



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Rama Judicial
JUZGADO PRIMERO CIVIL CIRCUITO
ITAGÜÍ

Junio veintiocho de dos mil veintiuno

PROCESO	Verbal – Resolución contrato de promesa sobre inmueble.
DEMANDANTE	Luz Marina Peláez López
DEMANDADO	Sara Pineda Correa
RADICADO	05380 40 89 001 2018 00168 01
REFERENCIA	Sentencia de segunda instancia
DECISIÓN	Declara nulidad absoluta de contrato de promesa. Reconoce restituciones mutuas.
No. SENTENCIA	Ciento ochenta y uno.

1. OBJETO

Surtido el trámite que corresponde a esta Instancia, procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Estrella - Antioquia, el día 26 de noviembre de 2020, de conformidad con lo previsto por el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, dentro del proceso Verbal de Resolución de Contrato de Promesa de Compraventa promovido por la señora Luz Marina Peláez López frente a la señora Sara Pineda Correa.

2. ANTECEDENTES

2.1. De la pretensión.

Solicita la parte demandante, señora Luz Marina Peláez López en calidad de promitente compradora, la declaratoria de resolución del contrato de promesa de compraventa suscrito con la demandada Sara Pineda Correa en calidad de promitente vendedora, celebrado el 10 de abril de 2015. Contrato que tuvo como

objeto la promesa de venta del denominado apartamento 201 a construirse sobre el lote de terreno con matrícula inmobiliaria nro. 001-503317, el cual mediría aproximadamente 61.9 mt² y que haría parte de un edificio de propiedad horizontal.

La anterior pretensión la sustenta en el hecho de que la demandada incumplió con la entrega del inmueble prometido, la cual se había fijado como fecha el cinco de julio del año 2016. Anota que en el contrato inicial se pactó como momento de la entrega el 30 de noviembre de 2015, sin embargo, en otro sí al contrato suscrito el 1º de abril de 2016 se modificó dicha fecha.

Por lo tanto, solicitó se ordenara a la demandada la devolución de la suma de cincuenta millones de pesos pagados por la demandante, así como el reconocimiento y pago de once millones de pesos por concepto de cláusula penal pactada en el contrato de promesa.

2.2. De la oposición.

La parte demandada representada en el proceso a través de curador ad litem, se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que en el caso concreto se observa un mutuo disenso de las obligaciones, pues ambas partes habían pactado en la cláusula quinta que cualquier adición u otro sí al contrato de promesa se realizaría como mínimo dos días antes de la fecha de la escritura pública de compraventa, no a los cuatro meses después. Que no existe prueba del cumplimiento de las obligaciones por la parte demandante, por el contrario, lo que se evidencia es un mutuo disenso reflejado en el otro sí anotado, el cual tampoco cumple con los requisitos necesarios para hacer parte del contrato de promesa al no señalar fecha cierta, hora y lugar donde las partes deberían de concurrir a solemnizar el contrato de promesa inicial, elementos que son indispensables y de la esencia de este tipo de contratos.

Por lo expuesto expuso como excepciones de mérito las que denominó “mutuo disenso” e “ineficacia del otro sí al contrato de promesa”.

2.3. Pronunciamiento a las excepciones de mérito.

En dicho pronunciamiento la parte demandante se opuso a las excepciones de mérito considerando que sí tuvo interés en la celebración del negocio, tan es así, que entregó como parte de pago a la demandada la suma de cincuenta millones de pesos, además de suscribir el otro sí. Respecto a éste documento agregó que si bien no contiene fecha, hora y lugar en el que se perfeccionaría la negociación está acreditado el interés de la demandante en la negociación al quedar pactado que la celebración del negocio se llevaría cabo dentro de los noventa días siguientes o en el momento en el que la entidad bancaria Davivienda hiciera el desembolso en favor de la demandada, además de que el precio y forma de pago sería la misma fijada en el contrato inicial.

