicios los artículos 1609 y 1615 del Código Civil indican:

“Artículo 1609. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

“Artículo 1615. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.”

4.3.4 Tratándose de la interpretación de los contratos el artículo 1621 del Código Civil señala que:

“Artículo 1621. Interpretación por la naturaleza del contrato. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de uso común se presumen, aunque no se expresen.”

4.3.5 A su turno, los artículos 1955 a 1958 del Código Civil regulan la permuta, así:

“Artículo 1955. Definición de permuta. La permutación o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro.”

“Artículo 1956. Perfeccionamiento de la permuta. El cambio se reputa perfecto por el mero consentimiento, excepto que una de las cosas que se cambian o ambas sean bienes raíces o derechos de sucesión hereditaria, en cuyo caso, para la perfección del contrato ante la ley, será necesaria escritura pública.”

“Artículo 1957. Objeto y capacidad. No puede cambiarse las cosas que no pueden venderse. Ni son hábiles para el contrato de permutación las personas que no son hábiles para el contrato de venta.”

“Artículo 1958. aplicación de las normas sobre la compraventa a la permuta. Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio.”

4.3.6 Por último los artículos 1611 y 1746 del Código Civil regulan el contrato de promesa y los efectos de su nulidad o resolución en los siguientes términos:

“Artículo 1611. Requisitos de la promesa. La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes:

1a.) Que la promesa conste por escrito.

2a.) 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 <sic 1502> del Código Civil.

3a.) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.

4a.) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Los términos de un contrato prometido, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.”

“Artículo 1746. 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 voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.”

4.4 Presupuestos Jurisprudenciales

4.4.1 Frente a la resolución del contrato por incumplimiento recíproco, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC-5430 de 2021, expuso:

“La Corte ha sostenido que el buen suceso de la acción resolutoria está sujeto a la concurrencia de ciertas condiciones, a saber: i) que verse sobre contrato bilateral válido; ii) que el demandante haya cumplido las obligaciones a su cargo, o se haya allanado a cumplirlas, y iii) que el demandado se haya separado de sus compromisos contractuales total o parcialmente.

La segunda exigencia, referente a que la legitimación para promover la acción como condición necesaria para que pueda salir avante, solo radica en quien ostente la calidad de contratante cumplido o dispuesto a cumplir, fue reiterada por la Sala en múltiples ocasiones¹.

Sin embargo, en SC1662-2019² la Corte efectuó una importante corrección doctrinaria, a partir de una interpretación sistemática y armónica de los

¹ Entre otras: SC2307-2018; SC6906-2014; SC 8045-2014; SC 28 feb. 2012, Exp. 2007-00131-01; SC 7 mar. 2000, Exp. No. 5319; SC 16 jun. 2006, Exp. 7786.

² CSJ SC1662-2019: “Tras precisar que el verdadero significado del artículo 1609 del Código Civil es que “en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente”, la Corte, adicionalmente, señaló:

En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, como ha ocurrido con el demandado en este proceso.

Y más adelante, concluyó:

Corolario de lo anterior es que hay lugar a dos formas de resolución o ejecución de los contratos bilaterales, a saber: a) Cuando uno solo incumple y el otro sí cumple. En tal evento hay lugar a la resolución o ejecución con indemnización de perjuicios, y b) cuando ambos contratantes incumplen, caso en el cual también hay lugar a la resolución o ejecución, pero sin indemnización de perjuicios y sin que haya lugar a condena en perjuicios o cláusula penal.

4. Incumplimiento unilateral, bilateral y mutuo disenso. Conclusiones.

4.1. *En orden de lo expuesto, es necesario puntualizar que cuando el incumplimiento del contrato sinalagmático provenga de una sola de las partes, la norma aplicable es el artículo 1546 del Código Civil, caso en el cual el contratante que satisfizo sus obligaciones o que procuró la realización de las mismas, puede ejercer, en contra*

artículos 1546 y 1609³ del Código Civil, para precisar que, en aplicación analógica del primero y bajo ciertas circunstancias, en caso de incumplimiento recíproco de las obligaciones convencionales, cualquiera de los contratantes puede demandar la resolución del pacto, pero sin indemnización de perjuicios.”

4.4.2 Con posterioridad, en SC3666-2021, al ratificar la tesis que se acaba de reseñar, en vía de su consolidación como doctrina probable la Corte, acotó que para que proceda la resolución por incumplimiento mutuo es necesario, además que el desconocimiento de las obligaciones sea recíproco y simultáneo, así:

“Establecido como quedó con el correspondiente recorrido cronológico jurisprudencial, que en el ordenamiento jurídico patrio es de recibo, al día de hoy, la figura iuris de la simple resolución contractual en situación de recíproco incumplimiento de las partes, resta por precisar algo más y que es trascendental a la hora de evaluar cualquier caso con pretensiones de encuadrar en el criterio doctrinal vigente de la Corte; esto es, que no basta un incumplimiento en cada uno de los extremes (sic) contractuales para propiciar una resolución, sino que se requiere que ese desconocimiento de las obligaciones sea recíproco y simultáneo, porque si contractualmente los interesados establecieron un orden prestacional, no hay manera de predicar un incumplimiento mutuo, ya que la infracción contractual del primero en el tiempo justifica la renuencia del segundo a cumplir, y permite que este último

del otro, las acciones alternativas de resolución o cumplimiento forzado que la norma prevé, en ambos supuestos con indemnización de perjuicios, acciones en frente de las que cabe plantearse, para contrarrestarlas, la excepción de contrato no cumplido.

