TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL – FAMILIA

Magistrado ponente: JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA

Popayán, cinco (05) de junio de dos mil veintitrés (2023)
(Discutido y aprobado en Sala de decisión de fecha 5 de junio de 2023, según acta No. 012)

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, dentro del proceso del epígrafe.

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES de la DEMANDA y HECHOS RELEVANTES. Mediante demanda radicada el 4 de octubre de 2019, JESUS UBEIMAR CALDONO SANCHEZ pretende principalmente, declarar que es "*nulo absolutamente*" el contrato de promesa de compraventa celebrado el 2 de diciembre de 2017 entre el demandante como promitente comprador, y el señor MIGUEL ALFONSO CASTILLO SANCHEZ como promitente vendedor; de manera subsidiaria pide declarar resuelto el contrato en comento, por "*incumplimiento o mutuo disenso o incumplimiento bilateral*"; y como consecuencia de cualquiera de dichas pretensiones, ordenar al demandado que dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria del fallo, restituya a favor del demandante la suma de $ 105'122.000, con sus intereses legales y la correspondiente corrección monetaria liquidada desde el 9 de octubre de 2018 –fecha en que recibió el último pago por parte del actor-, y devuelva el vehículo marca KIA CAMPERO modelo 2011 que se describe en la demanda, al que se le asignó un valor de $ 52'000.000. Además, solicita, "*se ordene retener*" al demandante los derechos herenciales que recaen sobre el lote identificado con el número 2A de una extensión total de 2763 metros cuadrados, que hace parte del lote 4, que a su vez hace parte de otro de mayor extensión denominado Lote A2, como figura en el plano elaborado por el topógrafo JERSO CASTILLO PERAFAN, hasta que se verifique la respectiva devolución de su dinero debidamente indexado y junto con sus intereses.

Como sustento de las pretensiones, se relata que el 2 de diciembre de 2017 el señor JESUS UBEIMAR CALDONO SANCHEZ celebró contrato de promesa de compraventa con el señor MIGUEL ALFONSO CASTILLO SANCHEZ, el primero en calidad de promitente comprador y el segundo como promitente vendedor, respecto de un fundo de propiedad de este último, denominado "LOTE No. 2A" ubicado en la vereda Pisojé de Popayán, con un área aproximada de 2.000 mts2,

comprendido dentro de los linderos ahí descritos. Agrega, que en esa misma fecha, el demandado hizo entrega material del lote en comento al promitente comprador.

Que el precio acordado fue la suma de $ 300'000.000, de los cuales el promitente vendedor recibió un total de $ 157'122.000, y se estableció como fecha para el otorgamiento y firma de la escritura pública de venta, el 23 de julio de 2019 a las 3:00 pm en la Notaría Primera de Popayán, data en la que se presentaron el demandante acompañado de la señora PAOLA ANDREA MUÑOZ ACOSTA (su compañera permanente) y el señor CAMILO PARRA MORA, y el demandado en compañía del señor EDISON RIVERA ZAMBRANO.

Que no obstante lo anterior, sin suministrar explicación alguna, el demandado se negó a otorgar la escritura pública prometida, y hasta el momento no ha devuelto los dineros recibidos en virtud de dicha negociación, por lo que el demandante acudió al día siguiente a la notaría a rendir declaración extra juicio a fin de dejar constancia del incumplimiento de su contraparte, puesto que en la cláusula tercera de la promesa de venta, se indicó que el inmueble prometido se encontraba libre de gravámenes así como de demandas civiles o pleitos pendientes, lo que no es cierto, dado que en la anotación No. 73 del certificado de tradición de la M.I. 120-18208, se observa que se halla una "*falsa tradición /compraventa derechos y acciones*".

Que el promitente vendedor no tiene la propiedad plena del bien sino derechos herenciales que recaen sobre el mismo, y si bien se ha realizado una división de hecho, al observar el plano con fecha septiembre de 2016 donde consta la partición del LOTE A2 y la división del LOTE 4 en el cual se encuentra inmerso el LOTE 2 A, no se evidencia aprobación de la curaduría o licencia de división.

Que el vehículo que se menciona como parte de pago, no se identificó plenamente, pues adolece de datos importantes (motor, chasis, tipo de motor, nombre de la propietaria), y no se estableció la fecha para realizar la transmisión del dominio.

Que en la promesa tampoco se determinó con claridad el objeto de la compraventa, por cuanto: i) se omitió señalar que el demandado no tenía la propiedad del inmueble ahí descrito, y que tan solo podía prometer en venta derechos herenciales sobre el mismo; ii) no se aclara que el LOTE 2 A hace parte del LOTE 4, que a su vez forma parte de uno de mayor extensión denominado "A2"; iii) no se aclaró que la extensión total del LOTE 2 A es de 2.763 y que en consecuencia lo prometido en venta era una parte del mismo, pues prometió

enajenar 2.000 mts^2; iv) que los linderos del inmueble consignados en la promesa no concuerdan con los descritos en la escritura pública No. 1.734 del 17 de agosto de 2017; v) que lo prometido en venta ha sido dividido de hecho, es decir que el plano en el que figura el lote no ha sido sometido a los trámites correspondientes; vi) que el vehículo que se comprometió a entregar el promitente comprador tampoco se identifica plenamente y no se establece fecha para el traspaso y demás diligencias, todo lo cual iría en contravía de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 1611 del C.C. y lo señalado por la Corte en sentencia SC5690-2018.

2. CONTESTACIÓN de la DEMANDA y EXCEPCIONES DE MÉRITO. MIGUEL ALFONSO CASTILLO SANCHEZ[1] por medio de apoderado, resiste los pedimentos del libelo, manifestando, que es cierta la celebración del contrato de promesa de venta que se alude en la demanda, y que realizó abonos al precio del inmueble con dinero en efectivo, un vehículo, materiales y mano de obra, "*aclarando que las obras las dejó inconclusas, no fueron recibidas a satisfacción*", lo que causó deterioro de los materiales de construcción y detrimento de la obra, originando perjuicios al demandado que ascienden a un monto de $40.000.000.

Que la escritura pública de venta no se suscribió, pero no por incumplimiento del promitente vendedor sino del promitente comprador, dado que para el 23 de julio de 2019 debía haber cancelado la totalidad del precio acordado - $ 300'000.000, y como lo confiesa en la demanda hasta ese momento solo había pagado la suma de $ 157'122.000, aunado que el demandante se negó a entregar la documentación pertinente del rodante para efectos del registro ante las autoridades de tránsito, y en el contrato "*omitió los datos del rodante para su plena identificación*".

Que el inmueble prometido en venta es el mismo que el promitente vendedor adquirió mediante escritura pública No. 1734 del 17 de agosto de 2017, por lo tanto es falso que existan trámites judiciales pendientes para lograr la individualización del fundo, que el promitente comprador conocía "*de primera mano*" la situación jurídica del predio, y si bien es cierto existía una anotación de falsa tradición en el certificado de tradición con M.I. 120-18208, también lo es que las partes habían acordado que el promitente vendedor se obligaba a salir al saneamiento en todos los casos previstos por la ley.

