



Proceso	Verbal
Demandante	Martha Elena Tejada Yepes y otro
Demandados	Martha González Jiménez
Radicado	No. 05001-31-04-005-2019-00424-01
Procedencia	Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín
Instancia	Segunda
Ponente	Luís Enrique Gil Marín
Asunto	Sentencia No. 003
Decisión	Confirma
Tema	Resolución promesa de permuta
Subtemas	Promesa de compraventa. Requisitos del contrato de promesa de compraventa. Determinabilidad del inmueble. Nulidad de la promesa de compraventa. Jurisprudencia. Restituciones.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Medellín (Ant.), diez de febrero de dos mil veintitrés

I. OBJETO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el **JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN (ANT.)**, en el proceso verbal instaurado por **MARTHA ELENA DE MARÍA TEJADA YEPES y OSCAR EMILIO RESTREPO CARMONA** contra **MARTHA LIGIA GONZÁLEZ JIMÉNEZ**.

II. ANTECEDENTES

Pretensiones: Solicitan los demandantes se declare la resolución del contrato de promesa de permuta que celebraron como EL PROMITENTE PERMUTANTE NÚMERO 2, con la demandada, EL PROMITENTE PERMUTANTE NÚMERO 1, porque las propiedades fueron permutadas materialmente, pero el contrato no se perfeccionó porque el bien de propiedad de la pasiva fue intervenido por orden de la Fiscalía General de la Nación y puesto a disposición de la Sociedad de Activos Especiales; a pesar de lo anterior, como los pretensores cumplieron con las obligaciones a su cargo solicitan la resolución del contrato, la restitución del dinero cancelado y el pago de la cláusula penal; consecuente con lo anterior, ordene a la accionada la devolución de los dineros entregados a través de los títulos que le fueron endosados por un total de \$253.927.560,00, y que deben ser indexados más los intereses legales, desde el momento del endoso hasta el pago total, así:

Título Número	Valor	Vencimiento
00608985	\$20.730.050,00	12/01/2010
0609349	\$40.841.557,00	05/02/2010
0609639	\$42.331.927,00	15/02/2010
0609655	\$12.897.476,00	15/02/2010
0609661	\$51.579.677,00	15/02/2010
0610061	\$35.824.870,00	26/02/2010
0622832	\$49.772.003,00	27/05/2010

Además, al pago de \$50.000.000,00, a título de cláusula penal debidamente indexada, más los intereses de mora, desde el 25 de enero de 2010 hasta el pago total y

\$380.000.000,oo. Por último, se condene a la parte accionada al pago de las costas.

Elementos fácticos: Afirman los demandantes que entre ellos y la demandada se celebró un contrato de permuta, donde la pasiva como PROMITENTE PERMUTANTE NÚMERO 1, se comprometió a transferir a los demandantes PROMITENTE PERMUTANTE NÚMERO 2, el bien inmueble ubicado en la Urbanización Quintas de San Luis Propiedad Horizontal, distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 001-794653 y, los pretensores a su vez, se obligaron a transferir a la accionada el inmueble ubicado en la Unidad Residencial Santa Catalina del Tesoro, calle 4BSur No. 13-260, casa 11, de la ciudad de Medellín, con matrícula inmobiliaria No. 001-757726; estos bienes entregaron materialmente en las fechas acordadas; el inmueble de propiedad de los actores fue avaluado y entregado en \$1.000.000.000,oo; sumado a dicho valor endosaron a favor de la pasiva los títulos reseñados en las pretensiones por un total de \$253.927.560,oo y, al momento de firmar el contrato de promesa de permuta entregaron \$50.000.000,oo en efectivo; además, el extremo activo se comprometió a pagar a la accionada \$596.072.440,oo, en un plazo máximo de 100 días calendario contados desde la firma del contrato; pago que fue suspendido por el incumplimiento de la demandada; los permutantes garantizaron que los inmuebles no se habían enajenado por acto anterior, no eran objeto de demanda civil, no estaban embargados y se hallaban libres de censos, anticresis, arrendamientos consignados por escritura pública, desmembraciones, condiciones resolutorias y limitaciones al

dominio; además, se comprometieron al saneamiento por evicción o vicios redhibitorios; el total de la negociación fue por \$1.900.000.000,00; además, se acordó que el acto escriturario se confeccionaría el 23 de febrero de 2010, a las 4:00 p.m., en la Notaría 22 de Medellín.

Como consta en la anotación No. 8, del folio de matrícula No. 001-794653, el 26 de enero de 2010, se inscribió embargo en proceso de la Fiscalía y la demandada no cumplió con lo pactado en el contrato de promesa de permuta; toda vez que, si bien los inmuebles se permutaron materialmente, no fue posible transferirlos en legal forma; además, el bien propiedad de los demandantes fue devuelto y el de la demandada, entregado por los actores a la Sociedad de Activos Especiales; asimismo, las partes pactaron como cláusula penal \$380.000.000,00.