4.2. En la hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa una situación no regulada expresamente por la ley, se impone hacer aplicación analógica del referido precepto y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir, que está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y mucho menos, a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ibídem.

La especial naturaleza de las advertidas acciones, en tanto que ellas se fundan en el recíproco incumplimiento de la convención, descarta toda posibilidad de éxito para la excepción de contrato no cumplido, pues, se reitera, en tal supuesto, el actor siempre se habrá sustraído de atender sus deberes negociales.

4.3. Ahora bien, cuando a más del incumplimiento recíproco del contrato, sus celebrantes han asumido una conducta claramente indicativa de querer abandonar o desistir del contrato, cualquiera de ellos, sin perjuicio de las acciones alternativas atrás examinadas, podrá, si lo desea, demandar la disolución del pacto por mutuo disenso tácito, temática en relación con la cual basta aquí con refrendar toda la elaboración jurisprudencial desarrollada por la Corte a través de los años.”

³ Artículo 1609. *“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.*

ejercite las acciones alternativas previstas en el artículo 1546 del Código Civil: ejecutar o resolver, con indemnización de perjuicios.

Lo anterior se revalidó expresamente en el muy reciente fallo de casación de 7 de diciembre de 2020 (SC4801), donde a manera de síntesis se dijo sobre la resolución del contrato, lo siguiente:

“En resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió; así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que este debía acatar de manera preliminar; y puede demandarla en el evento de desacato recíproco y simultáneo si se funda en el desacato de todas las partes, en este evento sin solicitar perjuicios (CS SC1662 de 2019)”

Como corolario, hasta aquí es posible decir que, conforme al criterio actual de la Sala, la procedencia de la resolución del contrato por mutua desatención de sus obligaciones, presupone la hipótesis de dos contratantes puestos en el mismo plano de incumplimiento (habida cuenta la naturaleza de la prestación desatendida y el tiempo para acatarla), con lo que ninguno de ellos está en mora, y por lo mismo, sin posibilidad de reclamar del otro nada diferente a la restitución de las cosas al estado anterior del respectivo convenio.” (Subraya la Sala)

4.4.3 Y en torno del incumplimiento de obligaciones recíprocas sucesivas, atendido este orden cronológico en que fueron pactadas, ésta indicó:

“Si las obligaciones recíprocas son sucesivas, atendido este orden cronológico el contratante que no vio satisfecha la previa obligación sólo puede pretender el cumplimiento del contrato si cumplió o se allanó a cumplir. Si no ha cumplido ni se ha allanado a hacerlo, puede pretender la resolución con fundamento en el art. 1609, es decir, por el incumplimiento de las obligaciones antecedentes del otro contratante.” (CSJ SC, 4 sep. 2000, rad. 5420; reiterada en sentencia CSJ SC9680-2015).

4.4.4 Por último, en cuanto a las restituciones mutuas cuya declaración deviene en necesaria ante la declaración de nulidad o rescisión de un contrato bilateral, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC5060-2016, dijo:

“tiene establecido esta Corporación, de antiguo (CCXLVI, págs. 1425 y 1426. Cfme: CCXLIX, págs. 1367 y 1368), que en virtud de la consecuencia liberatoria que emerge de la declaración de nulidad de una promesa de contrato, como la de cualquiera otro, ninguno de los contratantes podrá reclamar la ejecución del negocio jurídico invalidado -efectos ex nunc-, quedando las partes, de cara al prenotado vínculo de carácter preparatorio, exoneradas del cumplimiento del deber de prestación de celebrar el contrato prometido. Pero si ellas anticiparon o satisficieron obligaciones propias del contrato respectivo (v.gr. pago del precio, la entrega del bien, etc.), o crearon y cumplieron obligaciones adicionales (v.gr. la entrega de arras penitenciales), como corolario del carácter retroactivo de la declaración aludida -efectos ex tunc- y a manera de insoslayable secuela, como se anticipó, las cosas -por regla- deberán volver a su statu quo, esto es, “al mismo estado en que se hallarían (las partes) si no hubiese existido el acto o contrato” (quod nullum est nullum producit effectum)(art. 1.746, inc. 1o. C.C.). Por consiguiente, sólo en tales eventos deberán producirse, ex lege, "las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes" en materia de pérdidas, deterioros, "intereses y frutos y del abono de las mejoras necesarias, útiles y voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posición de buena o mala fe de las partes, todo ello según las reglas generales" (Se subraya, art. 1746 C.C.). Es lo que, de antaño, se denomina restitución in integrum (SC 130 2000 del 18 de agosto de 2000, rad. 5519).”

Y añadió en otra oportunidad:

“1.- La nulidad del contrato de promesa de compraventa, ciertamente impide cumplir la prestación de celebrar el contrato prometido, porque esa declaración apareja su aniquilación y la disolución de sus efectos finales. Pero si los contratantes anticiparon obligaciones del contrato a que se refería la promesa, verbi gratia, el pago del precio o la entrega del bien, las cosas, por regla general, deben

volver al “mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”, según se declara en el artículo 1746 del Código Civil.

Por esto, salvo casos como los previstos sobre objeto o causa ilícita y los contratos celebrados con incapaces, el inciso segundo del citado precepto establece que 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 voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales”.

Aunque para el efecto, como se ha dicho, deben observarse las “mismas disposiciones que gobiernan las prestaciones mutuas en la reivindicación”, entre las cuales se encuentra el artículo 964 del Código Civil, esto no significa que deba aplicarse en forma absoluta, en toda su extensión, incluyendo los límites temporales a que hace alusión, porque de ser así se negaría el efecto general y propio de la declaración de nulidad, cual es retrotraer las cosas al “estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (SC 087-2003 del 13 de agosto de 2003, rad. C-7010. En el mismo sentido SC 150-2003 del 16 de diciembre de 2003, rad. 7714-01; SC 343-2005 del 16 de diciembre de 2005, rad. 11001-3103-011-1996-06907-01, entre otras).”