Como EXCEPCIONES DE MÉRITO formuló las denominadas:

[1] Notificado por aviso

a) *"Inexistencia de las causales para que se configure la nulidad de contrato"*, por cuanto la promesa de compraventa celebrada el 2 de diciembre de 2017, cumple con los requisitos señalados en el artículo 1611 del C.C. para su eficacia jurídica. Que el inmueble prometido fue debidamente identificado e individualizado tanto por su ubicación, nomenclatura, extensión y descripción física, y si bien no se mencionaron los linderos del predio de mayor extensión, se refirió el documento donde constan los mismos, e igualmente se estipuló el precio del fundo, cumpliendo con ello lo previsto en el numeral 4 del artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

b) *"Incumplimiento del actor demandante con el correlativo cumplimiento del demandado",* - excepción que se propone frente a la segunda pretensión de la demanda atinente a la resolución del contrato de promesa-, por cuanto la acción resolutoria solo la puede promover la parte que cumplió o se allanó a cumplir, y en este caso, el demandante no honró sus compromisos contractuales, dado que para el 23 de julio de 2019 debía haber cancelado la totalidad del precio acordado, aunada la falta de entrega de la documentación exigida para el traspaso del rodante, la omisión en la información del vehículo para su plena identificación, y la entrega inconclusa de las obras convenidas como forma de pago, por lo que el demandado procedió conforme lo pactado en el parágrafo uno del contrato.

3. LA SENTENCIA APELADA. Datada el 19 de noviembre de 2020, en ella se resolvió: i) DECLARAR PROBADAS la excepción titulada *"inexistencia de las causales para que se configure la nulidad del contrato"* propuesta por el demandado, y de manera oficiosa la nominada *"no cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción resolutoria del art. 1546 C.C."*; ii) negar las pretensiones de la demanda; iii) condenar en costas a la parte demandante, fijándose las agencias en derecho en suma de $ 4'713.660; y iv) ordenar el levantamiento de la medida cautelar de inscripción de la demanda practicada sobre el inmueble con M.I. 120-18208 de la ORIP.

Lo anterior, tras considerar el funcionario de primer grado, que el contrato de promesa de compraventa objeto del proceso no se encuentra afectado de nulidad absoluta, toda vez que, por tratarse de un contrato de carácter preparatorio, para su eficacia no se exige que el promitente vendedor ostente la titularidad del derecho de dominio del bien prometido en venta.

Que los aspectos de los que se duele el demandante, tales como, la falta de mención de que el predio prometido en venta hace parte de otro de mayor extensión, la diferencia en el área del terreno, la falta de coincidencia entre los linderos del predio prometido con los consignados en escritura pública 1734, y que no se han adelantado los trámites de división, no necesariamente deben aparecer en el contrato de promesa, pues la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 enero 2015, considera que no todos los elementos que obran en la escritura pública necesariamente tienen que estar contenidos en el contrato de promesa, pues se trata de dos contratos distintos, permitiendo que el inmueble prometido en venta pueda ser determinado por medios diferentes.

Que la exigencia de incluir en la promesa de venta la ubicación y los linderos del bien prometido en venta, tiene el propósito de individualizar el inmueble, de diferenciarlo de los demás, lo cual en el presente caso se observa cumplido, dado que, la no coincidencia de linderos del contrato con respecto a la escritura 1734, obedece a que el promitente vendedor no pretendía enajenar la totalidad del predio que había adquirido, y se logró el objetivo de individualizar el fundo, al punto que se realizó la entrega al promitente comprador, quien dio cuenta de ello en el interrogatorio parte.

Que resulta intrascendente el cuestionamiento que realiza la parte demandante frente a la presunta falta de identificación plena del automotor que se pactó como parte del precio, pues para efectos de la determinación del contrato es suficiente el acuerdo sobre la cosa y el precio, aspectos que quedaron claros, y en la forma de pago se precisó, entre otras cosas, que se entregaría un vehículo de placas QET 236 color negro, de marca y modelo allí especificados, al que se le asignó el valor de 52 millones de pesos, no siendo necesario incluir otros datos para su identificación.

Que del clausulado contractual se extrae, que el 20 de febrero 2018, además de los 60 millones en efectivo, el promitente comprador entregaría también el referido vehículo "*debiéndose entender que tal entrega incluía los documentos exigidos por las autoridades de tránsito para su transferencia*", y en todo caso, si se había acordado que el precio debía pagarse en su totalidad hasta el 23 de julio de 2019, fecha en que se otorgaría la correspondiente escritura pública, "*debe entenderse que hasta esa fecha se adelantaría los trámites de transferencia, o se hubiese entregado los*

documentos para el efecto", por lo tanto, de lo acordado entre las partes se podía establecer la época en que se debía realizar el trámite de transferencia del vehículo, o por lo menos que se hiciera la entrega de los documentos con ese propósito, cuestión esta que no tiene repercusión en la eficacia de la promesa de compraventa.

Y frente a la pretensión subsidiaria, concluye que, según lo reconoció el demandante en el interrogatorio de parte, él no cumplió con el pago del precio en la forma como se había pactado, por cuánto observó que el promitente vendedor al parecer incumpliría con su obligación, de tal suerte, que de acuerdo con lo probado en el expediente, se establece que el promitente comprador no es contratante cumplido, y por ende, no estaba legitimado para ejercitar la acción resolutoria al tenor del artículo 1546 del C.C. Agrega, que tampoco se cumple con la exigencia de que dicha acción deba dirigirse contra el extremo que se sustrajo a satisfacer sus compromisos negociales, pues no se acreditó el incumplimiento de las obligaciones propias de este tipo de contrato en cabeza del promitente vendedor.

4. LA APELACIÓN. La interpone la apoderada de la parte demandante, expresando sus **reparos concretos** de la siguiente manera:

- Que la sentencia desconoce la importancia del concepto de "determinación del contrato prometido", según la cual el precio y objeto del mismo tiene que ser materia de absoluta determinación para que pueda considerarse que el contrato genera obligaciones, y en caso de ser necesario demandar su cumplimiento, que se hallen satisfechos los requisitos del artículo 422 y 434 del C.G.P., los cuales no se avizoran en el documento por el cual se promueve la presente acción.

Que el Juez desconoce que la venta no comprendía el bien en sí, sino los derechos y acciones vinculados al mismo por cuanto el vendedor solo era propietario de derechos y acciones, lo cual debía informarse al comprador y consignarse en el contrato, "*es evidente que en este caso el señor MIGUEL ALFONSO CASTILLO SÁNCHEZ (vendedor) es titular solo de derechos, por lo que la cesión de aquellos no sirve de medio para transferir el dominio*".

Que no se puede restar importancia a las inconsistencias del contrato objeto de la litis, y a la falta de determinación expresa de lo que se vende, toda vez

que "*el hecho de no encontrarse expresado que el objeto de la venta sean unos simples derechos o el título real de dominio, deja en el limbo jurídico a mi mandante, pues nunca supo que fue lo que compró*".

Siendo que lo que en realidad se vende es un derecho de herencia que pesa sobre el mismo bien, es decir unos derechos en "*expectativa*" adquiridos por el vendedor por medio de la llamada falsa tradición, no puede decirse válidamente que se encuentran libres de gravámenes, hipotecas, embargos, patrimonio de familia, o usufructos, por cuanto "*esta clase de derechos no son susceptibles de la inscripción de ninguna de estas afectaciones, y decirlo solo puede tener el objeto de confundir al comprador*".

Que tampoco se mencionó en el documento de compraventa que el bien objeto de la venta hace parte de otro inmueble (el adquirido por escritura pública No. 1734 de 17 de agosto del 2017), y que este a su vez hace parte de uno de mayor extensión (el identificado con M.I. No. 120-18208 de la ORIP de Popayán).

- Que la misma indeterminación se predica del "*pago*", en tanto la camioneta de placas QET286 es parte del "*pago*", elemento esencial del contrato, y hasta el momento no se tiene claridad si lo que se transfirió fue la propiedad o solo la posesión que el comprador tiene sobre este vehículo, y de realizar el traspaso, tampoco se estipuló expresamente el momento de la entrega de la documentación necesaria para ello, información que el *a quo* consideró irrelevante.