2.4. La sentencia impugnada.

El Juez de Primera Instancia, luego de hacer alusión al contenido de la demanda, los presupuestos necesarios para dictar sentencia, además de hacer referencia a las normas aplicables al sub iudice, indicó que a folios 6 a 8 del expediente obra el documento contrato de promesa de venta celebrado entre las partes, en el que el precio fijado fue la suma de ciento quince millones de pesos de los que la compradora al momento de firmar la promesa abonó la suma de cincuenta millones, quedando a deber sesenta y cinco millones que serían cancelados el 30 de noviembre siguiente, fecha que había sido fijada para solemnizar mediante escritura pública dicha negociación.

Que llegado el día de la firma de la escritura para perfeccionar el negocio, ninguna de las partes acreditó haber cumplido sus obligaciones, pues la demandante no se hizo presente en la notaría a fin de hacer constar el cumplimiento de su carga; que de lo obrante en el proceso se concluye el mutuo disenso entre las partes para finiquitar el negocio, lo que es corroborado con el desembolso de la suma de setenta y dos millones de pesos por parte de la Cooperativa John F Kennedy a la demandante, quien sólo pagó a la demandada de dicho valor la suma de cincuenta millones de pesos.

En consecuencia, declaró prosperas las excepciones propuestas; agregó que ante al incumplimiento recíproco no es dable la cláusula penal, por lo que ordenó a la vendedora que dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la decisión debe devolver a la compradora los cincuenta millones de pesos recibidos como primer abono de la obligación, liquidados con el interés máximo autorizado por la Superfinanciera, desde el día en que la demandante entregó dicha suma de

cincuenta millones de pesos, es decir, desde el 10 de abril de 2015. Así mismo condenó en costas a la demandante fijando por agencias en derecho la suma de 2 SMLMVV.

2.5. La impugnación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación, quien dentro del término procesal ante esta Instancia sustentó de la siguiente manera:

"PRIMERO: El ad - quo motiva la decisión siempre manifestando el mutuo disenso tácito; lo repite en todo momento, en muchas oportunidades – escuchar audio - y a decir verdad, no hay más prueba que la documental para ser analizada y resolver el asunto en mención. SEGUNDO: Respecto de esta prueba no entendemos cómo se motiva la decisión, manifestando el despacho que la señora demandante propone un otrosí, para formular una nueva fecha de escrituración del inmueble. Nada más traído de los cabellos, puesto que el mismo despacho, afirma que no hay más prueba que la documental, la misma que no permite apreciar que una de las partes se allanó a cumplir y la otra parte no lo hizo. TERCERO: En este orden de ideas, sí aplicamos el mutuo disenso tácito, como lo manifestamos en el numeral anterior, entonces por qué se condena en costas y agencias en derecho a la demandante, cuando ya el despacho había concluido que no había prueba que demostrara que una parte se allanó a cumplir y la otra no. CUARTO: El numeral 7 del artículo 48 del Código general del proceso reza: "La designación del curador ad litem recaerá en un abogado que ejerza habitualmente la profesión, quien desempeñará el cargo de forma gratuita como defensor de oficio. El nombramiento es de forzosa aceptación, salvo que el designado acredite estar actuando en más de cinco (5) procesos como defensor de oficio. En consecuencia, el designado deberá concurrir inmediatamente a asumir el cargo, so pena de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar, para lo cual se compulsarán copias a la autoridad competente" -Comillas del suscrito-. Según lo regulado en la norma, anteriormente descrita, no encontramos justificación para otorgar agencias en derecho a la defensora de oficio; solicitamos desde ya se revoquen dichas agencias. Es incongruente la decisión del despacho cuando manifiesta que prospera el mutuo disenso tácito – el mismo que solicitamos se aplicara en el alegato de conclusión- y por tanto, no se acogerían las pretensiones de la demanda, pero a reglón seguido, condena a la demandada a restituir el dinero recibido y entregado por la demandante, así mismo, declara como parte vencida a la demandante al condenarla en costas y agencias en derecho. Estas son las consideraciones que solicito señor Juez, se tengan muy presentes al momento de resolver el recurso de apelación y en este orden de ideas, muy respetuosamente solicito a su despacho: PRIMERO: Revocar el numeral primero de la sentencia, acogiendo las pretensiones de la demanda. SEGUNDO: Revocar el numeral segundo de la sentencia y condenar a la demandada a cancelar la cláusula penal, por incumplir con la entrega del inmueble. TERCERO: Confirmar el numeral tercero de la sentencia y CUARTO: Revocar el numeral cuarto de la sentencia, al configurarse el mutuo disenso tácito y no condenar en costas y menos en agencias en derecho a la demandante. Por el contrario, al acogerse las pretensiones de la demanda, condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.".