4.5 Presupuestos Doctrinales

Frente a la imposibilidad de efectuar las restituciones mutuas a que da lugar la resolución contractual o su nulidad, el tratadista Fernando Hinestroza en su obra Tratado de las obligaciones, señaló:

“La restitución debe hacerse, en principio, in natura, pero ello no significa que cuando no sea posible proceder de ese modo no haya lugar a restitución, o que no opera la retroactividad (...) La irretroactividad de algunas restituciones tampoco pueden tomarse en forma absoluta. Razones de orden fáctico, como también razones de índole práctica (sic), impiden que determinadas prestaciones se puedan devolver o deshacer, como también aconsejan como la solución mejor limitar los

efectos deletéreos de la nulidad” toda vez que “siempre es posible avaluar la prestación provista en dinero a fin de restituirla en su equivalente”⁴

4.6 Aplicación al caso en concreto

4.6.1 Con fundamento en los reparos concretos formulados pasa la Sala a decidir la alzada, anunciando desde ya su prosperidad al satisfacerse en el presente asunto los requisitos de la resolución contractual por incumplimiento recíproco. Esto, no sin antes indicar que en aplicación de la regla de interpretación prevista en el artículo 1621 del Código Civil, el contrato preparatorio objeto de la litis será interpretado por esta Colegiatura conforme su verdadera naturaleza, esto es, como un contrato de promesa de permuta y no así de promesa de compraventa como lo indicaron las partes en el documento que lo contiene.

Lo anterior, por cuanto, analizado el contenido de las prestaciones bilaterales a cargo de los contratos se advierte que éstas se obligaron mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto a cambio de otro, concretamente, el señor Edgar Betancourt Granada a transferir a favor de la señora Katerine Penilla García el derecho de dominio y la posesión material del apartamento 401 del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 370-101824 y, ésta a su vez, a transferir a favor de aquel el dominio del inmueble de su propiedad identificado con la matrícula inmobiliaria No. 370- 12565, ambos de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, fijando como precio de negociación la suma de \$295.000.000 para cada inmueble el que, se entendería pagado al recibir cada uno los bienes que prometieron enajenar y cuya entrega material se efectuaría a la firma de las correspondientes escrituras públicas; condiciones éstas que son propias del contrato de permuta y que no

⁴ Hinestroza Fernando, Tratado de las Obligaciones Tomo II. Bogotá D.C: Editorial Externado de Colombia. 2015. p. 796

varían ni desnaturalizan por el nombre dado por las partes a la negociación que efectuada.

En consecuencia, en adelante, la Sala se referirá al contrato objeto de la litis como un contrato de promesa de permuta que, en todo caso, desde ya cabe señalar, cumple con los requisitos previstos en los artículos 1957 y 1611 del Código Civil respecto de la negociabilidad de los bienes, la capacidad o habilidad para contratar de las partes, así como los requisitos del contrato de promesa, respectivamente, resaltando, frente al numeral 3 del último de éstos, que el plazo fijado para la celebración del contrato alusivo a “*los días finales del mes de septiembre de 2019*” resulta determinable en términos de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC24468-2018.

4.6.2 En los contratos bilaterales, el artículo 1546 del Código Civil consagra la condición resolutoria tácita, que consiste en la facultad con la que cuenta el contratante cumplido para pedir la resolución o el cumplimiento del pacto, en uno y otro caso, con indemnización de perjuicios frente al extremo contrario del negocio que no respetó las obligaciones que adquirió.

Por lo tanto, como regla general y tratándose de compromisos que deben ejecutar las partes simultáneamente, es necesario para el buen suceso del reclamo del demandante, que éste haya asumido una conducta acorde con sus obligaciones, porque de lo contrario no podrá iniciar la acción resolutoria prevista en el antedicho precepto, en concordancia con la excepción de contrato no cumplido *-exceptio non adimpleti contractus-* regulada en el artículo 1609 *ibidem*, a cuyo tenor, ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

De igual manera, en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino sucesiva, se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, quien primero incumple

automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque ésta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada.

Con base en lo anterior, situados en los reparos hechos a la sentencia debe indicarse que concuerda la Sala con la decisión del *a quo* de tener a la demandante como contratante igualmente incumplida pues, aún y cuando a través de las razones expuestas en el escrito de apelación por su apoderado judicial ésta justifica su no concurrencia a la notaría en la fecha señalada para celebrar el contrato prometido a partir de la renuencia del demandado en cumplir con sus obligaciones y ruptura de la comunicación entre ambos, lo cierto es que aquellas resultan improcedentes si a bien se tiene que la precisa obligación de suscribir la escritura pública con la que se perfeccionaría la tradición del apartamento 401 del proyecto denominado Brisas de Miraflores era recíproca y simultánea, pues los interesados no establecieron un orden prestacional que justifique el incumplimiento de la demandante, y en tal sentido, su inejecución no puede justificarse a partir del incumplimiento de las obligaciones antecedentes del otro contratante (artículo 1609 Código Civil), sino, además, descarta la prosperidad de la acción de cumplimiento contractual de que trata el artículo 1546 del Código Civil al estar su buen suceso sujeto a la concurrencia de, entre otros supuestos, que *“que el demandante haya dado cumplimiento a las obligaciones a su cargo, o se haya allanado al cumplimiento.”*

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el incumplimiento de la demandante se encuentra acreditado y que, como bien lo señaló el *a quo*, ello lleva al traste a la pretensión de cumplimiento contractual es claro que el reparo formulado en la demanda en tal sentido no se encuentra llamado a prosperar.