Que se dejó la determinación del objeto y del precio "*a la imaginación*", conllevando una venta con la llamada falsa tradición, que de haberlo sabido el demandante "*nunca habría comprado, o lo hubiera comprado con un precio diferente*".

- Que el Juez le resta importancia a la eficacia del contrato de promesa de compraventa, con fundamento en la sentencia SC2221-2020/2016-00192 de julio 13 de 2020, "*cuando lo que se consideró en ella, es que, al momento de suscribirse la escritura pública, ante la sustitución que allí se haga de algunos elementos del contrato inicial, como el precio, pierden eficacia los indicados en el contrato preparatorio, pero nunca restó validez al acuerdo inicial*".

Que en la demanda nunca se ha pretendido que el contrato de promesa se constituya en un título traslaticio de dominio, ni en una obligación de dar, sino

que se declare la nulidad de ese convenio por carecer de los elementos esenciales para celebrar el contrato final.

- En relación con la pretensión subsidiaria, señala que no se hizo una debida valoración probatoria de los elementos de juicio obrantes en el expediente, de los cuales se puede colegir que ninguno de los contratantes fue cumplido, y que ninguna de las partes tenía intenciones de finiquitar el negocio.

- Que de la declaración de las partes se desprende que la voluntad de deshacer los efectos del acto no es expresa, sino que se deduce de hechos inequívocos de las partes que son claramente indicativos de tal intención, como lo es el incumplimiento mutuo para culminar el contrato, y ello debe concluir con la resolución de ese convenio.

- Que no se consideró en la sentencia, que en el otro sí aportado con la demanda, el que no fue desconocido por el demandado, el señor MIGUEL ALFONSO CASTILLO SANCHEZ se comprometió que el Lote 2A se entregaría con sus respectivos servicios de energía y servicio de acueducto y con sus respectivos movimientos de tierra o terraceo, y hasta ahora, aun cuando el lote ya fue entregado al actor desde el momento de la suscripción de la promesa, no aparecen en el mismo ninguno de dichos elementos.

Que también se pactó que, a la entrega del inmueble prometido en venta, se encontraría libre de todo gravamen o limitación al dominio, y que el vendedor se obligaba a salir al saneamiento, lo cual era *"imposible"* de cumplir dada la falta de determinación del objeto del contrato, y que lo prometido no era la enajenación del bien sino unos derechos pro indiviso en *"expectativa"*, que por el contrario si se encontraba con limitaciones a su entrega, pues por tratarse de unos derechos cedidos bajo la forma de la falsa tradición, se halla pendiente una sucesión que le permita adquirir el dominio, y está sujeto a las consecuencias de la venta de cosa ajena, por lo que no puede predicarse que el señor CASTILLO SANCHEZ era un contratante cumplido.

Que el funcionario desconoció los alcances del artículo 1609 del C.C., y el precedente de la Corte en la materia, según el cual *"si el vendedor no ha satisfecho las obligaciones que como tal le corresponden, y entre ellas las que ciertamente se hallan las fundamentales de entregar la cosa vendida y sanear la venta, el comprador no está en mora de cumplir con las suyas, entre ellas la primordial de pagar el precio, ni puede, por consiguiente, demandársele*

válidamente su ejecución" (Sentencia del 28 de febrero de 1952, LXXI 127), toda vez que hasta la fecha del último pago realizado por el demandante, el señor CASTILLO SANCHEZ no había cumplido ni se había allanado a cumplir con las estipulaciones del "otro sí", y tampoco había realizado gestión alguna encaminada a "*poner el bien en posibilidad de hacer la transferencia de lo prometido*" para el 23 de julio del 2019.

- Que, para negar el derecho del demandante a deprecar la resolución del contrato, el Juez se apoya en lo establecido en el parágrafo de la cláusula tercera, y determina que fue el señor CALDONO SANCHEZ y no el demandado quien incumplió sus obligaciones contractuales. Sin embargo, a pesar de lo acordado y de la mora del comprador, el señor CASTILLO SANCHEZ no podía abstenerse de cumplir con sus compromisos, entre ellos el de asistir a la Notaría con el propósito de firmar la escritura pública, como quiera que hasta la fecha de otorgamiento el comprador podía pagar.

Que existiendo un incumplimiento recíproco de los contratantes, se omitió en este caso aplicar el criterio establecido por la Corte en sentencia SC1662-2019, conforme al cual, siendo imputable tal omisión a ambas partes, cualquiera de ellas estaba habilitada para demandar a la otra y así obtener la resolución del contrato que las vincula.

5. ACTUACIÓN RELEVANTE DE SEGUNDA INSTANCIA. Por auto del 24 de mayo de 2022 se dispuso la admisión de la alzada, prorrogándose el término para decidir de fondo, y acatando el precedente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia[2], se tuvo por sustentada la alzada de manera anticipada, ordenándose el traslado al no apelante, quien guardó silencio.

5.1. SUSTENTACIÓN DE LA ALZADA. Se tuvo como tal el memorial de reparos concretos en el que la gestora de la parte actora expuso con claridad las razones por las que disiente del fallo de primer nivel.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales están satisfechos en este asunto, luego no hace falta pronunciamiento particularizado al respecto distinto al de mencionar,

[2] CSJ STC5497-2021, 18 may. 2021, rad. No. 11001-02-03-000-2021-01132-00 MP. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO, y STC2478-2022, 7 mar. 2022, rad. No. 11001-02-03-000-2022-00480-00 MP. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, entre otras que resultan aplicables respecto del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, por cuanto reproduce en su integridad la redacción original del Decreto 806 de 2020 en ese aspecto.

que tampoco se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta este momento ni las partes presentaron alegato en tal sentido.

2. Es además a esta Colegiatura a la que le corresponde conocer en segunda instancia de la apelación del fallo proferido por el *a quo* bajo la órbita de la competencia fijada en razón del factor funcional consagrado en el art. 31-1 en concordancia con el 35 del C.G.P., siendo del caso pronunciarse en principio *"solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante"* (inciso primero del art. 328 ibídem) para revocar o reformar la decisión.

3. Acorde con los planteamientos de la alzada, los **problemas jurídicos** que corresponde resolver a esta Colegiatura se centran en determinar: i) si con los medios probatorios obrantes en el plenario, la parte actora logró acreditar los presupuestos de su pretensión principal o en su defecto del pedimento subsidiario; y en caso afirmativo, ii) si es procedente acceder a las pretensiones de índole pecuniario por los conceptos y montos deprecados en el libelo.

4. La tesis de la Sala es, que ante la falta de claridad respecto de lo prometido, la promesa de compraventa suscrita entre las partes adolece de nulidad absoluta, y por lo tanto debe revocarse la decisión apelada para en su lugar declarar la invalidez rogada, y disponer lo pertinente respecto a las restituciones mutuas. A la anterior conclusión se llega luego del siguiente análisis:

4.1. Requisitos del contrato de promesa. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran los siguientes requisitos:

> *"1°. Que la promesa conste por escrito;*
>
> *2°. Que el contrato á 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 ó condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato;*
>
> *4°.* ***Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales****"*.