2.6. Trámite de la alzada.

Mediante auto del 11 de febrero de 2021, se ordenó requerir al Juzgado de Primera Instancia a fin de que allegara el expediente en la forma dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura con las respectivas audiencias celebradas al interior del mismo; cumplido lo anterior por auto del 26 de febrero de 2021 se admitió el recurso en el efecto devolutivo, procediendo la parte recurrente a presentar la sustentación, de la cual se dio el respectivo traslado, razón por la que este Despacho ajustado a lo prescrito por el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020 procede a dictar la presente sentencia de segunda instancia.

2.7. Pronunciamiento de la parte contraria.

La parte contraria representada por curador ad litem no hizo pronunciamiento.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos procesales. Es competente este despacho en razón al factor funcional, al ser superior del Juzgado de origen. El presente proceso jurisdiccional se direccionó con el procedimiento adecuado para tramitar lo pretendido por la parte demandante, no se observa la pretermisión de términos, no existe demanda de reconvención o proceso acumulado pendiente de decisión, por lo que se allana el camino para proferir sentencia de segunda instancia.

3.2. Problema Jurídico. En este evento, corresponderá a esta instancia decidir si es procedente confirmar la sentencia de primera instancia con la cual se denegaron las pretensiones de la demanda que buscaba la resolución del contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes, así como el reconocimiento y pago de la cláusula penal. Para ello deberá inicialmente el Juzgado constatar la existencia de los requisitos del aludido negocio jurídico, para que en caso de estar reunidos los mismos, se proceda al estudio de la inconformidad la parte recurrente. Igualmente deberá determinar éste juzgado la procedencia del reconocimiento de agencias en derecho a favor de la parte demandada fijada en la sentencia de primer grado.

3.3. *Estimaciones jurídicas para decidir.*

Competencia del Superior: Sea lo primero advertir que el recurso de alzada presentado no se extendió a ningún otro punto objeto de la sentencia emitida en primera instancia, por ende, de cara a lo establecido en el art. 328 del CGP, procede el Despacho a emitir pronunciamiento, pues precisamente debe recordarse que la sustentación del recurso es la expresión del agravio y esa expresión es el marco de la competencia del ad quem en su decisión, sin perjuicio de las decisiones que deban adoptarse de oficio en los casos previstos por la Ley.

3.3.1. Generalidades sobre el Contrato de Promesa.

3.3.1.1. Requisitos de existencia y validez.

La promesa de celebrar un contrato sólo produce efectos cuando además de satisfacer los presupuestos generales, incluidos en el canon 1502 del Código Civil, cumple los requerimientos expresamente establecidos en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, subrogado por el 1611 del Código Civil, tales como:

1. Que la promesa conste por escrito.
2. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces, por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del Código Civil.
3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.
4. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales¹.