Sin embargo, como pasa a exponerse, ante el comprobado incumplimiento recíproco de los contratantes le asiste razón al apelante cuando indica que en el presente asunto están dados los requisitos para que se abra paso la resolución contractual por mutuo incumplimiento sin indemnización de perjuicios como el mecanismo para superar estancamientos contractuales;

resolución que, valga destacar, puede ser aplicada por la judicatura cuando se advierta la satisfacción de sus requisitos, esto es, que el desacato de las obligaciones de todos los contratantes sea recíproco y simultáneo; requisitos que, en todo caso, conviene precisar de cara a lo dicho por el juez de primera instancia, son distintos a los presupuestos de la resolución por mutuo disenso tácito al tratarse de figuras jurídicas disímiles.

4.6.3 Ciertamente, en punto de la resolución contractual, debe decirse que, como se indicó en el aparte jurisprudencial de esta providencia, en eventos en los que queda probado el incumplimiento de ambos contratantes el juez, a fin de evitar el estancamiento de los contratos y mantener a las partes injustamente atadas a una relación contractual, puede desatar la litis bajo los supuestos del incumplimiento recíproco en atención a la interpretación que actualmente la jurisprudencia ha efectuado del artículo 1609 del Código Civil, según la cual *“cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios.”*

Supuestos, del todo distintos a la conocida resolución por mutuo disenso tácito analizada por el juez de primera instancia en la que es menester no sólo que el incumplimiento sea simultáneo, sino, además, que de las actuaciones de ambas partes se deduzca su implícita y recíproca intención de no ejecutar el contrato, esto es, de desistir del mismo y de las obligaciones que allí se incorporan.⁵

⁵ Al respecto, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 7 de marzo de 2000, Exp. 5319 señaló que el mutuo disenso o distracto contractual, emerge de lo previsto en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, y corresponde a *“La prerrogativa de que son titulares las partes en un contrato para convenir en prescindir del mismo y dejarlo sin efectos, resultado éste que puede tener origen en una declaración de voluntad directa y concordante en tal sentido -caso en el cual se dice que el mutuo disenso es expreso-, o en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de anular su fuerza obligatoria, evento en el que el mutuo disenso es tácito. Se trata, pues, de una figura singular cuyos perfiles institucionales, muy precisos por cierto dentro de la variada gama de circunstancias que pueden dar lugar a la extinción sobreviniente de relaciones jurídicas de fuente contractual dotadas de plena validez, no permiten mezclarla en ninguna forma con la resolución del artículo 1546 del Código Civil, toda vez que en tanto ésta última se produce por razón del cumplimiento de una condición a la cual el ordenamiento positivo le atribuye ese alcance, vale decir por una*

Luego, como quiera que aquí está acreditado que ambos contratantes incumplieron la obligación simultánea de a que se ha venido haciendo referencia, la resolución del contrato sin indemnización de perjuicios resulta procedente; ello, sin perjuicio de las restituciones mutuas que deben ordenarse de forma oficiosa en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil que concede a las partes el derecho para ser restituidas al “*mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo*”.

4.6.4 Efectos de la resolución del contrato - Restituciones mutuas

4.6.4.1 Sobre las restituciones mutuas surgidas tras la resolución del contrato a fin de volver las cosas al estado en que existían al momento de su celebración (efectos *ex tunc*)⁶, entre las cuales se encuentran los frutos, mejoras y las sumas de dinero pagadas a título de precio, debe decirse que, dentro de este proceso está probado que:

a) La demandante, señora Katerine Penilla García entregó materialmente y transfirió a favor del demandado Edgar Betancourt Granada el derecho de propiedad que esta tenía sobre el inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-12565 ubicado en la Carrera 24 A # 2A-113/115 del Barrio Miraflores de Cali a través de la escritura pública No. 2.792 del 31 de julio de 2019 corrida en la Notaría 23 del Círculo de Cali, y que dicho instrumento público está registrado en la anotación No. 021 del 13 de enero de 2020 del referido folio de matrícula inmobiliaria.

causa legal, en la hipótesis del mutuo disenso, por definición, esa causa radica exclusivamente en la voluntad coincidente de las partes interesadas (...)

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 2 agosto de 1999, Exp. 4937 “(...) los efectos retroactivos de la nulidad, sin distinguir su clase, al afectar el pasado, por cuanto las cosas deben volver al estado anterior a la celebración del contrato, como si éste no hubiese existido. Son estos los efectos *ex tunc* de la sentencia declarativa de la nulidad, que permiten suponer como lo ha dicho la Corporación que ‘el acto o contrato no tuvo existencia legal, y entonces, por imperativo de lógica, hay que restaurar las cosas al estado en que se hallarían si dicho acto o contrato no se hubiese celebrado’ (G.J. CXXXII, pág. 250).”

b) El demandado, señor Edgar Betancourt Granada no entregó materialmente a la demandante el inmueble identificado como apartamento 401 del Edificio Brisad de Miraflores, registrado con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-1010824 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Cali, ni concurrió en la fecha señalada a la notaría designada para otorgar el instrumento público mediante el que se perfeccionaría la enajenación prometida.