Frente al **último de los citados requisitos**, la Corte ha señalado, que tratándose de la **PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES**, **el bien objeto del convenio**

debe hallarse <u>debidamente determinado</u>, o en su defecto, <u>establecerse en el mismo documento los medios a los que se puede acudir para identificarlo e individualizarlo</u>. En tal sentido explicó:

"*(...) precisamente teniendo presente que una es la obligación adquirida en la promesa y otras las que emanan del contrato prometido, a la vez que* ***procurando que la identificación del inmueble prometido no fuera talanquera para el cumplimiento, la jurisprudencia de la Corporación ha exigido la inclusión en la promesa de su ubicación y alindamiento****, pues tal información constituye la forma natural de procurar la requerida precisión en la determinación del objeto que reclama el precepto en comento (...). A manera de aquilatamiento de su doctrina sobre la materia, parece útil memorar que en sentencia del 6 de noviembre de 1968, cuando regía entre nosotros un sistema registral mixto integrado por las normas del Código Civil y la Ley 40 de 1932, reiteró la Corporación, tomando pie en una ya establecida doctrina jurisprudencial suya: "La razón de ser de esta severidad acerca de la determinación del contrato futuro en el acto de su prometimiento, es obvia: porque si la obligación de los prometientes de un contrato futuro es, como ya se dijo, obligación de hacer o sea la de celebrarlo, y si, por lo mismo, el objeto de la promesa no es otro que la celebración del contrato prometido, resulta que* ***para que la promesa de contrato pudiera lograr su finalidad en el comercio jurídico, sin quedar expuesta a incertidumbres y desvíos que la hicieran peligrosa y ocasionada a controversias****, tenía el autor de la ley que exigir como requisito sine qua non de su eficacia, el que se determinase el contrato prometido en todos sus elementos estructurales hasta el punto de que para ser celebrado posteriormente, mediante el empleo de esos cabales elementos, sólo restase en orden a su perfeccionamiento la tradición de la cosa, cuando el contrato fuese real, o las formalidades legales, cuando éstas fuesen requeridas por el derecho, como en los contratos solemnes*".

"*Ahora bien:* ***No podría hacerse en la convención promisoria la determinación del contrato prometido, en la forma exhaustiva reclamada por la ley, sin la especificación de las cosas objeto de este último****.* ***Así que, 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, datos éstos cuya expresión precisamente exigen los artículos 2594, 2658 y 2663 del Código Civil y 15 de la Ley 40 de 1932, para todos los instrumentos notariales y diligencias de registro que versen sobre bienes raíces, preceptiva en que se traduce el sistema de nuestra ley civil en la materia.* ***Y si en la promesa ha de determinarse el contrato prometido de suerte que en la cabalidad de sus elementos constitutivos pueda pasar a integrar el acto de su perfeccionamiento, no queda así lugar a duda alguna de que en la convención promisoria de compraventa de inmuebles, tienen éstos que ser individualizados de modo identificante, esto es por su situación y linderos****" (CSJ SC 6 nov. 1968, G.J. CXXIV, págs. 359 y 260. Esta providencia se apoya además, en sentencias de la Corte del 10 de mar. de 1896, XI, 259; 2 de abr. de 1897, XII, 315; 12 de ago. de 1925, XXXI, 305; 24 de may. de 1934, XLI, 136).*

Ya adoptado el estatuto de notariado contenido en el decreto 960 de 1970, reiteró su doctrina de antiguo cuño, explicando que "En frente a lo preceptuado por la regla 4ª del artículo 89 de la Ley 153, citada, la doctrina y la jurisprudencia han interpretado siempre esa disposición legal en el sentido de que, <u>cuando la promesa verse sobre contrato de enajenación de un inmueble, como cuerpo cierto, éste se debe</u>

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*. La razón de esta doctrina, que otrora se hacía estribar en el contenido del artículo 2594 del Código Civil, se encuentra hoy en las ordenaciones del Decreto 960 de 1970".*

Doctrina que ha venido reiterando en providencias posteriores (por ej. CSJ SC 2 ag 1985, G.J. CLXXX, pág. 226) en las que el énfasis del requerimiento acerca de la determinación del inmueble que ha de enajenarse en virtud del contrato prometido, se pone en el alindamiento y ubicación del inmueble como forma cabal de identificarlo, ***sin que ello signifique, agrega ahora la Corte, que no existan hoy por hoy OTROS MEDIOS que, QUEDANDO EXPRESADOS EN EL TEXTO MISMO DE LA PROMESA, logren la misma finalidad identificante, con lo cual se cumple el propósito de que el bien raíz sobre que versará la compraventa no pueda ser confundido con otro, sin que exista razón para exigir la mención concurrente a todos ellos en la promesa, junto con los que ha venido destacando como obligatorios la jurisprudencia de esta Sala»*** *(CSJ SC004-2015, 14 ene.)"*[3]*.* (Resaltado fuera del texto)

Cuando la promesa carece de cualquiera de las exigencias legales antes anotadas, dicho acto se ve afectado de nulidad absoluta, tal y como lo dispone el **artículo 1741 del Código Civil**, según el cual, *"la nulidad 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,* ***son NULIDADES ABSOLUTAS****",* y acorde con lo previsto en el artículo 1742 Ib., esta clase de nulidad "puede" y "debe" ser declarada por el Juez de oficio o a petición de parte, siempre y cuando concurran ciertas exigencias establecidas por la jurisprudencia, como son:

"1ª que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y 3ª que al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaratoria de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron"[4]*.*

Lo dicho, teniendo en cuenta, además, que en virtud de lo contemplado en el artículo 1746 del Código Civil, *"la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo*

[3] CSJ SC1964-2022, 19 jul. 2022, Rad. No. 11001-31-03-006-2013-00359-01 MP. LUIS ALONSO RICO PUERTA
[4] CSJ SC2468-2018, 29 jun. 2018, rad. No. 44650-31-89-001-2008-00227-01 MP. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo… 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"*. De ahí, que la Corte sostiene, que declarada judicialmente la nulidad de un contrato, *"las restituciones mutuas, y en especial las mejoras, no requieren solicitud de parte, debido a que operan inclusive de oficio"*[5].

4.2. Descendiendo a las particularidades del caso y examinado el **contrato de promesa de compraventa** suscrito entre las partes el **2 de diciembre de 2017**, se advierte que los contratantes establecieron como OBJETO del convenio lo siguiente:

"PRIMERA: Objeto - El PROMITENTE VENDEDOR, se obliga a vender, y el PROMITENTE COMPRADOR, se obligan a comprar mediante escritura pública debidamente registrada, ***un inmueble rural, lote de terreno,*** *denominado como* ***LOTE No. 2A, ubicado en la vereda de Pisoje del municipio de Popayán, departamento del Cauca,*** *cuya* ***área aproximada es de 2.000 metros cuadrados, comprendido dentro de los siguientes linderos:*** *por el NORTE: en extensión 40 metros con propiedad de Miguel Castillo Sánchez con el lote número 3A, SUR: en extensión 40 metros con propiedad de Carlos A Revelo el lote 1A OCCIDENTE: en extensión 50 metros con propiedad de la familia Ortiz lote 5A ORIENTE: en extensión 50 metros con propiedad de Clemente Pérez, lote identificado como 6A. SEGUNDO: Adquisición -* ***El inmueble fue adquirido por el PROMITENTE COMPRADOR, por compra venta efectuada, según escritura pública de compraventa No. 1734 del 17 de agosto del 2017, de la Notaría Primera de la ciudad de Popayán, debidamente registrado al folio de matrícula inmobiliaria No 120 - 18208 de la oficina de Registros de Instrumentos Públicos de la ciudad de Popayán, con código catastral o número predial No 000200040126000…"***

Frente al PRECIO del inmueble en mención, se pactó:

"CUARTO: Precio- El precio o el valor del inmueble, deslindado, determinado e identificado en la cláusula primera de este documento y que es motivo de venta es de ***$150.000 por metro cuadrado, siendo el área de 2.000 metros cuadrados para una suma total de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE ($300.000.000.oo de pesos)*** *que el PROMITENTE COMPRADOR, cancelara de la siguiente manera; la suma de $10.000.000.oo de pesos en efectivo, al momento de suscribir el presente contrato de promesa de compraventa,* ***el 20 de Febrero de 2018 hará la entrega en efectivo de $60.000.000 y de un vehículo campero Cabinado KIA New Sportage LX Modelo 2011 Placa QET286 Color Negro por valor de $52.000.000****, en materiales y otros por la suma de $70.000.000, así: triturado a $59.000 m3, subbase a $45.000 m3, base a $50.000 m3, arena de triturado $40.000 m3, triturado No.02 a $43.00 m3, triturado de 1 a 1/2 $56.000 m3, el material se irán pidiendo gradualmente en un plazo máximo de 6*

[5] Sentencia STC18446-2016, 16 dic. 2016, rad. No. 73001-22-13-000-2016-00623-01 MP. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

meses hasta completar el valor de $70.000.000. Y el saldo restante de $108.000.000 pagaderos en 6 cuotas trimestrales de $18.000.000 quedando la primera cuota pagadero entre el 20 y el 25 del mes de abril de 2018, la segunda cuota entre el 20 y el 25 de Julio de 2018 ***y así sucesivamente hasta Julio 23 de 2019, fecha en que se otorgara la correspondiente escritura pública a que esta promesa obliga***. ***PARAGRAFO PRIMERO en caso de que a la fecha señalada para el otorgamiento de la Escritura Pública de compraventa el promitente comprador fuere deudor moroso del promitente vendedor por cualquier concepto, esta última podrá abstenerse de otorgar dicha escritura pública."***

Y en cuanto al otorgamiento de la escritura pública y la entrega del bien materia del negocio, señalaron:

"*QUINTA:* ***Fecha de Otorgamiento de la Escritura Pública****- la escritura pública mediante la cual se perfecciona la venta prometida a que esta promesa obliga, se otorgara en la Notoria primera del circulo notarial de la ciudad de Popayán, departamento del Cauca, el día* ***23 de Julio del año 2019, a las 3 de la tarde****. SEXTA:* ***Fecha de Entrega del Inmueble- el mismo día de la suscripción del presente contrato de promesa de compraventa, se realizará la entrega material del mismo al PROMITENTE COMPRADOR, con sus mejoras, anexidades, dependencias, usos y servidumbres, que legalmente correspondan al inmueble en referencia, el cual se entrega sin reservas ni limitaciones de ninguna clase****."*

4.2.1. Del clausulado en referencia, considera la Sala, que no existe ninguna confusión respecto del contrato prometido, que corresponde a una compraventa de un inmueble, más no a la venta de acciones o derechos herenciales o de cuota, el documento es preciso en ese sentido y acorde con los interrogatorios rendidos por ambos contendientes, ninguna duda existe sobre la intención del promitente comprador y el promitente vendedor respecto a ello.

Cosa distinta es lo atinente al perfeccionamiento o cumplimiento del negocio prometido, pues nada impide que una persona se comprometa a transferir la propiedad de un bien del que no es titular, y que en el devenir del plazo acordado para efectuar la tradición respectiva, el promitente vendedor logre realizar las gestiones necesarias para adquirirlo y así proceder conforme lo convenido.

En este punto, no son de recibo los planteamientos del apelante referentes a un presunto engaño por parte del promitente vendedor por la falsa tradición de que adolecía el predio prometido, el desconocimiento del pretenso comprador de que su contraparte tan solo ostentaba unos derechos de cuota o de herencia sobre el terreno, y que el demandante "*nunca supo que fue lo que compró*", toda vez que, las reglas de la experiencia indican que

previo a efectuar una negociación de esa naturaleza, la mínima prudencia y diligencia que se espera de cualquier persona interesada en ello, especialmente de un "*técnico superior*" de 47 años de edad para la data del contrato (según lo expresado por el demandante en su interrogatorio de parte), era la obtención del respectivo certificado de tradición, que le permitiera establecer la situación jurídica del fundo y verificar que el ofertante efectivamente era el propietario del mismo.

4.2.2. De otro lado, en cuanto a la **identificación e individualización del bien prometido**, la Sala encuentra que contrario a lo concluido por el Juez de primer nivel, del contrato de promesa no se extrae con suficiente claridad que el inmueble negociado corresponde a un lote que hace parte de otro de mayor extensión, y menos que la intención del promitente vendedor era "*reservarse*" una franja de terreno del predio madre.

Ciertamente, en la cláusula primera del convenio, se indicó que la futura compraventa recaía sobre el **LOTE No. 2A**, que contaba con una extensión de terreno de **2000 mts²**, de linderos ahí descritos, el que se menciona fue adquirido por el promitente vendedor por compraventa efectuada según **escritura pública No. 1734 del 17 de agosto del 2017**, inscrita bajo el folio de **M.I. 120-18208** de la ORIP de Popayán, con código catastral No. **000200040126000**.

Del texto en comento, en modo alguno se infiere que lo prometido en venta es un predio que se desenglobará de otro, o que será producto de algún tipo de división material, simple y llanamente se alude a un terreno como cuerpo cierto identificado como LOTE No. 2A, y ninguna referencia o distinción se hace entre los linderos especiales del área prometida, con la superficie y límites del lote en mayor en extensión.

Solamente al realizar el escrutinio del certificado de tradición con No. 120-18208 y de la escritura pública No. 1734 del 17 de agosto del 2017 que se describe en la promesa como título antecedente del bien prometido, se logra evidenciar que ese LOTE No. 2A, en realidad cuenta con una extensión de 2763 mts², y que por ello los linderos consignados en la promesa de venta no concuerdan con los enunciados en dicho instrumento público.

4.2.3. Al ser indagado sobre esa peculiar circunstancia, el demandado expresó en su interrogatorio, que la promesa de venta con el señor JESUS UBEIMAR CALDONO SANCHEZ comprendía únicamente un área de 2000 mts^2, tal y como se estableció en el contrato, que pretendía "reservarse" la franja restante para construir una casa, aspecto éste que ambos contratantes habían acordado previamente a la firma del convenio, que el demandante conocía de antemano de esa intención, al punto, que se asesoró de un topógrafo, delimitando la fracción de tierra que se negoció, la que le fue entregada y posteriormente cercó, y que tan solo se encuentra pendiente "*dividir el lote y entregarle la parte que le corresponde y el resto sigue siendo mío*".

Por su parte, **el demandante negó conocer que el lote negociado pertenecía a uno de mayor extensión, y menos que la intención del demandante era quedarse con una parte del mismo,** asegura que simplemente le ofrecieron en venta un lote de 2000 mts^2 que le mostraron físicamente, que accedió a comprarlo sin verificar documentación alguna al respecto, y que únicamente recibió materialmente el área de terreno prometida.

Ese desconocimiento que refirió el actor respecto de los hechos que relata su contraparte, encaja dentro de los supuestos de las afirmaciones o negaciones indefinidas que no requieren prueba según el artículo 167 del C.G.P., por consiguiente, era a la parte demandada a quien le correspondía desvirtuar las mismas, y en su lugar demostrar que la intención de los contratantes era diáfana sobre la venta futura de una porción de terreno que hace parte de otro y respecto del área que el demandado se reservaría para proyectos propios, acreditando también que el fundo prometido era claramente identificable y determinado para ambas partes, cosa que no ocurrió, pues además de la declaración del propio demandado, no se allegó al plenario ninguna otra prueba en tal sentido.