¹ En relación a este requisito ha dicho la Corte: “El escrito que recoge la promesa debe determinar a cabalidad las cosas que son de la esencia del contrato prometido, pues de otro no podría saberse cual fue verdaderamente acordado, desde luego que faltando la expresión de una de las cosas esenciales, el contrato no produce efecto”¹. Luego en la misma providencia, haciendo referencia al contrato de promesa de compraventa, dice: “Tratándose, pues, de promesa de contrato de compraventa de inmuebles, para satisfacer lo que demanda el artículo 89-4° de la ley 153 de 1887, **hace indispensable la determinación de la cosa prometida en venta y del precio acordado; pero tratarse de inmuebles, es necesario, además, determinar con precisión la notaria en que, en su momento ha de otorgarse la escritura pública**” (Resalto del Juzgado).

3.4. CASO CONCRETO.

En el caso sub examine, pretende la parte demandante la resolución del contrato de promesa suscrito con la demandada, en razón al incumplimiento de la parte pasiva de proceder con la entrega del inmueble en la oportunidad pactada en otro sí al contrato de promesa inicial.

La parte demandada representada por la señora Curadora nombrada en el proceso, se opuso a las pretensiones al considerar, que de acuerdo con los documentos visibles en la actuación se presentó un mutuo disenso, reflejado en el hecho de que no se tuvieron en cuenta las estipulaciones contractuales del contrato de promesa, en el que se había pactado que cualquier modificación a través de otro sí, debía llevarse a cabo con por lo menos dos días de anticipación a la fecha pactada para la suscripción de la escritura pública de compraventa; modificación que fue realizada cuatro meses después de dicha fecha.

La sentencia de primer grado acogió la apreciación hecha por la parte pasiva, razón por la que denegó las pretensiones reconociendo en virtud de dicho disenso la obligación de la demandada de reembolsar a la demandante la suma de cincuenta millones de pesos que había pagado como parte de pago de la negociación.

En el escrito de sustentación del recurso presentado por la parte demandante, reprochó la decisión de primera instancia, no estando de acuerdo con que existiera un mutuo disenso entre las partes, pues la demandante siempre estuvo presta a llevar a cabo la negociación; además no comparte la orden dada en el fallo respecto a la fijación de agencias en derecho a favor de la demandada quien estuvo representada por curadora, cargo que está previsto por la actual normativa procesal como ad honorem, es decir, no tiene remuneración.

Ahora, para resolver los problemas jurídicos propuestos, se hace necesario a la luz del artículo 1611 del Código Civil que el Despacho se detenga en los requisitos de validez del negocio objeto de controversia, que corresponde al contrato de promesa de compraventa de bien inmueble celebrado entre las señoras Luz Marina Peláez López como promitente compradora y Sara Pineda Correa como promitente vendedora, llevado a cabo el 10 de abril de 2015 el cual obra visible en la actuación. De esta manera superado este aspecto, podrá esta Agencia Judicial adentrarse en el estudio de dicho problema jurídico.

La Corte Suprema de Justicia Sala De Casación Civil Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno, referencia: Expediente Nro. 6849, decisión del treinta (30) de octubre de dos mil uno (2001) expresó:

"...la promesa de contrato es un pacto solemne y si la ley señala las circunstancias o requisitos esenciales que deben concurrir para su existencia o validez, bien se comprende que la promesa en que se halla omitido alguna de tales circunstancias es nula de nulidad absoluta, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1741 del C. C., porque conforme a esta disposición es nulidad absoluta la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan. Los requisitos o formalidades prescritos por el artículo 89 de la ley 153 de 1887 para la validez de la promesa son exigidos en razón a la naturaleza de tal pacto" (G. J., T. LXXIX, pág. 245, entre otras).

En esas condiciones, para que el contrato de promesa de compraventa tenga validez jurídica debe satisfacer plenamente las exigencias legales, respecto de las cuales la que tiene que ver con el cargo relacionado en el ordinal 4° del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, la cual sólo se cumple satisfactoriamente, tratándose de compraventa de bienes inmuebles o de derechos que recaen sobre estos, una vez se haya efectuado en ella la determinación de los sujetos y de los elementos esenciales del aludido contrato, esto es, la cosa vendida y el precio; por consiguiente, todos los requisitos legales de la promesa deben concurrir en el mismo acto constitutivo del contrato para que sea válida, sin que quepa cumplirlos posteriormente por la vía de acudir a averiguaciones adicionales, las cuales, justamente por no haber quedado perfecta y expresamente previstas dentro del contrato preparatorio, impiden concluir que el contrato prometido fue determinado de tal suerte que sólo faltaría para perfeccionarlo la formalidad de la escritura pública."