Así las cosas, dado que la resolución de un contrato bilateral, en virtud de lo previsto en el artículo 1546 del Código Civil tiende a aniquilar el acto jurídico y en consecuencia surge para los contratantes el derecho a ser restituidas al “*mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo*” que impera en el ya señalado artículo 1746 del Código Civil, es decir, a dejar las cosas en el estado en el que se encontraban antes de contratar y que, la jurisprudencia ha instituido que es deber del juez de proveer “*aún de oficio*” proveer sobre las “*restituciones mutuas*” a que hubiere lugar aplicando las “*mismas disposiciones que gobiernan las prestaciones mutuas en la reivindicación*”⁷, sería del caso, dejar sin efecto la Escritura Pública No. 2.792 del 31 de julio de 2019 corrida en la Notaría 23 del Círculo de Cali a través de la que se efectuó la transferencia del dominio del inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-12565 ubicado en la Carrera 24 A # 2A-113/115 del Barrio Miraflores de Cali a favor del demandado Edgar Betancourt Granada, así como todas las anotaciones que de tal acto se deriven y ordenar la consecuente restitución del bien a favor de la demandante.

Sin embargo, y como quiera que del resultado de la prueba de oficio decretada por esta Corporación se advierte que inmueble objeto de restitución fue demolido, que en él se edificó el proyecto inmobiliario denominado Edificio Colinas de Miraflores P.H. y que mediante Escritura Pública No. 3.918 del 6 de octubre del 2021 corrida en la Notaría Veintitrés del Círculo de Cali se constituyó el correspondiente reglamento de propiedad

⁷ CSJ SC5060-2016.

horizontal⁸, y dichas circunstancias dificultan o hacen imposible la restitución *in natura* del bien pues suponen su desaparición y de cara a la eventual afectación de terceros adquirentes de buena fe de los inmuebles edificados, se impone para la Sala la decisión de ordenar la indemnización equivalente en dinero del valor que el inmueble tuviese en la actualidad, pues es este el momento en que, en virtud de la resolución del contrato el inmueble debiere restituirse junto con la indemnización de los frutos por éste producidos; indemnización por equivalencia que, como se verá más adelante, impactará en lo que corresponda en el reconocimiento de mejoras a favor del demandado.

Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de julio de 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, en un caso en el que los demandados no podían devolver materialmente los bienes objeto del contrato, expuso:

“Acerca de las consecuentes restituciones mutuas que deben hacer las partes, conforme lo señalado en el art. 1545 del Código Civil, la Sala observa que con las pruebas documentales ordenadas en el fallo de casación, se encuentra acreditado que los litigantes enajenaron a terceros, en virtud de la celebración de varios negocios jurídicos [que no son materia de la acción resolutoria ejercida], los bienes que, en su día, mayoritariamente se transfirieron recíprocamente -en desarrollo del contrato de promesa-, mediante el otorgamiento de escrituras públicas de compraventa y su ulterior inscripción en las correspondientes oficinas de registro de instrumentos públicos circunstancia que constituye obstáculo insalvable para ordenar que cada una devuelva a la otra, materialmente, a título de restituciones mutuas, los bienes que recibió en desarrollo del pluricitado negocio jurídico, lo cual implica, que debe adoptarse la decisión que mejor se acomode a la voluntad abstracta de la ley, que, en este caso, será disponer unas restituciones por equivalente, que coloquen a las partes en la misma situación patrimonial que tenían al momento de contratar.

⁸ Archivo digital 031. Expediente Cuaderno del Tribunal

El anunciado reconocimiento por equivalencia, en manera alguna, denota un cambio o mutación del objeto de la prestación respectiva, pues “...cuando el Juez opta por condenar a pagar el equivalente monetario, no empece a haberse formulado pretensión dirigida a la persecución de la cosa.., lo único que hace es consultar la realidad probatoria del proceso, en cuanto le indica que se ha ‘hecho imposible o difícil’ la persecución’ en los términos que de ordinario correspondería decretar” (CCXLIX, Vol. I, 320), tesis que si bien fue esgrimida por la Corte en un proceso reivindicatorio en el que se ejercitó una acción real, puede ser aplicable a este asunto, en el que el actor promovió una acción personal, esto es, la tendiente a obtener la resolución del contrato de promesa por incumplimiento de la demandada.

Bajo este entendimiento no podría la Corte, ante la imposibilidad de disponer las restituciones mutuas que, ordinariamente, se ordenan en juicios de esta naturaleza, limitarse a declarar la resolución del negocio jurídico sin tomar ninguna determinación encaminada a lograr la restauración de las cosas al estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato resuelto, pues un pronunciamiento con tal naturaleza, ciertamente carecería de eficacia y sería apenas aparente, puesto que cada contratante seguiría detentando los bienes que recibió en desarrollo del contrato, no obstante haberse declarado su resolución, lo que desconocería el alcance retroactivo que se ha reconocido al fenómeno resolutorio (art. 1544 Código Civil).”

En tal sentido, como quiera que dentro de los documentos recaudados como prueba de oficio obra certificación de inscripción catastral No. 40468 en la que se encuentra relacionado el avalúo catastral del inmueble de marras para el año 2019 (época en que se efectuó su tradición) en suma de \$290.711.000 y, para el año 2024 en suma de \$355.717.618, será este último el valor que el demandado deberá pagar a favor de la demandante por concepto de indemnización equivalente, y que, en todo caso no habría lugar a incrementar conforme la regla prevista en el artículo 444 del C.G.P. en tanto el monto del avalúo catastral del inmueble resulta semejante al valor que las partes pactaron como precio de la negociación.