4.2.4. Recuérdese, que en palabras de la Corte, "*la finalidad de la promesa, que es, se repite, la de asegurar la celebración de otro contrato posterior cuando los interesados no quieren o no pueden realizarlo de presente, es la de que* ***la convención futura quede plenamente definida de antemano, pues sólo con tal definición las partes saben a qué se comprometen y se posibilita, por lo mismo, determinar o delimitar los derechos y las obligaciones que para ellas surgen de la***

***promesa celebrada*"[6],** y en este caso, con independencia del cuestionamiento que merezca el promitente comprador por su falta de prudencia a la hora de indagar sobre la situación jurídica del bien que pretendía adquirir, es evidente que **el texto de la promesa de venta es ambiguo, y lleva a confundir la franja negociada con el lote en mayor extensión del cual se desprende, por lo que mal puede predicarse que el objeto del convenio está palmariamente definido como lo exige la ley, y menos que el promitente comprador tuviera claro que la obligación del promitente vendedor era la transferencia de una parte del LOTE No. 2A y no la totalidad de ese fundo.**

5. En ese orden de ideas, ante **la falta de identificación cierta e inconfundible del bien prometido en venta**, distinguiéndolo del lote en mayor extensión del cual forma parte, y no habiéndose consignado expresamente en el contrato la intención de los contratantes de remitirse a otros instrumentos para cumplir tal formalidad, lo cual se itera, constituye un **requisito esencial de validez de esa clase de negocio jurídico**, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 1741 y 1742 del C.C., y atendiendo a las directrices jurisprudenciales en torno a la materia enunciadas al inicio de estas consideraciones, se responde afirmativamente el primer problema jurídico planteado, y por lo tanto, se **REVOCARÁ** la sentencia de primer grado, para en su lugar, despachar negativamente la excepción de mérito titulada *"Inexistencia de las causales para que se configure la nulidad de contrato"*, y **declarar la NULIDAD ABSOLUTA del contrato de promesa de compraventa materia de este litigio.**

5.1. Consecuencial de la anterior determinación, la Corporación procederá a proveer sobre las restituciones mutuas a cargo de cada una de las partes, de la siguiente manera:

5.1.1 El precio pagado. En el *hecho segundo* de la demanda, el actor relaciona cada uno de los abonos realizados al precio del inmueble prometido de la siguiente manera:

"A- El día 02 de diciembre de 2017, se hizo entrega al PROMITENTE VENDEDOR de la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS M/CTE ($10.000.000) como se había acordado al momento de suscribir el presente contrato de promesa de compraventa.

B- Un segundo pago por la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS M/CTE ($10.000.000.000) según consta en comprobante de egreso de fecha 09 de diciembre de 2017.

---

[6] CSJ STC6017-2018, 10 may. 2018, rad. No. 11001-02-03-000-2018-01119-00 MP. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

C- Un tercer pago según consta en la Factura de venta No 6722 MECANIZAR del 19 de febrero de 2018 por la suma de CUARENTA MIL PESOS MCTE ($40.000) mano de obra.

D- Un cuarto pago en efectivo Según consta en comprobante de egreso de fecha 23 de febrero de 2018 por la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE ($50.000.000).

E- Un quinto pago según consta en Factura de venta No 6724 MECANIZAR del 09 de marzo de 2018 por la suma de DOS MILLONES CIENTO SESENTA Y DOS MIL PESOS MCTE ($2.162.000) mano de obra.

F- Un sexto pago según consta en la Factura de venta No 6803 MECANIZAR por la suma de TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MCTE ($3.500.000). mano de obra.

G- Un séptimo pago según consta en Factura de venta No 6713 MECANIZAR por la suma de SEIS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MCTE ($6.500.000) mano de obra

H- Un octavo pago según consta en Factura de venta No 6721 MECANIZAR del 04 de mayo de 2018 por la suma de SESENTA MIL PESOS MCTE ($60.000). mano de obra.

I.- Un noveno pago según consta en Factura de venta No 6720 MECANIZAR del 05 de mayo de 2018 por la suma de QUINIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCTE ($580.000). mano de obra.

J.- Un décimo pago según consta en Factura de venta No. 6719 MECANIZAR del 05 de mayo de 2018 por la suma de CIENTO CINCUENTA MIL PESOS MCTE ($150.000) mano de obra.

K- Un décimo primer pago según consta en comprobante de egreso de fecha 03 de junio de 2018 por la suma de CIEN MIL PESOS M/CTE ($100.000.). mano de obra.

L- Un décimo segundo pago en efectivo según comprobante de egreso de fecha 12 de junio de 2018 por la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS M/CTE ($10.000.000).

M- Un décimo tercer pago según consta en Factura de venta No 6717 MECANIZAR del 20 de junio de 2018 por la suma de DOSCIENTOS VEINTE MIL PESOS MCTE ($220.000). mano de obra.

N- Décimo cuarto pago según consta en Factura de venta No 6716 MECANIZAR del 20 de junio de 2018 por la suma de CIENTO CINCUENTA MIL PESOS MCTE ($150.000) mano de obra.

Ñ- Décimo quinto pago según consta en Factura de venta No 6715 MECANIZAR del 24 de septiembre de 2018 por la suma de OCHENTA MIL PESOS MCTE ($80.000) mano de obra.

O- Décimo sexto pago según consta en Factura de venta No 6714 MECANIZAR del 09 de octubre de 2018 por la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE ($2.200.000) mano de obra.

P- Décimo séptimo pago según consta en Factura de venta No 6752 MECANIZAR por la suma de TRES MILLONES DE PESOS MCTE ($3.000.000). mano de obra.

Q- Décimo octavo pago según consta en Factura de venta No 6753 MECANIZAR por la suma de UN MILLON DE PESOS MCTE ($1.000.000). mano de obra.

R- Décimo noveno pago según consta en Factura de venta No 6754 MECANIZAR por la suma de DOS MILLONES DE PESOS MCTE ($2.000.000). mano de obra.

S- Vigésimo pago según consta en SIETE RECIBOS DE TRANSPORTE DE MATERIAL de la empresa AGREGADOS PURACE y los cuales se encuentran sumados por la entrega por valor de TRES MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCTE ($3.380.000.000)

T- vigésimo primer pago consistente en la entrega del vehículo campero cabinado KIA new sportage LX modelo 2011 placa QET-286 color negro por la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES DE PESOS MCTE ($52.000.000) el día 20 de febrero de 2018.

V.- Lo anterior para un total de CIENTO CINCUENTA Y SIETE MILLONES CIENTO VEINTIDOS MIL PESOS MCTE ($157.122.000)".

Como prueba de los abonos realizados, el demandante allegó los recibos correspondientes a los ítems B a S, cada uno con firma de recibido (algunos signados por el propio demandado), **documentos que NO fueron tachados de falso en su oportunidad.**

Adicionalmente, al pronunciarse frente a ese hecho, en la contestación de la demanda el convocado señaló: ***"ES CIERTO**, el hoy demandante realizó abonos al precio de la venta del inmueble, en dinero en efectivo, un vehículo automotor, materiales y mano de obra, aclarando que las obras las dejó inconclusas, no fueron recibidas a satisfacción, causando el deterioro de los materiales de construcción y detrimento económico de la obra, originando perjuicios mi mandante por el orden de los $40.000.000,oo de pesos aproximadamente".*

Respecto a la falta de recibido a satisfacción de las obras que menciona el demandado, y los presuntos perjuicios que le fueron ocasionados, ese extremo procesal allegó un dictamen pericial elaborado por la administradora de empresas Ana Lida Carvajal, el cual se practicó sobre la obra adelantada en el inmueble distinguido con M.I. 120-182615, que se indica es de propiedad de la compañera permanente del señor CASTILLO SANCHEZ; elemento de juicio que carece del mérito suasorio que pretende la pasiva, en primer lugar, por cuanto no se aporta otros medios de convicción que ilustren con claridad que la mano de obra, los materiales de construcción, y el transporte de materiales de que tratan los recibos aportados por el actor, se destinaron exclusivamente a la construcción que presuntamente se desarrollaba en el predio inspeccionado por la perito, y segundo, porque la administradora de

empresas que rindió el informe, al ser interrogada por el Juez sobre la metodología empleada para realizar sus cálculos, se limitó a expresar que había solicitado apoyo de un Ingeniero Civil conocedor de la materia, sin que obre constancia en su informe de las fuentes de las que se sirvió, ni otros soportes relativos a las calidades profesionales y experiencia de quien rinde la experticia, como tampoco de la persona que le brindó asesoría para adoptar las conclusiones allí plasmadas.