No puede desconocer el despacho que algunos de los requisitos para la escrituración del inmueble, no necesariamente deben estar presentes en el contrato de promesa, tal como lo ha resaltado en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Jesús Vall De Rutén Ruiz, SC004-2015, Radicación n.º 25843-31-03-001-2006-00256-01, del catorce (14) de enero de dos mil quince (2015): en la que en términos generales indicó que es suficiente para la determinación del bien su ubicación y linderos, incluso que no es necesaria *"...la referencia catastral (que desde 1821 tiene presencia en Colombia) ni de la matrícula inmobiliaria (adoptada desde 1932 en virtud de la ley 40), por cuanto algunos inmuebles no cuentan con dichos instrumentos de identificación. Ni lo propio ha hecho en tratándose de los antecedentes registrales del inmueble que se promete, dado que pueden ser exactamente los mismos de otro, como*

suele acontecer en bienes sometidos a régimen de propiedad horizontal provenientes de un inmueble matriz..." siendo estos requisitos muy importantes para el registro de sumo cuidado por los notarios pero no entendidos como elementos esenciales, ante cuya ausencia careciere de efecto la promesa de contrato, por indeterminación del objeto del contrato prometido.

Así mismo agregó la citada Corporación en la cita en referencia:

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

En dicha decisión, insistió la Alta Corporación que" ... cuando la promesa verse sobre contrato de enajenación de un inmueble, como cuerpo cierto, éste se debe determinar o especificar en ella por los linderos que los distinguen de cualquiera otro, y cuando se refiera a una cuota o porción de otro de mayor extensión, debe también individualizarse éste en la misma forma, es decir, por sus alindaciones especiales."

-Subrayas fuera del texto original.-

Así mismo indicó la Alta Corporación, en decisión SC 24 junio de 2005, Exp. 1999-01213-01, citada en providencia del 19 de diciembre de 2018, radicación 11001 31 03 032 2008 00635 01, SC5690-2018:

"... en cambio, cuando el objeto del contrato es un bien inmueble la dirección del problema cambia de rumbo, pues si su identificación por medio de linderos tiene que aparecer en el instrumento público también debe consignarse en la promesa, porque al notarse su ausencia en ésta, simbolizaría que el perfeccionamiento del contrato quedaría supeditado, no solo al otorgamiento de la escritura pública –como es lo que dice el precepto-, sino también a la averiguación de los detalles por medio de los cuales se distingue un inmueble.

En suma, el alindamiento del inmueble objeto del contrato prometido ha de formar parte de la descripción que de dicho contrato se realice en la promesa

a causa de que sin él ese contrato no podría ser perfeccionado. Desde luego, otro podría ser el cariz de la cuestión si legalmente no se exigiera que, en el contrato prometido, destinado a la enajenación de un inmueble, éste se especificara por medio de sus linderos, porque, en tal hipótesis, por fuera de las solemnidades legales, no habría ninguna otra cosa que interfiriera con la efectución del contrato.”.

En relación con el tema la Sala Décima Segunda de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín en Sentencia 37 del 25 de marzo de 2009 M.P. Piedad Cecilia Vélez Gaviria indicó:

“Desde luego que esa determinación del contrato prometido, tratándose de inmuebles, exige su precisa delimitación en los términos previstos por el artículo 31 del Decreto 960 de 1970. Esto es “por su cédula o registro catastral si lo tuvieran; por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde están ubicados, y por sus linderos”, exigencia que se extiende no solo (sic) en relación con la unidad privada que se promete sino además en relación con el inmueble mayor dentro del cual está comprendida, cuando de bien sujeto al régimen de propiedad horizontal se trata, así surge de la concordancia del citado precepto con el art. 1º de la ley 675 de 2001...