Admisión de la demanda y réplica: Una vez admitida la demanda (29 de agosto de 2019), y notificada a la pasiva, la replicó, se opuso a las pretensiones y esgrimió los siguientes medios de defensa: ***(i) fuerza mayor; (ii) compensación; (iii) causa pendiente; (iv) improcedencia de la cláusula penal; (v) inexistencia de la mora y, (vi) la genérica.***

Objeción al juramento estimatorio: Frente al reembolso de \$253.927.560,00 y que de acuerdo a lo estimado en la demanda ascienden a \$303.927.560,00; no indica el monto de los intereses que solicitan; además, la parte demandada presentó su propia estimación juramentada, en cuanto el valor de los frutos civiles que le deben ser reconocidos, a

razón de \$10.000.000,00 mensuales por arrendamiento, desde el 25 de enero de 2010, fecha de entrega de la propiedad, hasta el 26 de abril de 2019, cuando fue restituido el inmueble, esto es 111 meses; para un total de \$1.110.000.000,00; aspecto que se debe tener en cuenta al momento de resolver sobre las restituciones mutuas a que hubiere lugar.

Sentencia: Se profirió el 15 de marzo de la pasada anualidad, con la siguiente resolución:

"PRIMERO: DECLARAR *la inejecución de las prestaciones de la promesa de permuta por imposibilidad de ejecución de la prestación por causa sobreviviente a la celebración del contrato de promesa de permuta, celebrado por Martha Tejada Yepes y Oscar Emilio Restrepo con Martha Ligia González Jiménez, celebrado el 25 de enero de 2010, atendiendo las consideraciones ya enunciadas.*

"SEGUNDO: *No se estudian las excepciones opuestas dada la decisión tomada en cuanto a la imposibilidad de ejecución de la promesa de permuta objeto de este juicio civil.*

"TERCERO: *Como consecuencia de la anterior declaración, se codena a la demandada Martha Ligia González Jiménez a pagar a favor de los demandantes Martha Elena de María Tejada Yepes y Oscar Emilio Restrepo Carmona, a título de restituciones mutuas las siguientes sumas de dinero:*

"La suma de \$253.927.560 pesos, la cual deberá ser indexada al momento del pago, desde el 25 de enero de 2010, más los intereses civiles a la tasa del 6% anual (art. 1731 C. Civil) desde la presente sentencia y hasta el momento efectivo del pago.

"La suma de \$50.000.000 pesos, la cual deberá indexarse para el momento del pago desde el 25 de enero de 2010; más los intereses civiles a la tasa del 6% anual (art. 1731 C. Civil) desde la presente sentencia y hasta el momento efectivo del pago.

"CUARTO: *Se condena en costas a la parte demandada y en favor de la demandante. Como agencias en derecho ante esta instancia se condena a la suma de 9.000.000 de pesos. (Acuerdo PSAA16-10554 art. 5|). Líquidense por secretaría".*

Empieza planteando como problema jurídico a resolver, el determinar si procede la resolución del contrato de permuta objeto del proceso, bajo la premisa del incumplimiento de la demandada; además, si hay lugar a restituciones mutuas y a la condena por cláusula penal, o las excepciones tienen el alcance de enervarlas.

Concluye que el contrato de promesa de permuta cumple con los requisitos legales; enumera los elementos axiológicos que se deben cumplir para la prosperidad de resolución pretendida; que la parte actora manifiesta en la demanda que ha cumplido sus obligaciones; al efecto, afirma que entregó a la demandada el inmueble que había prometido y parte del

pago acordado, esto es, \$1.000.000.000,00 que corresponden al valor del inmueble; \$253.927.560,00 en títulos de inversión endosados a favor de la accionada y, \$50.000.000,00 cancelados a la suscripción del contrato; los restantes \$596.072.440,00, se pagarían en un plazo máximo de 100 días calendario, contados desde la firma de la convención; los que no canceló por la imposibilidad de perfeccionar el contrato prometido, dada la inscripción de la medida de embargo por orden de la Fiscalía General de la Nación; el incumplimiento corresponde no solo en esa imposibilidad sino en desconocer la demandada que el bien tenía que ser entregado y transferido libre de cualquier gravamen conforme lo acordado; el extremo pasivo acepta la existencia del contrato y sus condiciones, salvo la entrega de los \$50.000.000,00; afirmó que el contrato prometido no se llevó a cabo por la existencia de una fuerza mayor, referente a la medida cautelar adoptada por autoridad judicial.