Por lo tanto, en vista de que la pasiva no logró desvirtuar el valor de los abonos realizados por la parte demandante, y teniendo en cuenta que el demandado reconoció en su interrogatorio que ostenta la calidad de comerciante y que es dueño de alrededor de 30 o 40 propiedades aproximadamente, propio es colegir, que **el convenio que aquí se invalida es de carácter mercantil** [7], pues se infiere que corresponde al giro ordinario de sus negocios, independientemente de que el promitente comprador sea o no comerciante (art. 22 Ib.[8]), por consiguiente, en el marco de las prestaciones recíprocas y atendiendo a lo solicitado en la demanda, por principio de congruencia, se ordenará al demandado MIGUEL AFONSO CASTILLO SANCHEZ a restituir al promotor del presente proceso la suma de $ 105'122.000 con sus respectivos intereses comerciales – siendo ellos los que legalmente proceden en este caso, más no los intereses legales e indexación como se pidió en el libelo-, desde el 9 de octubre de 2018 hasta la fecha en la que efectúe el pago, esto, en aras de compensar los efectos de la pérdida de poder adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, y atendiendo el criterio de la Corte conforme al cual:

"***La manera de hacer el ajuste monetario de las obligaciones dinerarias de abolengo mercantil, es por la vía de los intereses****, por la potísima razón de que está entronizado en uno de los factores constitutivos o determinantes de la tasa reditual de mercado.*

(…)

---

[7] En ese sentido, la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil en sentencia del 05 de agosto de 2009, señaló: "*Con otras palabras, la relación jurídica cuyo objeto corresponda a un acto de comercio, independientemente de que alguno de los intervinientes en ella, o todos, sean o no comerciantes, califica como mercantil. Del mismo linaje será la operación en que sea parte un comerciante, si ella concierne a su actividad profesional como tal, al margen de cualquier otra consideración, incluso, de que la otra parte no tenga la misma condición*" (rad. No. 11001-3103-001-1999-01014-01 MP. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ).

[8] "*ARTÍCULO 22. <APLICACIÓN DE LA LEY COMERCIAL A LOS ACTOS MERCANTILES>. Si el acto fuere mercantil* ***para una de las partes*** *se regirá por las disposiciones de la ley comercial*".

Criterio que ha sido ratificado por la Sala en otras ocasiones, precisando que en ***la indexación efectuada a través de la tasa de interés comercial, el índice de corrección monetaria se aplica por vía refleja, pues «<u>incluye la inflación (componente inflacionario) y que, por ende, 'conlleva al reajuste indirecto de la prestación dineraria</u>' , evento en el cual resulta innegable que ella, además de retribuir -y, en el caso de la moratoria, resarcir- al acreedor, cumple con la función de compensarlo por la erosión que, ex ante, haya experimentado la moneda (función típicamente dual)"***[9] (Resaltado fuera del texto)

Y en cuanto al vehículo tipo Campero Cabinado KIA New Sportage LX Modelo 2011 Placa QET286 Color Negro, que el demandado reconoció le fue entregado por el demandante, y que según menciona en su interrogatorio de parte lo enajenó a una tercera persona – sin indicar el nombre-, se ordenará al señor CASTILLO SÁNCHEZ a restituir al demandante la suma de $ 52'000.000 – valor que las mismas partes le asignaron a dicho rodante al momento de la negociación - con sus respectivos intereses comerciales desde el 20 de febrero de 2018 (data de la entrega del rodante al demandado), hasta la fecha En la que se realice el pago.

Consecuente con ese mandato, se ordenará al demandante realizar las gestiones pertinentes para el traspaso del mencionado automotor a favor del señor MIGUEL ALFONSO CASTILLO SANCHEZ, quién en adelante deberá atender cualquier controversia que se presente frente a terceros en relación con ese rodante.

5.1.2. <u>La restitución del inmueble.</u> Quedó claro con lo señalado en el contrato y lo expresado por ambas partes en su interrogatorio, que **el demandante recibió materialmente el inmueble descrito en la promesa y procedió a cercarlo o delimitarlo**, de tal suerte, que en reciprocidad a la devolución que le compete realizar el promitente vendedor de los dineros recibidos a título de abono del precio, **el promitente comprador deberá restituir el lote que le fue entregado, en las mismas condiciones en que lo recibió[10], salvo el deterioro natural por el uso o el paso del tiempo,** sin que sea viable reconocer monto alguno a su favor a título de mejoras, por falta de solicitud y prueba concreta en tal sentido.

---

[9] CSJ SC11331-2015, 27 ago. 2015, rad. No. 11001-31-03-036-2006-00119-01 MP. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ. Criterio igualmente expuesto en sentencia CSJ STC1476-2014, 13 feb. 2014, rad. No. 11001-02-03-000-2014-00176-00 MP. MARGARITA CABELLO BLANCO, entre otras.

[10] No se observa en la demanda un acta de entrega en el que conste el estado del bien al momento de su entrega.

Y con apoyo en éste último argumento – la ausencia de prueba de mejoras – **no se accederá al pedimento del actor de reconocer a su favor el derecho a retener el inmueble objeto de la promesa para garantizar la devolución de los dineros por su contraparte**, puesto que tal figura únicamente resulta procedente frente aquellos eventos expresamente señalados por el legislador, como lo es el caso del poseedor a quien se le reconocen judicialmente mejoras sobre el predio, cuestión que no se presenta en este asunto, aunado, que la controversia aquí dirimida y las ordenes que se impartirán a cada una de las partes, no se enmarcan dentro de los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para la operancia de ese derecho.

Al respecto precisa la Corte:

"*Para ahondar en la esencia del referido derecho, es necesario señalar que* ***dicha prerrogativa la otorga la ley, para que, como su nombre lo indica, quien es titular de ella retenga una cosa ajena que está en su poder, hasta tanto su dueño o el acreedor a su restitución pague o asegure el pago de una obligación relacionada con dicha cosa.*** *Sobre las características esenciales del derecho de retención Arturo Valencia Zea señaló que:*

> *Para que pueda hablarse de retención, se requiere que dos personas entre sí sean recíprocamente deudoras y acreedoras, esto es, que una de ellas exija a la otra que le cumpla su obligación, para ella cumplir la suya. Esto sucede cuando el poseedor en nombre propio es condenado a restituir la cosa poseída a quien acreditó un mejor derecho a poseer (ejercicio de la acción reivindicatoria); y si este poseedor tiene derecho a ser indemnizado en razón de mejoras hechas a la cosa, nos encontramos ante dos personas que mutuamente son deudoras y acreedoras a la vez: el poseedor se encuentra obligado a restituir la cosa, por una parte; pero tiene un crédito que cobrar al acreedor, o sea, el valor de las mejoras. En este caso, según el art. 970 del Código Civil, el obligado a restituir la cosa puede rehusar el cumplimiento de esa obligación hasta que el acreedor le pague el valor de las mejoras o le asegure su pago.*
>
> *(…)*
>
> *En la retención, en cambio, se trata generalmente de un poseedor (en nombre propio o en nombre ajeno) que se encuentra obligado a restituir un cuerpo cierto a su acreedor; es decir, que su obligación no es la de entregar una suma de dinero o una cosa fungible. Por otra parte, el ejercicio del derecho de retención no persigue extinguir por sí solo las obligaciones, sino garantizar el efectivo cumplimiento de ambas deudas. Se trata, en consecuencia, de una garantía del cumplimiento de la obligación.*
>
> *Comenzaremos, pues por caracterizar el derecho de retención con una nota negativa: es el derecho de retener una cosa a un acreedor para que este cumpla una obligación en los casos en que no puede realizarse la compensación.*[11] *(Resalta la Sala).*

---

[11] Valencia Zea, A. 1976. *Derecho Civil. Tomo II. Derechos Reales.* Editorial Temis. – cita incluida en el texto original.