...Lo que resulta obvio si se repara que la naturaleza misma del susodicho régimen implica que al transferir una determinada unidad privada se transfiere también la proporción del derecho que en relación a los bienes de uso común tiene el enajenante, pues si el escrito que recoge el precontrato ha de determinar de tal suerte el mismo que para perfeccionarlo solo (sic) falte la tradición de la cosa o las formalidades legales, fuerza es concluir que la promesa misma debe incluir la especificación del bien en la forma dicha, pues de otra manera, no sería la solemnización mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública lo único que faltaría, como es lo querido por el legislador.

Y aunque el artículo 1869 del C.C. permite la venta de cosas no existentes pero cuya existencia se espera, la cual se entiende hecha bajo la condición de existir, lo que implica que también es posible prometer en venta una unidad privada no existente pero que se espera que exista, -lo que exige al menos que se haya prometido constituir el régimen de propiedad horizontal, pues así se le daría futuridad, como en este caso sucedió al haberse comprometido el promitente vendedor a “desenglobar” la propiedad..., es obvio que también en tales eventos debe cumplirse la exigencia prevista en su numeral cuarto por el citado artículo 89 de la ley 153 de 1887”.

-Subrayas fuera del texto original.-

En el caso concreto parte demandante y demandada se obligaron mediante el instrumento anotado, en el que claramente se pactó en la cláusula primera correspondiente al objeto, que:

"La promitente vendedora promete y se obliga a vender y la promitente compradora promete y se obliga a comprar en los términos que continuación se expresan, el derecho de domino y la posesión real y material que tiene y ejerce sobre el siguiente inmueble: APARTAMENTO 201, que medirá aproximadamente 61.0 metros cuadrados y que hará parte de un edificio de propiedad horizontal, que se construirá sobre el siguiente bien inmueble: Un lote de terreno con su correspondiente casa de habitación, marcada en su puerta de entrega con el número 46-0005 la calle 78C sur, de la nomenclatura actual del municipio de Sabaneta, con un área construida aproximada de 61.52 metros, con la calle 20; por el sureste, en 11.00 metros, con la carrera 31 D; por el suroeste, en 11.00 metros, con la carrera 31D; por el suroeste, en 6.75 metros, con el lote nro. 34; por el noroeste, en 11.00 metros, con el lote nro. 12 MATRÍCULA INMOBILIARIA NRO. 001-503317."

Lo anterior sin más consideraciones relacionadas con los linderos del inmueble prometido en venta.

Así las cosas, a la luz del precedente expuesto: *"..., en tratándose de la promesa de compraventa de un bien inmueble, la singularización de éste en el acto mismo de la promesa, por su ubicación y linderos, se impone como uno de los factores indispensables para la determinación del contrato prometido. Por la naturaleza de las cosas, la identidad de los predios depende de su situación y sus linderos,";* requisitos estos, que en el caso objeto de estudio se echan de menos, pues si bien se indicó que el inmueble prometido correspondería al apartamento 201, es claro que al momento de suscribirse dicho contrato tal inmueble no tenía existencia jurídica, sino que el mismo haría parte de un proyecto de construcción que se sometería a reglamento de propiedad horizontal el cual se construiría sobre el inmueble con la matrícula inmobiliaria señalada en párrafos anteriores.