Seguidamente, indica que atendido la prueba recaudada se tiene el contrato que vincula a las partes en litigio y que lo pactado debe ser cumplido por los contratantes, porque no se antepone a la naturaleza del contrato prometido; al analizar las cargas de la parte actora afirma que se encuentran cumplidas, toda vez, que pacíficamente se aceptó por ambos extremos, que tanto el inmueble prometido en permuta como el precio pactado, se entregó materialmente; se acordó como precio a favor de la demandada \$1.900.000.000,00; de los que pagó \$1.000.000.000,00, con la entrega del inmueble de los actores; \$253.967.560,00 con los títulos de inversión endosados a la demandada y,

\$50.000.000,00 en efectivo, como se desprende de la promesa de permuta; entrega que si bien fue refutada por la accionada, entendida su entrega a un comisionista, lo cierto es que no existe prueba alguna que apoye esa tesis; amén, que la demandada al absolver el interrogatorio de parte indicó que había un título de \$49.000.000,00 aproximadamente, que se entregó a un comisionista y que en realidad se le habían entregado en efectivo \$20.000.000,00; lo que da al traste con lo afirmado en las defensas formuladas; amén, que no se aportó ningún medio de prueba que diera cuenta de esa situación.

Sigue indicando, que por pagar quedó un saldo de \$596.072.440,00 y así lo aceptó la activa, al indicar que no fueron entregados a la demandada ante la imposibilidad de celebrar la permuta porque un embargo deja el bien fuera del comercio y al momento en que iban a otorgar la escritura pública en el mes de febrero, sobre el bien ya pesaba un gravamen y, en este caso, con la intervención de autoridades jurisdiccionales; amén, que el pago del referido saldo se haría dentro de los 100 días calendario, contados a partir de la firma del contrato de promesa de permuta; esto es, del 25 de enero de 2010 y la medida cautelar se inscribió el 26 de los mismos, cuando la escritura debía celebrarse el 23 de febrero adiado, lo que imposibilitaba llevar a cabo el contrato prometido; resulta totalmente inane al proceso, que la parte demandante no asistiera a la notaría para el cumplimiento del contrato porque ya no se podía cumplir; siendo insensato señalar que los demandantes debieron cubrir la suma porque ya no había justificación para ello.

Del análisis de las obligaciones de la demandada sigue precisado, que quedó establecido que ésta entregó el bien materialmente a la fecha de celebración del contrato de promesa, quedando plenamente demostrado que incumplió la cláusula tercera; esto es, que el inmueble estaba libre de embargos; es cierto que al momento del contrato de promesa no tenía restricción alguna, pero no resultaba procedente la celebración del contrato prometido, es decir, la permuta, porque como se indicó, el bien fue embargado; por lo que refulge claro que la demandada incumplió con sus obligaciones, especialmente con la cláusula tercera del contrato de promesa; de donde colige el a quo, que están satisfechos los elementos axiológicos para la prosperidad de la pretensión deprecada; por lo que en principio habría de ordenar la resolución de la promesa del contrato de permuta celebrada entre las partes; pero, en contraposición con lo pedido, la demandada formuló las excepciones de fuerza mayor, compensación, causa pendiente, improcedencia de la cláusula penal e inexistencia de la mora. Por lo que se adentrará en el estudio de la imposibilidad de la accionada para cumplir con las obligaciones a su cargo, debiendo partir de los presupuestos establecidos para ello; de donde resulta pacífico, que la imposibilidad de la ejecución es un modo de extinguir las obligaciones, cuando la prestación de dar, hacer o no hacer se vuelve imposible sin que medie culpa del deudor; donde necesariamente, se tiene que tener en cuenta la teoría de los riesgos cuando el deudor, como en este caso, incurre en mora; en este sentido son presupuestos de la teoría de los riesgos, la existencia de un contrato bilateral

válido; la imposibilidad de ejecución prestacional y la concurrencia de una causa extraña; es decir, fuerza mayor o caso fortuito; de donde se tiene que la fuerza mayor o caso fortuito, es el imprevisto que no es posible resistir al tenor del art. 64 del C. Civil; lo que significa, que el hecho constitutivo de tal debe ser ajeno a todo presagio, es decir, imprevisible e imposible de evitar; de modo que el sujeto que lo soporta queda determinado por su suerte; no se trata entonces de cualquier hecho por sorpresivo o dificultoso que resulte, sino de uno que inexorablemente reúna los requisitos legales que deben ser evaluados en cada caso particular.

En este caso, la fuerza mayor se supeditó en el decreto de la medida de embargo por parte de la Fiscalía sobre el inmueble de la pasiva, obraba como una acción que le era sorpresiva y desconocida, lo que impidió dar cumplimiento a su obligación; la fuerza mayor se encuentra ya definida y, corresponde a fenómenos externos al sujeto cuyo comportamiento se analiza y que reúna las características de hechos súbitos, sorpresivos, insospechados, etc., y la irresistibilidad, los efectos del hecho que no puedan ser exitosamente enfrentados o detenidos por una persona común; tal como lo ha ordenado la jurisprudencia; de donde resulta, que esa medida cautelar resultó sorpresiva, imprevisible y claramente irresistible, no solo para la parte demandada sino también para el extremo activo, lo que llevó a una circunstancia sobreviniente; en mérito de lo cual, se hace imposible el cumplimiento de la prestación debida; específicamente el cumplimiento del contrato de permuta.

Ahora, al ser imposible el cumplimiento de la obligación de hacer se torna imposible para el demandado cumplir con su compromiso; de donde se configura la máxima de que las cosas perecen para el deudor o dueño y, por lo tanto, en estricto sentido procedería dar curso a las restituciones mutuas, las que en este caso ya operaron en cuanto a los inmuebles; sin que pueda hacerse exigible la cláusula penal, por tratarse de una circunstancia ajena a los contratantes, extraña y sobreviniente; a igual respuesta se llegaría por la vía de la resolución del contrato, si llegara a tener éxito; no obstante, que vía doctrinal algunos autores conceptúan lo contrario; como en este caso la inejecución no está en cabeza del demandado, ello conlleva al decaimiento de la pretensión indemnizatoria.

De otra parte, se ha insistido y ha sido un argumento recurrente del extremo pasivo, el solicitar frutos por los rendimientos que pudo haber dado el inmueble de su propiedad y que entregó a los demandantes; sin embargo, ese juramento estimatorio fue objetado por la contraparte y dentro de esa objeción la demandada solicitó la práctica de una experticia, que no se arrió al proceso; lo que significa que los frutos a que alude el juramento estimatorio de la accionada no fueron debidamente acreditados; amén, que ello también deja de lado elementos claros de justicia y equidad, ya que si bien es cierto la pasiva no fue quien originó en principio la reseñada situación; también se benefició del uso del otro apartamento; es más, en caso tal no estaría legitimada para obtener los frutos de un bien que no era de su propiedad como lo admite y que se encontraba embargado

y cuyos rendimientos son para el proceso y no sobre quien recayó la demanda.

Que volviendo al tema de la fuerza mayor para la resolución pretendida, que más que una excepción, el Juzgado encuentra que la vía es la inejecución de las prestaciones de la promesa de permuta, dada la imposibilidad por causa sobreviniente a la celebración de la promesa; lo que deja sin piso la pretensión resolutoria, siendo poco útil referir a las excepciones planteadas por la pasiva; que la disolución del negocio jurídico apareja como regla de principio por aplicación del art. 1544 del C. Civil, el regreso de los contratantes a la situación precontractual; lo que impone la restitución material y jurídica, si a ello hubiere lugar, de todo lo que las partes han recibido o percibido por motivo del acuerdo; para este caso, las restituciones mutuas se centran en la devolución de los dineros entregados por la parte actora a la demandada; en tanto los bienes inmuebles fueron devueltos a cada extremo materialmente y no se probó por la pasiva la existencia de frutos civiles.

Así las cosas, como quedó demostrado, la demandada habrá de restituir a los demandantes \$253.927.560,00, que se reconocen por equivalencia a falta de prueba de que los títulos de inversión aun radican en cabeza de la accionada; suma que deberá ser indexada al momento del pago, desde el 25 de enero de 2010, más los intereses civiles a la tasa del 6% anual (art. 1731 C. Civil) desde la presente sentencia y hasta el momento efectivo del pago; no se reconocen los intereses comerciales solicitados porque no se observa que

los contratantes ostenten la calidad de comerciantes; igualmente, se ordena a la accionada pagar a los pretensores la suma de \$50.000.000,00, debidamente indexada para el momento del pago (25 de enero de 2010), más los intereses civiles a la tasa del 6% anual (art. 1731 C. Civil), desde la presente sentencia y hasta el momento efectivo del pago; no hay lugar al reconocimiento de la cláusula penal, conforme lo indicado en precedencia.

Apelación: Lo interpuso la parte demandada indicando como reparos: El Juzgado al desestimar la resolución del contrato, opta por orientarse hacia una figura en cuanto no fue posible el cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato de promesa; en razón de la presencia de fuerza mayor; por lo que se incurre en una figura conocida como extra-petita y ultra-petita.

Dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia de instrucción y juzgamiento, indicó: Una de las pretensiones de la demanda consiste en la declaratoria de la resolución del contrato de promesa de permuta, con apoyo en los hechos uno a doce; evento que aparece previsto en el art. 1546 del C. Civil, en caso de incumplimiento de alguno de los contratantes; además, como consta en los hechos de la demanda y en el certificado de libertad, a la demandada no le fue posible cumplir con lo prometido en el contrato, porque acaeció una fuerza mayor tal como lo prescribe el art. 64 de la reseñada obra; por lo que no operaría entonces la resolución del contrato, como lo dispuso el a quo; pero no resulta comprensible, que el Juzgado frente a la imposibilidad

del cumplimiento por la accionada, ordene la devolución de los conceptos económicos que recibió de la parte demandante; por estas razones, considera que el Juzgado desbordó los límites del art. 281 del C.G.P., puesto que la decisión resulta extra-petita y ultra-petita, teniendo como base lo pretendido en la demanda; amén, de desconocer los arts. 1607 y 1876 del C. Civil, porque la medida de embargo decretada por la Fiscalía General de la Nación, se tendría que tomar como la pérdida de la cosa debida, lo que conlleva a la imposibilidad en el cumplimiento de la tradición del bien por parte de la demandada, toda vez, que el inmueble quedó por fuera del comercio; presentándose una ilicitud de objeto de cara al art. 1521 Ib.

Al descorrer el traslado concedido en segunda instancia para sustentar el recurso de apelación, en síntesis volvió sobre las razones que vienen de extractarse; agregando que los argumentos esbozados pueden dar cabida a la excepción denominada "*la genérica*", al tenor del art. 282 del C.G.P.; además solicita, que al desatar la alzada se brinde la posibilidad de invocar en su debido momento ante el a quo, el evento liquidatorio del que trata el artículo 283-3 Ib., aplicable a los frutos civiles que debió recibir la aquí demandante y que en su momento no fueron objeto de experticia porque la demandada no contaba con los medios económicos ni temporales para ello; siendo pertinente que el Tribunal al desatar la alzada se pronuncie sobre dicho rubro.

Por su parte, el extremo activo dentro del término del traslado, adujo que resulta claro que la demandada adeuda

al extremo activo \$253.927.560,00, que le fueron pagados en razón de la negociación referida en la demanda, igual que \$50.000.000,00 y \$380.000.000,00 pactados en la cláusula penal; los actores siempre cumplieron o se allanaron a cumplir sus obligaciones, entregaron los dineros y el inmueble prometido y no fue posible continuar con la negociación por el gravamen impuesto por la SAE al inmueble prometido, propiedad de la demandada; frente al argumento de que los demandantes deben los frutos que pudo producir el bien de la demandada mientras estuvo en poder de éstos, no es de recibo porque no se acreditó cuantía alguna y dicho bien no produjo frutos; amén, que la pasiva no está habilitada para pretender su cobro en virtud del gravamen a favor de la SAE.

III. CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos: El recurso de apelación de cara a la sentencia de primer grado, plantea el siguiente problema jurídico que la Sala debe resolver: ¿la decisión de primer grado es extra-petita y ultra-petita?

El contrato de promesa de compraventa: Lo regula el art. 89 de la Ley 153 de 1887, que derogó el art. 1611 del C. Civil, en los siguientes términos:

"La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes:

"1ª) Que la promesa conste por escrito;

"2ª) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquéllos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del Código Civil.

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

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

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

En el presente caso, no hay lugar a duda de que estamos en presencia de una promesa de permuta, toda vez que la demandada prometió a los demandantes un bien inmueble, consistente en un lote de terreno identificado con el No. 8, ubicado en la fracción El Poblado en la URBANIZACIÓN QUINTAS DE SAN LUIS PROPIEDAD HORIZONTAL, con la casa sobre él construida, identificada en la nomenclatura urbana con el apéndice No. 108 de la calle 6 No. 16-17, lote de terreno con un área de 850 Mts², y distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 001-794653 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín, Zona Sur, al que se asignó un precio de \$1.900.000.000,00; a cambio los demandantes se comprometieron el siguiente bien raíz, consistente en la casa 11, de la UNIDAD RESIDENCIAL SANTA CATALINA DEL TESORO, ubicada en la calle 4BSur No.

13-260, con un área construida aproximada de 169.25 Mts², y distinguida con la matrícula inmobiliaria No. 001-757726 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín, Zona Sur, por un precio de \$1.000.000.000,00 y el saldo restante, \$900.000.000,00 se acordó pagar en la forma indicada por los contratantes.

En el mundo de los negocios es de común ocurrencia que las partes antes de la celebración del contrato de compraventa sobre bienes inmuebles requieran la realización de actos preparatorios, bien, porque están en la imposibilidad de celebrar ese contrato o simplemente acuerdan la celebración de un acto preparatorio, para luego, perfeccionar el contrato previamente acordado. Para estos eventos, la legislación civil regula el contrato de promesa de compraventa, revistiéndolo de formalidades, cuyo desconocimiento lo torna ineficaz; pues su finalidad, es precisamente, asegurar la realización del contrato prometido, para cuyo efecto la convención futura debe quedar de antemano completamente definida, de tal manera que para su perfeccionamiento solo quede faltando el cumplimiento de la solemnidad y, de esa forma, como los derechos y obligaciones quedaron determinados, los contratantes perfectamente saben a qué se comprometieron, cuando y donde deben cumplir las prestaciones a su cargo.

La resolución: El artículo 1546 del Código Civil regula la resolución de los contratos, señalando que *"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado."*

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

Para que proceda la resolución de un contrato, se tiene que cumplir con todos los requisitos de existencia y de validez, de tal manera que, si no se supera este examen no hay lugar a considerar la pretensión resolutoria. Luego, se examina si el demandante es un contratante cumplido, esto es, que cumplió con las obligaciones que le competían o que se allanó a cumplirlas y, superado este tópico, se pasa a constatar el incumplimiento del demandado.

Lo anterior, pone de manifiesto que previamente es imprescindible abordar el examen del contrato de promesa de compraventa celebrado por las partes, para determinar si cumple con todas las formalidades legales de que lo ha revestido el legislador, en caso de que este examen se supere, se abordará el estudio de los reparos contra la decisión de primer grado.

La nulidad del contrato de promesa: El bien inmueble prometido en permuta por la demandada a los demandantes, en la cláusula primera del contrato de promesa de permuta se describe así:

"PRIMERO: Que ***EL PROMITENTE PERMUTANTE N° 1*** promete transferir a título de permuta a ***LOS PROMITENTES PERMUTANTES N° 2,*** el derecho de dominio y posesión que tiene y ejerce sobre el siguiente bien inmueble:

"Ubicado en el Municipio de Medellín compuesta por el lote de terreno identificado con el número (8) ubicado en la fracción el Poblado en la URBANIZACIÓN QUINTAS DE SAN LUIS PROPIEDAD HORIZONTAL, con la casa sobre el construida identificada en la nomenclatura urbana con el apéndice número 108 de la calle 6 número 16-17, el lote de terreno tiene un área de OCHOCIENTOS CINCUENTA METROS CUADRADOS (850 MTS) está comprendido dentro del polígono formado por las limas que unen los puntos 23, 26, 50, 51, 60, 53 y 23 punto de partida del plano PH 1-12 y sus linderos son los siguientes: NORTE, entre los puntos 26 y 50, en línea recta en una longitud aproximada de 27.37 metros, linda con la unidad de vivienda número 109, por el ORIENTE, entre los puntos 50 y 61, pasando por los puntos 50, 51 y 60 en línea quebrada, en una longitud aproximada de 22.71 metros, linda con zona destinada al uso y servicio común, por el SURORIENTE, entre los puntos 61 al 53 en línea recta, en una longitud aproximada de 7.67 metros, linda con unidad de vivienda 107, por el SUR, entre los puntos 53 y 26 en línea recta, en una longitud aproximada de 24.15 metros, linda con unidad de vivienda 107, por el OCCIDENTE; entre los puntos 23 y 56 en línea recta, en un longitud de 33.71 metros, linda con el lote número 3 que será cedido al municipio, como zona pública. La casa sobre el edificada está construida en sótano, DOS (2) pisos y mansardas, tiene una altura libre de 2.40 metros, en el sótano y en el primer piso y una altura variable en segundo piso y en la mansarda. La casa tiene un área total construida de setecientos veintinueve punto sesenta y un metros cuadrados (729.61 mts²).

Discriminados así: Área construida en sótano de 129.65 metros cuadrados, área construida en el primer piso trescientos treinta y tres. Veintitrés metros cuadrados (333.23 mts) área construida en piso de 237.61 mts² y área construida en mansarda de 29.11 mts², la casa tiene un área de primer piso 516.77 mts² y en segundo piso 71,00 mts².

MATRICULA INMOBILIARIA NÚMERO 001-794653 DE LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE MEDELLÍN ZONA SUR.

"NO OBSTANTE LA MENCIÓN DE SUS LINDEROS Y CABIDAS EL(LOS) INMUEBLE(S) SE PERMUTA(N) COMO CUERPO CIERTO.

"PARÁGRAFO PRIMERO: REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. La URBANIZACIÓN QUINTAS DE SAN LUIS *Propiedad Horizontal, fue sometida al régimen de propiedad horizontal según escritura pública número 6049 de fecha 26 de Enero de 2000 de la Notaría 12 de Medellín, reformado mediante escritura pública número 1716 del 21 de Julio de 2004 de la Notaría 17 de Medellín escrituras debidamente registradas..."*

Por su parte, los demandantes se comprometieron a transferir a la pasiva a título de permuta el siguiente bien:

"SEGUNDO: *que a su vez LOS PROMITENTES PERMUTANTES N° 2 entregarán al PROMITENTE PERMUTANTE N° 1, a título de PERMUTA el derecho de dominio y posesión material que tiene y ejerce sobre los siguientes bienes:*

"a) CASA UNIDAD RESIDENCIAL SANTA CATALINA DEL TESORO CALLE 4B SUR No. 13-260 CASA 11 construido en dos niveles con un área variable. Con un área construida total aproximada de 169.25 metros cuadrados, discriminada así: En el PRIMER NIVEL, 100 metros cuadrados y en el SEGUNDO NIVEL 69.25 metros cuadrados. Con un área útil total aproximada de 154.75 metros cuadrados su área y linderos están determinados así: PRIMER NIVEL; por el perímetro comprendido entre los puntos 64 al 100 y 64 punto de partida plano PT1-T2. SEGUNDO NIVEL; por el Perímetro comprendido entre los puntos 54 al 78 y 54 punto de partida del plano P-T2 **MATRICULA INMOBILIARIA NÚMERO 001-757726.**

"PARÁGRAFO PRIMERO: REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. La URBANIZACIÓN SANTA CATALINA DEL TESORO, fue sometida al régimen de propiedad horizontal según escritura pública número 2288 de fecha 30 de Septiembre de 1998 de la Notaría 08 de Medellín, reformado mediante escritura pública número 2309 del 03 de Septiembre de 2003 de la Notaría 17 de Medellín escrituras debidamente registradas..."

En el presente caso, se omitió los linderos y demás características de las unidades residenciales, de las cuales hacen parte los inmuebles objeto de permuta; esto es, de la Urbanización Quintas de San Luis Propiedad Horizontal y la Urbanización Santa Catalina del Tesoro, tal como viene de indicarse; toda vez, que los bienes objeto del contrato de

promesa de permuta, están comprendidos dentro de las reseñadas unidades inmobiliarias, por lo que no se cumple con la determinación del objeto que exige el artículo 1611 del Código Civil.

Es cierto que no se requiere que el contrato de promesa de compraventa recabe sobre la identificación del bien inmueble prometido en venta, incluso, se permite que sea determinable, esto es, que se indiquen los datos necesarios para su individualización. Esta conclusión no implica que en el documento se omitan los datos indispensables que permitan individualizar el bien raíz prometido y, diferenciarlo de otros de igual naturaleza o especie, como es la indicación de los linderos, la ubicación y la nomenclatura, entre otras características necesarias para su cabal individualización; pues no se debe olvidar que el contrato prometido se debe determinar a cabalidad, de tal manera, que para su perfeccionamiento solo falte la solemnidad de la escritura pública. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en los siguientes términos: *"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, 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 lo distinguen de cualquier otro, y cuando se refiere a una cuota o porción de otro de mayor extensión, debe también individualizarse éste en la misma forma, es decir, por sus alineaciones especiales** (subrayas y negrillas extra-texto).*

"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, según las cuales los inmuebles que sean objeto de enajenación "se identificarán ... por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde están ubicados y por sus linderos" (artículo 31). Y es que tratándose de inmuebles no es admisible otra manera o forma de determinarlos legalmente.

"Ello no obstante, para que el objeto del contrato exista y pueda ser conocido por las partes no se requiere que en la promesa esté determinado, sino que es suficiente que pueda serlo posteriormente; en tal supuesto se habla de cosa determinable, determinabilidad expresamente autorizada por el artículo 1518 ejusdem, norma que en su segundo inciso hace permisible tener la cantidad como incierta, "con tal que el acto o contrato fije o contenga datos que sirvan para determinarla".

"Si pues, la compraventa y por lo mismo la permutación existen cuando las cosas que se enajenan son determinables (artículo 1518), la Corte ciertamente no encuentra razón valedera para sostener que la promesa de venta o de permuta sea ineficaz cuando las cosas prometidas, sin embargo de no aparecer determinadas en aquélla, sí son determinables con las bases que para conocerlas con certeza se establecen en el contrato. De que el ordinal 4º del artículo 89 precitado establezca que la promesa de contrato, para su validez, tiene que determinar el contrato prometido, no

puede seguirse necesariamente que se excluya la posibilidad de estipular la enajenación de bienes determinables: la determinación del contrato futuro, cuando de compraventa se trata, no sólo no es incompatible sino que se aviene con la determinabilidad de la cosa que es objeto de la venta prometida.

"La determinabilidad del objeto en el contrato de promesa es, por otra parte, criterio admitido por la doctrina universal"¹.

Como en este caso, se prometió en permuta dos inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal y, como lo resalta la Corte en la cita que viene de transcribirse, a más de la individualización de las unidades privadas, se tenía que indicar los linderos y demás características de las urbanizaciones de los que hacen parte y, a decir verdad, esta exigencia no es de poca monta, pues no se puede dejar de lado que por tratarse de bienes sometidos al régimen de propiedad horizontal, el propietario también tiene derechos sobre las zonas comunes existentes y otros servicios, como senderos peatonales, parqueaderos de visitantes, piscinas, salones comunales, entre otros, y que también quedan comprendidos en la compraventa.

Lo anterior pone de presente, que como el contrato de promesa de permuta no se determinó, como tampoco se sentaron las bases para su determinación, de tal manera que para su perfeccionamiento solo quede faltando la solemnidad

¹ Sentencia del 25 de septiembre de 1979, citada por Darío Preciado Agudelo, El Contrato de Promesa, pág. 75.

de la escritura pública, no cumple con las formalidades prescritas legalmente y, por lo tanto, adolece de nulidad absoluta, como se pasa a explicar.

Al efecto, establece el artículo 1742 del C. Civil, que *La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato*".

En el presente caso es palmario que las irregularidades del contrato de promesa de permuta son manifiestas, aparecen de bulto, pues basta la mera lectura del documento que recogió la voluntad de las partes, para concluir que los inmuebles no fueron determinados a cabalidad, como viene de indicarse.

Lo anterior permite concluir que el Juez de primera instancia, previamente se tenía que pronunciar sobre la validez del contrato y si éste no cumple con los requisitos legalmente establecidos, tenía que decretar la nulidad; como en efecto, tenía que proceder en este caso oficiosamente, porque la promesa de compraventa no cumple los requisitos legalmente establecidos, como viene de indicarse.

En este sentido, se revocará el numeral primero de la parte resolutive de la decisión de primer grado y, en su lugar, se procederá de oficio a decretar la nulidad del contrato de promesa de permuta y, por sustracción de materia, es innecesario abordar la inconformidad planteada a través del recurso de apelación.

Al declarar la nulidad, las cosas vuelven al estado precontractual y para este cometido, el juez debe emitir pronunciamiento expreso sobre las restituciones que se impone a cada una de las partes contratantes.

Las restituciones: En torno a las restituciones a cargo de las partes, advierte la Sala que corresponden a las mismas que fueron ordenadas en la sentencia de primer grado y, como lo decidido en tal sentido no fue objeto de reparo alguno en su oportunidad, al Tribunal le está vedado realizar cualquier análisis o pronunciamiento frente a dichos tópicos, quedando en tal sentido incólumes los numerales segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia.

En cuanto a la solicitud formulada por el recurrente en segunda instancia, al descorrer el traslado para que se pronunciara sobre el recurso de apelación, para que se reconozcan los frutos civiles a su favor y a cargo de los pretensores, generados por el inmueble que les prometió; se advierte, que este reproche es extemporáneo porque no lo esgrimió como reparo o inconformidad contra la decisión de primer grado al momento de interponer el recurso de apelación o dentro de los tres días siguientes a la audiencia donde se profirió la decisión cuestionada; se itera, solo se invocó durante el trámite de segunda instancia, lo que le impide al Tribunal pronunciarse en tal sentido, al tenor de lo previsto en los arts. 320 y 322, Nral. 3º, inciso 2º, del C. General del Proceso.

Conclusión: Se impone la revocatoria del numeral primero de la sentencia de primer grado y, en su lugar, se declarará la nulidad absoluta del contrato de promesa de permuta suscrito el 25 de enero de 2010, por los señores MARTHA ELENA DE MARÍA TEJADA YEPES y OSCAR EMILIO RESTREPO CARMONA, como EL PROMITENTE PERMUTANTE NÚMERO 2, y la demandada MARTHA LIGIA GONZÁLEZ JIMÉNEZ, como EL PROMITENTE PERMUTANTE NÚMERO 1 y, se confirmarán los numerales segundo, tercero y cuarto de la parte resolutive de la decisión de primera instancia.

No hay lugar a imponer el pago de costas por el trámite de la segunda instancia, dado que la revocatoria parcial de la sentencia para decretar la nulidad del contrato de permuta, se decretará de oficio, como se ha venido precisando.

IV. RESOLUCIÓN:

A mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

1. De oficio se revoca el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primer grado y, en su lugar, se dispone: Se declara la nulidad absoluta del contrato de promesa de permuta ,suscrito el 25 de enero de 2010, por

los señores MARTHA ELENA DE MARÍA TEJADA YEPES y OSCAR EMILIO RESTREPO CARMONA, como EL PROMITENTE PERMUTANTE NÚMERO 2 y la demandada MARTHA LIGIA GONZÁLEZ JIMÉNEZ, como EL PROMITENTE PERMUTANTE NÚMERO 1.

2. Se confirman los numerales segundo, tercero y cuarto de la parte resolutive de la decisión de primera instancia.
3. Sin costas en segunda instancia.
4. Devuélvase el expediente a su lugar de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados



LUIS ENRIQUE GIL MARÍN



MARTHA CECILIA LEMA VILLADA



RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