4.5.4.2 Ahora bien, en caso particular de los **Frutos**, lo primero que ha de indicarse es que su reconocimiento resulta procedente, señalando en todo caso que, conforme la regla fijada en el artículo 964 del Código Civil, que en lo pertinente dispone que *“si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción (...). En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”*, la Sala, en aplicación de los principio de igualdad, equidad y reparación integral observados por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC2217-2021, dispondrá que los mismos *“se actualicen a la fecha de su pago desde el momento en que el beneficiario efectivamente debió percibirlos, para lo cual se aplicará la variación del índice de precios al consumidor durante el respectivo periodo, máxime si se pondera que fueron tasados en cánones de arrendamiento, y que precisamente la Ley 820 de 2003 que regula este aspecto en el tema de la vivienda urbana tiene en cuenta tal indicador económico para los incrementos que autoriza.”*

Ciertamente en la citada providencia, destacó la Corte que *“el artículo 964 del Código Civil ordena reconocer el «valor» que los frutos «tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción», sin que con ello ate “ineluctablemente ese concepto a la cantidad de dinero que originalmente y de manera nominal representaba esos rendimientos, sino al monto que no obstante el paso del tiempo y el fenómeno inflacionario continúa expresándolos”*; en otras palabras, *“la cantidad que a la sazón mantiene la aptitud que primariamente tenían para adquirir determinados bienes y servicios”*

Indicando, por ejemplo, que *“si el bien que generó los frutos es un inmueble, debe procurarse que el beneficiario final de aquellos pueda adquirir con el dinero que se le liquida el uso y goce del mismo predio u otro semejante por el mismo tiempo que el obligado a abonárselos los disfrutó.”*

Bajo los anteriores lineamientos, en el presente asunto los frutos se reconocerán desde el momento mismo en que señora Katerine Penilla cumplió su parte en el contrato de promesa de permuta y transfirió a favor del demandado la propiedad del inmueble con matrícula inmobiliaria No. 370-12565 de la

Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, pues es a partir ahí cuando ésta entregó el bien y se vio privada de la posibilidad de devengar para sí los frutos civiles que produjo el inmueble.

En la misma línea y como quiera que, como lo ha señalado la Jurisprudencia, la producción de frutos, “*igualmente genera gastos*”, de su reconocimiento se deducirá un 15%, porcentaje que, “*a falta de prueba en contrario se presume razonable*” según lo expresó la Corte Suprema de Justicia en SC5235-2018, al señalar que “*el consolidado final sería «objeto de una disminución del 15%, que se estima justa y equitativa, atendiendo los gastos normales que hay que realizar para la obtención de frutos durante una administración de los bienes productores de rentas»*”⁹.

Por lo anterior, se reconocerá la indexación de cada uno de los frutos, (para el caso presente representados en cánones de arrendamiento), liquidándolos al 30 de marzo de 2024, fecha en que se tiene noticia de la última variación del IPC, conforme la siguiente fórmula de indexación:

VA = IBL o valor actualizado.

VH = Valor a actualizar.

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la fecha de liquidación (abril de 2024)

IPC Inicial = índice de Precios al Consumidor de la fecha de entrega (julio de 2019)

$$VA = VH * \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

4.5.4.3 Obra en el plenario copia del avalúo catastral del inmueble objeto de restitución¹⁰, que no fue controvertido por la parte contraria, y señala

⁹ Sala Civil Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC2217-2021

¹⁰ Ver archivo digital 031 Cuaderno Tribunal

como valor del inmueble la suma de doscientos noventa millones setecientos once mil pesos (\$290.711.000) Mcte para el año 2019; valor que, incrementado en un 50% conforme la regla prevista en el numeral 4 del artículo 444 del C.G.P. arroja un importe total de cuatrocientos treinta y seis millones sesenta y seis mil quinientos pesos (\$436.066.500) que será tenida en cuenta por la Sala como referente para liquidar el valor de los frutos civiles a reconocer al ser ésta la regla prevista por el legislador para acercar el valor catastral del bien a su valor comercial sobre el que el artículo 18 de la Ley 820 de 2003 tomo como referente para calcular el límite del valor de la renta que “*no podrá exceder el 1% del valor comercial del inmueble.*” (Negrilla de la Sala)

De igual manera, para su reajuste anual, se atenderá el parámetro establecido por el artículo 20 *ibidem*, que indica que el precio del canon o renta podrá ser incrementado “*cada doce (12) meses*”, “*hasta en una proporción que no sea superior al ciento por ciento (100%) del incremento que haya tenido el índice de precios al consumidor en el año calendario inmediatamente anterior a aquél en que deba efectuarse el reajuste del canon, siempre y cuando el nuevo canon no exceda lo previsto en el artículo 18*”.

Así las cosas, en atención a las circunstancias del caso, donde se destaca la completa desatención del demandante de sus obligaciones contractuales y la disposición que efectuó del bien, la Sala encuentra pertinente fijar el valor del canon mensual en el 1% del valor del inmueble para todos los años de causación. En tal sentido, para el año 2019 el valor del canon mensual se fija en cuatro millones trescientos sesenta mil seiscientos sesenta y cinco pesos (\$4.360.665).

Determinado el anterior valor, se procede a realizar el importe de los frutos civiles que deberá devolver el demandado EDGAR BETANCOURT GRANADA a favor de la demandante KATERINE PENILLA GARCÍA, liquidados e indexados a partir del mes de agosto de 2019 hasta la fecha de esta providencia, pues como, lo dijo la jurisprudencia en cita, “*el aumento anual que*

dichos cánones tuvieron no modifica lo que se acaba de expresar, en la medida que tuvo la función interna de reajustar su precio para el año en que debieron percibirse, pero en modo alguno cumple la misión de actualizarlos desde entonces y hasta su pago.”

AÑO	CANON MENSUAL INICIAL	IPC AÑO ANTERIOR (100%)	VALOR INCREMENTO MENSUAL	TOTAL, RENTA	IPC FINAL	IPC INICIAL	VALOR INDEXADO A 30 DE ABRIL DE 2024 VA=VH*IPC FINAL/IPC INICIAL
01/08/19	\$4.360.665	N/A	\$0	\$4.360.665	141,48	103,03	\$5.988.031,49
01/09/19	\$4.360.665	N/A	\$0	\$4.360.665	141,48	103,26	\$5.974.693,82
01/10/19	\$4.360.665	N/A	\$0	\$4.360.665	141,48	103,43	\$5.964.873,67
01/11/19	\$4.360.665	N/A	\$0	\$4.360.665	141,48	103,54	\$5.958.536,64
01/12/19	\$4.360.665	N/A	\$0	\$4.360.665	141,48	103,80	\$5.943.611,60
01/01/20	\$4.360.665	3.80%	\$165.705	\$4.526.370	141,48	104,24	\$6.143.427,34
01/02/20	\$4.360.665	3.80%	\$165.705	\$4.526.370	141,48	104,94	\$6.102.447,74
01/03/20	\$4.360.665	3.80%	\$165.705	\$4.526.370	141,48	105,53	\$6.068.330,01
01/04/20	\$4.360.665	3.80%	\$165.705	\$4.526.370	141,48	105,70	\$6.058.570,16
01/05/20	\$4.360.665	3.80%	\$165.705	\$4.526.370	141,48	105,36	\$6.078.121,35
01/06/20	\$4.360.665	3.80%	\$165.705	\$4.526.370	141,48	104,97	\$6.100.703,68
01/07/20	\$4.360.665	3.80%	\$165.705	\$4.526.370	141,48	104,97	\$6.100.703,68
01/08/20	\$4.360.665	3.80%	\$165.705	\$4.526.370	141,48	104,96	\$6.101.284,93
01/09/20	\$4.360.665	3.80%	\$165.705	\$4.526.370	141,48	105,29	\$6.082.162,27
01/10/20	\$4.360.665	3.80%	\$165.705	\$4.526.370	141,48	105,23	\$6.085.630,20
01/11/20	\$4.360.665	3.80%	\$165.705	\$4.526.370	141,48	105,08	\$6.094.317,34
01/12/20	\$4.360.665	3.80%	\$165.705	\$4.526.370	141,48	105,48	\$6.071.206,54
01/01/21	\$4.526.370	1.61%	\$72.875	\$4.599.245	141,48	105,91	\$6.143.906,34
01/02/21	\$4.526.370	1.61%	\$72.875	\$4.599.245	141,48	106,58	\$6.105.283,55
01/03/21	\$4.526.370	1.61%	\$72.875	\$4.599.245	141,48	107,12	\$6.074.506,35
01/04/21	\$4.526.370	1.61%	\$72.875	\$4.599.245	141,48	107,76	\$6.038.429,10
01/05/21	\$4.526.370	1.61%	\$72.875	\$4.599.245	141,48	108,84	\$5.978.510,84
01/06/21	\$4.526.370	1.61%	\$72.875	\$4.599.245	141,48	108,78	\$5.981.808,42
01/07/21	\$4.526.370	1.61%	\$72.875	\$4.599.245	141,48	109,14	\$5.962.077,34
01/08/21	\$4.526.370	1.61%	\$72.875	\$4.599.245	141,48	109,62	\$5.935.970,81
01/09/21	\$4.526.370	1.61%	\$72.875	\$4.599.245	141,48	110,04	\$5.913.314,43
01/10/21	\$4.526.370	1.61%	\$72.875	\$4.599.245	141,48	110,06	\$5.912.239,87
01/11/21	\$4.526.370	1.61%	\$72.875	\$4.599.245	141,48	110,60	\$5.883.373,60
01/12/21	\$4.526.370	1.61%	\$72.875	\$4.599.245	141,48	111,41	\$5.840.598,87
01/01/22	\$4.599.245	5.62%	\$258.478	\$4.857.723	141,48	113,26	\$6.068.078,57
01/02/22	\$4.599.245	5.62%	\$258.478	\$4.857.723	141,48	115,11	\$5.970.554,94
01/03/22	\$4.599.245	5.62%	\$258.478	\$4.857.723	141,48	116,26	\$5.911.496,47
01/04/22	\$4.599.245	5.62%	\$258.478	\$4.857.723	141,48	117,71	\$5.838.676,23
01/05/22	\$4.599.245	5.62%	\$258.478	\$4.857.723	141,48	118,70	\$5.789.979,61
01/06/22	\$4.599.245	5.62%	\$258.478	\$4.857.723	141,48	119,31	\$5.760.377,00
01/07/22	\$4.599.245	5.62%	\$258.478	\$4.857.723	141,48	120,27	\$5.714.397,43
01/08/22	\$4.599.245	5.62%	\$258.478	\$4.857.723	141,48	121,50	\$5.656.547,98

01/09/22	\$4.599.245	5.62%	\$258.478	\$4.857.723	141,48	122,63	\$5.604.424,52
01/10/22	\$4.599.245	5.62%	\$258.478	\$4.857.723	141,48	123,51	\$5.564.493,40
01/11/22	\$4.599.245	5.62%	\$258.478	\$4.857.723	141,48	124,46	\$5.522.019,76
01/12/22	\$4.599.245	5.62%	\$258.478	\$4.857.723	141,48	126,03	\$5.453.230,02
01/01/23	\$4.857.723	13.12%	\$637.333	\$5.495.056	141,48	128,27	\$6.060.969,45
01/02/23	\$4.857.723	13.12%	\$637.333	\$5.495.056	141,48	130,40	\$5.961.967,42
01/03/23	\$4.857.723	13.12%	\$637.333	\$5.495.056	141,48	131,77	\$5.899.981,42
01/04/23	\$4.857.723	13.12%	\$637.333	\$5.495.056	141,48	132,80	\$5.854.221,02
01/05/23	\$4.857.723	13.12%	\$637.333	\$5.495.056	141,48	133,38	\$5.828.764,07
01/06/23	\$4.857.723	13.12%	\$637.333	\$5.495.056	141,48	133,78	\$5.811.336,16
01/07/23	\$4.857.723	13.12%	\$637.333	\$5.495.056	141,48	134,45	\$5.782.376,73
01/08/23	\$4.857.723	13.12%	\$637.333	\$5.495.056	141,48	135,39	\$5.742.230,23
01/09/23	\$4.857.723	13.12%	\$637.333	\$5.495.056	141,48	136,11	\$5.711.854,76
01/10/23	\$4.857.723	13.12%	\$637.333	\$5.495.056	141,48	136,45	\$5.697.622,21
01/11/23	\$4.857.723	13.12%	\$637.333	\$5.495.056	141,48	137,09	\$5.671.023,06
01/12/23	\$4.857.723	13.12%	\$637.333	\$5.495.056	141,48	137,72	\$5.645.080,97
01/01/24	\$5.495.056	9.28%	\$509.941	\$6.004.997	141,48	138,98	\$6.113.016,19
01/02/24	\$5.495.056	9.28%	\$509.941	\$6.004.997	141,48	140,49	\$6.047.312,90
01/03/24	\$5.495.056	9.28%	\$509.941	\$6.004.997	141,48	141,48	\$6.004.997,10
			TOTAL:	\$273.559.039			\$331.373.701,62

Por consiguiente, el valor actualizado de los frutos civiles que deberá pagar el demandado a favor de la demandante equivale a la suma de trescientos diecinueve millones cuatrocientos diez mil novecientos setenta y seis pesos con treinta centavos (\$331.373.701,62) Mcte.

En cuanto a los gastos ordinarios realizados para producir los frutos, al monto indexado se le reduce el quince por ciento (15%) anunciado en suma de \$49.706.055,2, para un **TOTAL** de doscientos ochenta y un millones seiscientos sesenta y siete mil seiscientos cuarenta y seis pesos (\$281.667.646) Mcte.

4.5.4.4 Mejoras

Por último, debe indicarse que la indemnización por equivalencia en dinero ordenada ante la imposibilidad de restituir el bien inmueble, excluye el reconocimiento de mejoras a favor del demandado al quedar éste en su poder.

4.5.5 En consecuencia, se revocará la sentencia apelada y en su lugar se declarará la resolución del contrato de promesa de marras por incumplimiento recíproco, se dispondrá las restituciones mutuas en la forma ya señalada junto con el reconocimiento de los frutos producidos actualizados con deducción del 15%. Y se abstendrá de condenar en costas procesales en ninguna de las instancias a cargo de ninguna de las partes al estimarse que la resolución del contrato provino de su incumplimiento recíproco.

1. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Civil de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR por las razones expuestas en esta providencia la sentencia de primera instancia No. 016 del 6 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO. DECLARAR resuelto por incumplimiento recíproco el contrato de promesa de permuta suscrito por la señora KATERINE PENILLA GARCÍA y EDGAR BETANCOURT GRANADA el 31 de julio de 2019.

TERCERO. CONDENAR al demandado EDGAR BETANCOURT GRANADA a **PAGAR** a favor de la demandante KATERINE PENILLA GARCÍA, dentro del término de veinte (20) días contados a partir de la notificación de esta decisión, la suma de trescientos cincuenta y cinco millones setecientos diecisiete mil seiscientos dieciocho pesos (\$355.717.618) Mcte, **por concepto de indemnización equivalente** al valor actual del inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-12565 de la

Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali cuya restitución in natura no pudo efectuarse conforme lo dicho en esta providencia.

Vencido el término anterior, liquídense intereses de mora con la tasa máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

CUARTO. CONDENAR al demandado EDGAR BETANCOURT GRANADA a **PAGAR** a favor de la demandante KATERINE PENILLA GARCÍA, dentro del término de veinte (20) días contados a partir de la notificación de esta decisión, la suma de doscientos ochenta y un millones seiscientos sesenta y siete mil seiscientos cuarenta y seis pesos (\$281.667.646) Mcte., **por concepto de frutos civiles** conforme lo indicado en esta providencia.

Vencido el término anterior, liquídense intereses de mora con la tasa máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

QUINTO. NO CONDENAR en perjuicios a ninguno de los contratantes.

SEXTO. SIN COSTAS procesales en ninguna de las instancias.

SÉPTIMO. DEVUÉLVASE el proceso al juzgado de origen, previa cancelación de su radicación y anotación correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Magistrado Ponente,

JULIÁN ALBERTO VILLEGAS PEREA

Los demás Magistrados integrantes de la Sala,

FLAVIO EDUARDO CÓRDOBA FUERTES

JOSE DAVID CORREDOR ESPITIA

Firmado Por:

Julian Alberto Villegas Perea
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Flavio Eduardo Cordoba Fuentes
Magistrado
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Jose David Corredor Espitia
Magistrado
Sala 007 Civil
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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: **6ba7bb42f567dfbe0953e041294d7f390bbb89fa2b2072d250164bbf5760f7fa**

Documento generado en 10/05/2024 10:01:30 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>