De otro lado, no puede perderse de vista que el contrato de promesa inicial fue objeto de modificaciones por las partes el 1º de abril de 2016, pues llegada la fecha pactada para la firma de la escritura que perfeccionaría el contrato prometido, las partes no procedieron de conformidad, punto éste donde el Juez de primera instancia concluyó un mutuo disenso entre las partes para despachar desfavorablemente las pretensiones de la demandante. Así las cosas, procedieron ambos externos de la relación a suscribir otro sí, en el que claramente modificaron las condiciones iniciales tal como puede constatarse a folio 10 del expediente:

"...respecto al parágrafo del numeral quinto así, como a la cláusula sexta:

1. *El parágrafo será modificado con la inclusión de un nuevo término para dar con la realización de la promesa por ellas firmado, quedando a partir de la*

fecha en (90) noventa días calendario extendiéndose la misma a julio 5 de 2016, o en el momento de desembolso de los dineros por parte de DAVIVIENDA, a favor de la Promitente vendedora, y se seguirán las mismas condiciones que están contempladas en el contrato inicial.

Parágrafo único: La escritura deberá ser firmada entre las partes dentro de los tres días siguientes al desembolso del dinero, o por acuerdo de la fecha entre las partes.

2. En cuanto a la cláusula sexta, que versa sobre la entrega, esta será de acuerdo al desembolso que se haga a la Promitente vendedora. El precio y forma de pago, será el mismo que fue fijado en el contrato inicial, pero dando cumplimiento al numeral primero del presente otro sí."

-Subraya fuera del texto original.-

Respecto a este punto, en la providencia citada con anterioridad, claramente la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente:

"(...) si de acuerdo con el ordinal 3º del Art. 89 de la Ley 153, citada, la promesa de contrato debe fijar la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida, bien se comprende que para cumplir tal requisito no puede hacer uso de un plazo o de una condición de carácter indeterminado, porque ni el uno ni la otra sirven para señalar la época. La propia naturaleza del plazo y de la condición indeterminados los hace inadecuados para fijar la época en que debe concretarse el contrato prometido. De consiguiente, siendo el requisito de la fijación de la época de la esencia del contrato de promesa, esta convención será invalida o carente de eficacia jurídica cuando le falte ese requisito bien por no contenerlo en realidad o por hallarse él subordinado a un plazo o a una condición indeterminados."

-Subrayas fuera del texto original.-

Tal como se advierte, a criterio de esta Judicatura, es evidente que las partes sometieron a una indefinición la fecha en la que suscribirían la respectiva escritura, pues se impuso la condición de que estaría sujeta por un lado al desembolso por un tercero a la parte vendedora de los recursos respectivos, hecho que podría suceder o no, y de otra, a un término de tres días siguientes, para luego indicar que se sujetaría la fecha al acuerdo que propusieran las partes; manifestaciones que dan al traste con la fecha cierta o época determinada para tener como cumplido el requisito en mención, el cual al igual que el referente a la identificación del bien, es de la esencia del contrato de promesa.

Por lo tanto, para este Despacho Judicial, claramente existieron vicios en el aludido contrato de promesa; de un lado, al no determinar cómo serían los linderos de la citada unidad de vivienda una vez elevado a escritura el reglamento de la

propiedad horizontal, lo que era necesario no sólo por lo imperioso de describir adecuadamente el bien para distinguirlo de otros, sino porque al hacer parte de una posible edificación sometida a reglamento de propiedad horizontal, es necesario determinar la participación frente a las zonas comunes, todo lo cual debe ser definido para delimitar con claridad el objeto de la negociación. De otra parte, respecto a la definición concreta de la fecha cierta de la suscripción de la escritura de compraventa, que si bien por mutuo disenso las partes inicialmente no habían cumplido, sí procedieron luego a elevar acuerdo sobre el particular pero de manera inadecuada para este tipo negocial, pues sometieron la fecha de celebración del contrato de venta *-a través de la escritura-* a una indefinición, de un lado sujeta al desembolso de unos recursos que un tercero podría entregar o no, y de otro lado a la voluntad o acuerdo posterior de las partes lo que desnaturaliza dicha obligación; aspectos que en el sub judice configuran nulidad absoluta por ausencia de requisitos del contrato de promesa a la luz del artículo 1611, en armonía con el artículo 1741 del Código Civil, esto es, al no describir el inmueble por sus linderos particulares y no fijar una fecha cierta y clara para la suscripción de la escritura pública que perfeccionaría la negociación plasmada en la promesa de compraventa.

Por lo tanto, si se tiene en cuenta el precedente antes expuesto, surge la necesidad de declarar la nulidad absoluta del contrato de promesa suscrito entre las partes, tal como lo ordena el artículo 1742 del Código Civil el cual determina que: *“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato...”*.

Ahora, en lo que tiene que ver con las restituciones mutuas es claro y así se indicó desde la demanda *-lo que no fue rebatido al interior del proceso-*, que la demandante con la firma del contrato de promesa pagó la suma de cincuenta millones de pesos a la demandada como abono al precio, así fue consignado en dicho documento, razón por la que tal como lo adujo el juez de primera instancia, deberá la parte demandada reintegrar dicho valor a la demandante, incluidos sus intereses a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera desde el mes siguiente a la fecha de entrega de dicha suma de dinero acaecida el 10 de abril de 2015, es decir, deberá reconocer dichos intereses a partir del 10 de mayo de dicho año, conforme con el texto del contrato de promesa.

Por último, en lo que tiene que ver con otro aspecto de reproche de la sentencia, esto es, el reconocimiento de agencias en derecho a favor de la parte demandada que estuvo representada por curador ad litem, es necesario tener

presente que dicho cargo se encuentra regulado en el artículo 48 numeral 7 del CGP, norma que indica *“La designación del curador ad litem recaerá en un abogado que ejerza habitualmente la profesión, quien desempeñará el cargo en forma gratuita como defensor de oficio...”*.

Igualmente enseña el artículo 361 ibídem que *“Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes.”*. –Subrayas fuera de texto. –

El numeral 4 del artículo en cita frente a la fijación de las agencias en derecho señala que *“..., el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.”*. –Subrayas propias.–

Adicionalmente, el numeral 5 del artículo 366 de la citada normativa señala que *“La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.”*.

Así las cosas, es evidente que al momento de señalar las costas, dentro de ellas las agencias en derecho, entendidas como la retribución al apoderado o la parte que litigó personalmente, es necesario tener en cuenta parámetros objetivos y verificables, lo que no fue previsto por el juez de primera instancia al fijar las agencias en derecho en la sentencia, sin embargo, no es el recurso de apelación frente a la sentencia el llamado a ser interpuesto para rebatir dicho concepto, sino que debe ser controvertible dicho tópico frente al auto que apruebe las costas en primera instancia, sin dejar de lado que en todo caso, con la presente decisión se revocará la sentencia objeto de alzada.

Costas: Teniendo en cuenta que en la presente instancia no se causaron costas no se condenará a ninguna de las partes.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Itagüí, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero: Revocar la sentencia emitida por el Juez de Primera Instancia, por las razones expuestas en la presente providencia.

Segundo: Declarar la nulidad absoluta del contrato de promesa celebrado entre las partes, por las razones vertidas en la presente providencia.

Tercero: Se condena al pago de las restituciones mutuas, por lo que deberá la parte demandada Sara Pineda Correa restituir a la parte demandante Luz Marina Peláez López, la suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000,00) con sus intereses a la tasa máxima permitida por la Superintendencia Financiera, causados desde el diez (10) de mayo de dos mil quince (2015), mes siguiente al pago que efectuó la demandante a la demandada según lo expuesto.

Cuarto: No condenar en costas en esta Instancia al no haberse causado.

Quinto: Ordenar la devolución de la actuación al lugar de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ITAGÜÍ, ANTIOQUIA

El presente auto se notifica por el estado electrónico N° 26 fijado en la página web de la rama judicial el 30 de junio de 2021 a las 8:00. a.m.

SECRETARIA

Firmado Por:

SERGIO ESCOBAR HOLGUIN

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 001 CIVIL DEL CIRCUITO DE ITAGÜI

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:

a051e4ee40c5ded3afe9603202cb729520cb45012aae3db9f25ed434539a7386

Documento generado en 29/06/2021 09:43:49 AM

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