Debe destacarse que <u>el derecho de retención surge únicamente cuando el legislador lo autoriza</u>, pues de no ser así, se abriría la puerta a que los ciudadanos ejercieran justicia por mano propia, actuación que está expresamente prohibida por mandato del artículo 2417 del Código Civil que a su tenor literal prevé que «[n]o se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia. <u>No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento</u>; <u>excepto en los casos que las leyes expresamente designan</u>»"[12]. (Resaltado fuera del texto)

Y en otra providencia más reciente, recordó:

*"Esta Corte ha determinado que el **derecho de retención** «no es otro que el de retardar la entrega de la cosa debida, como medio de obligar a la persona a quien pertenece a pagar al detentador de la cosa la deuda nacida con ocasión de la misma cosa. Sus requisitos son: 1- La detentación de la cosa. **2- La conexión del crédito con la cosa poseída (debitum rei cohaerens), por haberlo producido esta <u>sin necesidad de un negocio jurídico</u>**; y 3- El detentador debe ser acreedor, y deudor aquel a quien la cosa se restituya.»"[13][14].* (Resaltado fuera del texto)

5.1.3. Por último, ante la prosperidad de la alzada y la revocatoria total del fallo de primer nivel, se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandada (núm. 4 art. 365 C.G.P.).

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

RESUELVE

<u>Primero</u>: REVOCAR la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2020 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, para en su lugar:

1.1. DECLARAR NO PROBADA la excepción de mérito titulada *"Inexistencia de las causales para que se configure la nulidad de contrato"* propuesta por la pasiva.

---

[12] CSJ STC12083-2021, 16 sept. 2021, rad. No. 11001-22-03-000-2021-00119-02 MP. OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE.
[13] *CSJ, Sala de Casación Civil, Sentencia de 25 agosto 1953, "G. J.", t. LXXVI, núm. 2133, págs. 83 a 92.* – cita incluida en el texto original.
[14] CSJ STC10352-2022, 10 ago. 2022, rad. No. 73001-22-13-000-2022-00205-01 MP. OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE.

1.2. Declarar la NULIDAD ABSOLUTA del contrato de promesa de compraventa suscrito el 2 de diciembre de 2017 por los señores JESUS UBEIMAR CALDONO SANCHEZ y MIGUEL ALFONSO CASTILLO SANCHEZ.

Segundo: Corolario de lo anterior, ordenar al demandado MIGUEL ALFONSO CASTILLO SANCHEZ, restituir al demandante JESUS UBEIMAR CALDONO SANCHEZ:
2.1. La suma de $ 105'122.000, con sus respectivos intereses comerciales causados desde el 9 de octubre de 2018 hasta la fecha en la que se haga efectivo el pago.

2.2. La suma de $ 52'000.000 (valor que las mismas partes le asignaron al vehículo de placa QET286 marca KIA), con sus respectivos intereses comerciales desde el 20 de febrero de 2018 (data de la entrega del rodante al demandado), hasta la fecha en la que se haga efectivo el pago.

El pago de las sumas anteriormente referidas, deberá realizarse dentro de los cinco (05) días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia.

Tercero: A su vez, ORDENAR al demandante JESUS UBEIMAR CALDONO SANCHEZ, que dentro de los mismos cinco (05) días siguientes a la ejecutoria del presente proveído:

3.1. Restituya al demandado MIGUEL ALFONSO CASTILLO SANCHEZ el lote que le fue entregado en virtud del contrato de promesa de compraventa suscrito entre las partes el 2 de diciembre de 2017, en las mismas condiciones en que lo recibió, salvo el deterioro natural por el uso o el paso del tiempo; y

3.2. Realice las gestiones pertinentes para materializar la tradición o traspaso del vehículo tipo Campero Cabinado KIA New Sportage LX Modelo 2011 Placa QET286 Color Negro, a favor del señor MIGUEL ALFONSO CASTILLO SANCHEZ, quién en adelante, deberá atender cualquier controversia que en relación con ese rodante se presente frente a terceros.

Cuarto: Negar el derecho de retención solicitado por el demandante.

Quinto: Condenar en costas de ambas instancias al demandado. Como agencias en derecho de esta instancia se fija la suma equivalente a un (01) SMLMV en favor de la parte demandante, la que será incluida en la

liquidación correspondiente conforme lo normado en el artículo 366 del C.G.P. (Acuerdo PSAA16-10554 de 2016).

Las agencias de la primera instancia serán fijadas por el Juez de primer nivel.

Sexto: Una vez ejecutoriado el presente proveído, DEVUELVASE el expediente al despacho de origen, previas las desanotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado ponente

DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada

MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
Magistrado
(Con salvamento parcial de voto)

AB.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL-FAMILIA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el respeto acostumbrado procedo a salvar parcialmente mi voto dentro del asunto de la referencia y dentro del cual esta Corporación revocó la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2020 por el Juez Segundo Civil del Circuito de Popayán.

Decisión que comparto, pero no por las razones expuestas en la parte motiva del pronunciamiento, en las que considero, la Sala mayoritaria confundió los requisitos de validez y eficacia del contrato preparatorio, con el cumplimiento que, del mismo, pudiese realizar el prometiente vendedor.

Y es que tal como lo adujo el A Quo, el contrato de promesa de compraventa objeto del proceso no se encontraba afectado de nulidad absoluta, toda vez que, la ubicación, linderos y extensión de lo prometido en venta estaban determinados en el texto del contrato, individualizando su objeto, la forma y términos en que se pagaría el precio convenido y la fecha en que se realizaría la escritura pública de compraventa del fundo.

Cuestión muy distinta, es que el promitente vendedor pueda cumplir lo pactado, esto es, suscribir la correspondiente escritura de compraventa del inmueble en la forma estipulada, y que, según lo indicado en la Sentencia, "*no podría hacer*", lo que, en todo caso, no abre paso a la nulidad de la promesa, sino al debate en torno a su cumplimiento.

Frente a este último aspecto, es cierto como lo sostuvo el juzgador de instancia, que el aquí demandante no cumplió con el pago del precio en la forma como se había pactado, pero también lo es, que el demandado no honró sus compromisos, revelando la conducta de ambas partes que abdicaron, declinaron, cesaron sus compromisos contractuales, al punto que el demandado tampoco demostró la posibilidad de traditar el derecho de dominio sobre el fundo (del que además no es propietario), abandonando en forma recíproca sus obligaciones convencionales.

Comportamiento que debe sancionarse bajo un análisis lógico y finalista que permita extinguir el vínculo jurídico (último aspecto que en efecto aconteció), pues de subsistir dejaría a las partes en estado de desequilibrio e inequidad.

Fecha ut supra,

MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES