

R.I. 12048

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL**

Bogotá. D.C., treinta (30) de julio de dos mil diez (2010).

**REF: ORDINARIO DE RODRIGO FAJARDO Vs. COOPERATIVA DE TRABAJO
ASOCIADO.**

RAD. 43200400493 03

MAGISTRADA PONENTE: **NANCY ESTHER ANGULO QUIROZ.**

Discutido y aprobado en Sala de junio 2 y 30 de 2010 aprobado en esta última.
Acta N° 030.

I. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 27 de noviembre de 2007, proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

1) PETITUM:

RODRIGO FAJARDO, mediante apoderado judicial, presentó demanda contra la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO “COOPAVANTE CTA”, para que

previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hagan los siguientes pronunciamientos:

✓ Se “declare resuelto el contrato de Compraventa contenido tanto en la promesa de compraventa fecha 08 de noviembre de 2002, incluidas sus tres adiciones u “otro sí”, como en la escritura pública N° 211 del 9 de Mayo de 2003 otorgada en la Notaría Única del Círculo de Puerto López (Meta)”, celebrado entre las partes, “por no haberse cancelado el precio de la venta del inmueble, al vencimiento de los plazos estipulados en la Promesa de Compraventa y en la escritura pública antes citada”.

✓ Se transcriba la parte resolutive de la sentencia al señor Notario Único del Círculo de Puerto López (Meta), para que proceda a la cancelación de la escritura mencionada, así como al Registrador de Instrumentos Públicos de ese círculo, a fin de que cancele el registro del mencionado instrumento público.

✓ Se ordene al demandado hacer restitución del inmueble a favor del demandante, una vez ejecutoriada la sentencia.

✓ Se condene a la demandada al pago de la cláusula penal pactada en el contrato, en cuantía del 40% sobre el precio de la venta, o sea la suma de \$52.000.000, junto con la corrección monetaria, intereses legales, “amén de los perjuicios que se le causen a mi poderdante por el retardo en la restitución de inmueble de acuerdo a la justa tasación que efectúen los Peritos designados a su Despacho”.

✓ Se condene a la pasiva a pagar a favor del demandante, el valor de los frutos civiles y naturales producidos por el inmueble, a partir del 08 de noviembre de 2002, fecha de celebración de la promesa, hasta el día en que se lleve a cabo su entrega.

✓ Se condene a la demandada, en caso que el comprador quiera hacer subsistir el contrato de venta, pagando el precio dentro del término de 24 horas siguientes a la notificación de la demanda, al pago de los intereses corrientes sobre dicha suma, durante el retardo.

✓ Se advierta a la demandada, al momento de efectuarse la notificación del auto admisorio, que si en el plazo de 24 horas siguientes, no cubre le valor del precio debido, junto con sus intereses moratorios, quedará resuelto el contrato de compraventa.

2) CAUSA:

Como fundamentos fácticos de las pretensiones, la parte actora expuso, en síntesis, los siguientes hechos relevantes.

☞ A través de contrato privado de promesa de compraventa, celebrado el 08 de noviembre de 2002 y la Escritura Pública N° 211 del 09 de mayo de 2003, otorgada en la Notaría Única de Puerto López (Meta), el demandante prometió en venta a la demandada, el lote de terreno urbano denominado "EL REMANSO", ubicado en la carrera 10 del Barrio El Prado del Municipio de Puerto López (Meta), descrito por sus medidas y linderos en el hecho primero de la demanda.

☞ El 9 de mayo de 2003 se corrió la escritura de compraventa ante la Notaría Única de Puerto López con N° 211, la cual fue registrada el 29 de mayo de 2003 ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, plasmándose allí como cuantía de la venta, la suma de \$20.000.000,00, indicándose que fueron debidamente recibidos por el vendedor, afirmación que no es cierta, como quiera que dicho monto se hallaba amparado por los cheques N° 5711943, 5711944 y 5711945 de la Cuenta Corriente N° 0261860015 del Banco Citibank, a los que la enjuiciada dio orden de no pago.

☞ El precio pactado en la promesa de compraventa fue de \$130.000.000,00, que debía ser pagado de la siguiente forma:

- a) \$10.000.000,00 a la firma de la promesa;
- b) \$40.000.000,00 para el 08 de febrero de 2003,
- c) \$40.000.000,00 para el 08 de mayo de 2007 y;
- d) \$40.000.000,00 para el 08 de agosto de 2003 fecha en que se debía suscribir la escritura.

➤ De su parte, el promitente vendedor se obligó a la entrega del lote, a la fecha de suscripción de la promesa, acto que se cumplió el 08 de noviembre de 2002, entregando el bien debidamente saneado.

➤ Los días 02 de diciembre de 2002, 02 de enero y 09 de mayo de 2003, se modificó el contrato de promesa, a través de “otro sí”, que se aportan al libelo, en los cuales sustancialmente se hacen algunas precisiones en relación a las diligencias de escrituración parcial a favor de terceros y sobre todo la forma y tiempo en que cancelaría el precio.

➤ En el contrato de promesa, se pactó cláusula penal en cuantía de \$52.000.000 equivalentes al 40% del valor de la venta.

➤ A la fecha, la parte demandada no ha dado cumplimiento a las obligaciones adquiridas en el contrato cuya resolución se deprecia.

3) ACTUACIÓN PROCESAL.

El 04 de octubre de 2004 (fl. 39 Cd. 1), se admitió la demanda, ordenando su notificación a la pasiva, acto que se surtió bajo los ritos del artículo 320, quien conforme lo anotado en el auto de noviembre 21 del 2005 no contestó la demanda ni propuso medio exceptivo alguno.

La COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO COOPAVANTE por medio de apoderado judicial se apersonó del proceso el 9 de junio de 2006 impetrando defensas incluida demanda de reconvenición que por lo extemporánea fue rechazada.

Rituada la instancia en debida forma, se profirió sentencia el 27 de noviembre de 2007 (fl. 383 Cd. 1), en la cual el A-quo, se inhibió de pronunciarse de fondo sobre el litigio planteado, ordenó el levantamiento de las medidas cautelares decretadas y se abstuvo de condenar en costas.

Inconforme con la decisión de instancia, la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual se concedió en el efecto de ley (fl. 397 Cd. 1), motivo por el cual se encuentra la actuación ante esta Corporación.

III. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

El Fallador de instancia, echó de menos el presupuesto procesal de demanda en forma indicando sustancialmente que se omitió por el actor “que las pretensiones sean expuestas de manera clara y precisa”, por lo que, consideró que tal defecto, impide un pronunciamiento de fondo.

IV. ALEGACIONES DE LAS PARTES

La parte actora señaló, que en libelo introductorio formuló pretensiones principales y subsidiarias, las primeras de las cuales se hallan fundadas en la resolución del contrato de compraventa de inmueble, por lo que el A-quo desconoció que la relativa a la restitución del bien, contenida en el numeral 3º de la demanda, es de carácter subsidiario.

Agregó que, respecto de la petición relativa al cobro de frutos civiles y naturales, no existió un estudio detenido o profundo en el fallo, a la luz de las diversas pruebas recaudadas, especialmente del interrogatorio de parte absuelto por parte de la pasiva, en el que se acreditó que existió mora en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, como consecuencia de fuerza mayor o caso fortuito; por lo anterior, indicó que “no hay lugar a tenerse en cuenta esta pretensión y mucho menos los perjuicios allí alegados bajo el nombre de indemnización, por ende, en la sentencia debía de excluirse esta pretensión por disposición legal”, agregando que “la única pretensión válida como perjuicio, es la 4ª, dado que de conformidad a la norma antes citada y al Art. 1600 ibídem, se exige como perjuicio en forma expresa el pago del valor de la cláusula penal indicada en el mismo texto del contrato como pena”.

Expuso que la solicitud contenida en el numeral 7º no constituye una pretensión, sino una medida previa. Con base en lo anterior, señaló que el A-quo

debió interpretar el contenido de la demanda, para evitar un fallo inhibitorio como el que ahora impugna.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero, advertir la competencia que le asiste al Juez de primer grado para conocer del proceso y al Tribunal para resolver la alzada; la capacidad para ser parte y procesal de las personas enfrentadas en la *litis*, dada su condición de personas jurídicas y naturales en ejercicio de sus derechos y en relación con el presupuesto de demanda en forma, que se estimó ausente por el Juzgador de instancia para decidir de mérito, es del caso que se hagan algunas reflexiones.

Es verdad averiguada que para proferir decisión de mérito en cualquier proceso judicial resulta necesario que confluyan, los denominados presupuestos procesales, a saber: competencia, demanda en forma, capacidad procesal y capacidad para ser parte, que como se acaba de precisar tres de las mencionadas no tienen cuestionamiento alguno, no así el último, referido a la demanda en forma, el cual hace alusión a que el libelo introductorio cumpla con los requisitos mínimos de ley, ello por cuanto a partir de él se define la vía procesal por la cual se debe ventilar el juicio, las partes que deben intervenir, pero sobre todo la *litis* objeto de dicho proceso.

La ausencia de los mencionados presupuestos, genera consecuencias variadas, según la incidencia que tienen en el proceso; es así como la falta de jurisdicción o competencia, o la falta de capacidad procesal, generan nulidad de la actuación, mientras que la ausencia de demanda en forma y la capacidad para ser parte, ocasionan que se dicte sentencia inhibitoria.

No obstante, no puede perderse de vista que el fallo inhibitorio, debe erigirse como el último recurso al que debe acudir el juzgador, en su función de administrar justicia, que implica, en todos los casos, acudir prontamente a la resolución del litigio puesto en su conocimiento, debiendo para ello apelar, si fuere necesario, a la interpretación del escrito inicial, a efectos de descifrar el objeto del litigio, sin que ello implique la sustitución de la voluntad del extremo demandante,

por lo que sólo en el evento en que ello no resulte posible, podrá acudir a la adopción de una decisión de esta naturaleza.

Sobre el punto, expresó la Máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria:

"1. Como quedó visto, el Tribunal se abstuvo de emitir decisión de mérito y profirió una inhibitoria, por cuanto estimó que no estaban cumplidos cabalmente los presupuestos procesales que debían antecederla, en particular, porque halló que la demanda no era idónea, pues no colmaba los requisitos establecidos por el artículo 76 del Código de Procedimiento Civil.

Ciertamente, para llegar a esta conclusión el ad quem expuso un argumento fáctico y probatorio consistente en que, en su opinión, la demanda y su reforma, la inspección judicial al predio y la experticia mostraban que la acción se había ejercido "... contra distintos demandados que son poseedores independientes entre sí (sin que entre ellos exista comunidad u otro nexa jurídico) de pequeñas porciones singulares del lote ... porciones estas que no fueron determinadas por linderos especiales ...", aserto del que extrajo una conclusión de orden jurídico consistente en que al estar "... comprendidas ... cada una de las porciones o pequeños lotes dentro del inmueble que determina la demanda, era preciso - en cumplimiento de lo dispuesto por el inciso primero del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil - que la parte actora hubiera enunciado tanto los linderos generales del de mayor extensión como los que individualizaran aquellas porciones, no bastando con especificar los del primero ...", omisión que daba lugar a una sentencia inhibitoria.

2. **Es innegable que, por regla, el ordenamiento jurídico se opone al pronunciamiento de sentencias inhibitorias, toda vez que ellas, a pesar de ser formalmente providencias, no resuelven realmente el fondo del conflicto sometido a composición judicial, como tampoco le ponen fin, sino que, contrariamente, mantienen a las partes en un indeseable estado de incertidumbre o indefinición, a más de que representan un injustificado e innecesario desgaste para ellas, al igual que para el aparato del Estado.**

Es por ello que el artículo 37, numeral 4º, del Código de Procedimiento Civil, consonante con principios de orden superior previstos en la Carta Fundamental, ha impuesto claramente a los jueces el deber de evitar los fallos inhibitorios; precisamente, tanto el juzgador como las partes no pueden perder de vista, ni desperdiciar, las diversas oportunidades que a lo largo del litigio les son concedidas para advertir las eventuales inconsistencias que pudieran presentarse alrededor de los presupuestos del proceso y, en particular, cuando se trata de la idoneidad formal de la demanda, la posibilidad que tiene el funcionario de ordenar oficiosamente las correcciones que sean pertinentes, o la que tienen los interesados para proponer - in limine litis - excepciones previas y, en todo caso, la verificación que ha de hacerse en el momento previo a la resolución de la controversia.

Empero, no por lo dicho puede desconocerse que de manera excepcional, como lo ha sostenido esta Corporación, "... **existen situaciones que, sin importar cuán indeseadas sean, acaban imponiéndose por fuerza de los hechos; así, ocurre que ciertas definitivas e irremediables deficiencias procesales terminan por burlar todos los filtros, imposibilitando una decisión de fondo y dando lugar, infortunada pero inevitablemente, al fallo inhibitorio. Porque no debe echarse al olvido**

que una tal determinación no obedece al capricho del juzgador y tampoco constituye una cierta 'manera de fallar' - o de no fallar, acotarían algunos -, pues lo que realmente sucede es que el juez, sencillamente, está incapacitado para resolver porque, puesto ante la solución del conflicto, no cuenta con el material mínimo que le permita adoptar una decisión en uno u otro sentido, sin que por otra parte tenga ya medios de suplir esa carencia..."

*"Y, naturalmente, no hay qué decir cuán escandaloso sería el que en su afán por desatar de fondo el litigio, el juez inventase los presupuestos, sacase de la nada los elementos indispensables que para proveer se requieran; de donde, fuerza es concluir que, como se viene diciendo, hay eventos en que, así sea a regañadientes, la sentencia inhibitoria deviene inevitable. ..." (sentencia de 5 de febrero de 2001, exp. 5663, no publicada aún oficialmente)."*¹ (Negrillas fuera de texto).

Frente a las deficiencias que pudiera presentar la demanda, como presupuesto capaz de generar un fallo inhibitorio, la misma Corporación puntualizó:

"Sin embargo, es claro que cuando el juez, al momento de dictar sentencia, observe que la demanda presenta defectos de orden formal, debe hacer acopio de toda la capacidad interpretativa que le reconoce la ley para elucidar las pretensiones o los hechos que las sustentan, de modo que de ese laborío pueda brotar la verdadera intención del libelista. No se trata, por supuesto, de rediseñar la demanda o de sustituir al demandante en el planteamiento de los extremos del litigio, sino de descubrir "el caso" plasmado en ella, con abstracción –en la medida de lo posible- de los problemas de claridad y precisión que se adviertan en las súplicas, o de la precariedad en la exposición de los hechos, o en la referencia genérica a ciertos tópicos del conflicto, e incluso, de las dificultades de orden lingüístico o semántico que, en no pocos casos, eclipsan el entendimiento de la demanda.

*Y ello debe ser así porque la sentencia inhibitoria, por regla, es un pronunciamiento que desdibuja el ejercicio de la función judicial, en cuyas actuaciones, por cierto, debe prevalecer el derecho sustancial (art. 228 C. Pol. y 4 C.P.C.). Aunque formalmente es un fallo, la inhibición, en lo material, es la negación del esperado pronunciamiento que debe ponerle fin al conflicto jurídico. Por eso la sentencia inhibitoria, antes que un acto de paz, rectamente entendido –pues no otra cosa es la sentencia judicial-, es un acto que deja latente la controversia, porque nada resuelve; ninguna certidumbre otorga a los derechos disputados y, menos aún, genera confianza de los asociados en las instituciones judiciales, quienes acuden a ellas en procura de una resolución de fondo y no de una frustrante inhibición, con todo lo que ese pronunciamiento envuelve."*²

¹ Sent. C.S.J. Sala Casación Civil del 17 de enero de 2006 M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

² Sent. C.S.J. Sala Casación Civil del 11 de noviembre de 2004. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Es así como en el caso de autos, sin necesidad de acudir a un exagerado trabajo de interpretación, se logra colegir que, pese que el libelo introductorio no pueda ser erigido como ejemplo de tecnicismo procesal, dada las múltiples imprecisiones de las que adolece, -acto que por demás debió ser sujeto del respectivo saneamiento al momento de su calificación o ya, en las etapas subsiguientes, en desarrollo de la labor que como director del proceso tiene el juzgador-; es lo cierto, que lo realmente pretendido por el extremo demandante, es la declaratoria de resolución de los contratos de “promesa” y “compraventa”, contenidos en los documentos privados aportados y en la Escritura Pública N° 211 del 9 de mayo de 2003 de la Notaría Única del Círculo de Puerto López (Meta), (pretensión primera), de la que, ante una eventual prosperidad, emergen la cancelación del mencionado instrumento público (pretensión segunda), su inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria que identifica al predio (pretensión segunda)-, y restitución del bien objeto de los mismos (pretensión tercera), junto con la respectiva condena en perjuicios (pretensiones cuarta y quinta).

Se colige, igualmente del escrito inicial, que la parte actora elevó, a favor de la demandada compradora, la facultad de, previo el pago del saldo no cancelado, hacer subsistir el negocio censurado que, en la mentada labor interpretativa, no puede colegirse sino como pretensiones subsidiarias a la principal de resolución, sin que, su formulación en forma paralela, impida dilucidar la real voluntad del extremo demandante, como erradamente lo consideró el A-quo.

En efecto, sin que se pretenda hacer regla absoluta la aceptación de las falencias técnicas que saltan de bulto en la demanda formulada, el fallador de primer grado debió hacer acopio de esa labor interpretativa, pues su omisión dio al traste con la función principal de administrar justicia, habida consideración que de la misma lectura de aquella puede, sin mayores elucubraciones, desentrañarse la voluntad de la actora, que se reitera, es obtener la declaratoria de resolución contractual, junto con el resarcimiento de los perjuicios que, no obstante haberse elevado en forma simultánea, a través de la exigencia de la cláusula penal y los frutos producidos por el inmueble, lo que de suyo excluye la posibilidad de acogerlos conjuntamente, en manera alguna pueden generar la imposibilidad absoluta de resolver de fondo el conflicto planteado, de suerte que resultaba viable que ejerciendo aquella tarea interpretativa propia del juzgador, en caso de

prosperidad de los pedimentos centrales, negar los que resulten incompatibles con éstos, de cara al concreto estudio del asunto sometido a la jurisdicción.

Puestas así las cosas, resulta claro que la decisión del A-quo que optó por abstenerse de resolver el fondo del litigio planteado, -cuando en estrictez la demanda incoada no puede ser calificada, como ha señalado la Corte de “caótica”, que impida al juez sin llegar a sustituir el real querer del actor desentrañar su voluntad-, desconoce los planteamientos a que se ha hecho referencia, situación que, sin más, impone su revocatoria y acorde con lo previsto en el art. 357 del C.P.C., deberá la Sala proferir decisión de mérito, aún cuando fuere adversa a los intereses del recurrente.

De cara entonces al litigio planteado tenemos, que el pronunciamiento principal suplicado a la jurisdicción, atañe a la resolución de los convenios contractuales contenidos tanto en la promesa de venta celebrada el 08 de noviembre de 2002, incluidos los tres “otro sí”, que hacen parte integrante de la misma, como la compraventa recogida en la Escritura Pública N° 211 del 09 de mayo de 2003, corrida en la Notaría Única del Círculo de Puerto López (Meta), alegando como causa fundamental la falta de pago del precio de la compraventa, pedimentos que para su resolución resulta preciso escindir su estudio, como en efecto procede la Sala, en los términos que a continuación se exponen.

DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA

Ha definido la doctrina la promesa de contrato como “un contrato preparatorio por virtud del cual dos o más partes se obligan a celebrar un contrato determinado al vencimiento de un plazo o al acaecimiento de una condición”³, acto jurídico que genera derechos y obligaciones que difieren del acto prometido, pues no puede olvidarse que en su naturaleza preparatoria, éste sólo permite la futura celebración de un negocio –diferente-, de donde se infiere que “no puede identificarse el contrato de promesa de venta con el contrato prometido en ella, pues del primero no surgen para las partes, naturalmente, sino la obligación de otorgar la escritura contentiva del contrato prometido. En cambio, las obligaciones de efectuar la tradición del inmueble por parte del prometiente vendedor, y la de

³ Bonivento Jiménez Javier. *El Contrato de Promesa*. Ed. Librería del Profesional, pág. 31

pagar su precio, a cargo del prometiende comprador, nacen a la vida jurídica en virtud del contrato de venta y no del contrato de promesa...”⁴.

De esta forma, si este negocio jurídico no es un contrato fin en sí mismo sino medio, ya que se trata de un negocio jurídico que tiene como objeto básico servir de instrumento para asegurar la celebración de otro distinto en el futuro que de presente no quieren o no pueden realizar, al servir exclusivamente de apoyo al contrato prometido, resulta claro que a la ocurrencia de tal condición, la promesa pierde eficacia por cumplimiento del fin para el que fue creada, desapareciendo entonces, sus efectos jurídicos, pues no en vano se ha sostenido que “Finalmente, dicha promesa puede ser satisfecha debidamente mediante el cumplimiento de la celebración del contrato prometido, a partir de lo cual funcionan las obligaciones de este último y, por consiguiente, deberá atacarse este último y no aquella”⁵.

No puede desconocerse sin embargo, que puede acontecer que el contrato de promesa de compraventa contenga prestaciones que deben cumplirse sucesivamente con anterioridad a la que por naturaleza le es propia, LA DE HACER, evento en el cual de presentarse su incumplimiento es dable demandar su resolución.

DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA

Sabido es que en los contratos bilaterales va implícita la condición resolutoria tácita, en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, de acuerdo con las previsiones del art. 1546 del C.C., no obstante la misma disposición otorga al contratante cumplido, la facultad de pedir a su arbitrio el cumplimiento del contrato o su resolución.

Precisamente en ejercicio de esta facultad legal, que se le otorga al contratante cumplido de procurar, si a bien lo tiene, la vigencia del vínculo negocial, el actor incluyó en el libelo de demanda las pretensiones sexta y séptima, que finalmente no fueron siquiera consideradas por la pasiva, lo que hace que las mismas por su mismo contenido decaigan, quedando en consecuencia

⁴ C.S.J. Sentencia de 23 de mayo de 1988. M.P. Pedro Lafont Pianetta.

⁵ Lafont Pianetta Pedro. Manual de Contratos. Tomo I. Segunda Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda., pág. 37.

únicamente la alternativa de la resolución, para cuya viabilidad ha sostenido la jurisprudencia, se requiere la concurrencia de las siguientes condiciones:

- a) La existencia de un contrato bilateral válido.
- b) El incumplimiento total o parcial de las obligaciones que éste impone al demandado.
- c) Que el demandante haya satisfecho o haya estado presto a atender las prestaciones a su cargo, en la forma y tiempo debidos.

Como puede apreciarse, el legislador patrio estableció la acción contenida en el art. 1546 del C.C., a favor del contratante que cumplió con sus obligaciones, bien para obtener la resolución del negocio jurídico o instar por su cumplimiento, en donde con ocasión a la primera opción se destruye el contrato, con efecto retroactivo, es decir, se desatan todos los derechos y obligaciones que del vínculo bilateral emanan, volviendo las cosas al estado que tenían antes.

DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS

Atendiendo que el incumplimiento endilgado a la pasiva es relativo al no pago del precio del contrato de compraventa que quedó contenido en la Escritura Pública N° 211 del 9 de mayo de 2003 de la Notaría Única de Puerto López (Meta), es del caso abordar un breve examen de este instrumento.

Es evidente, que la fuerza, virtud y valor del documento, en cuanto a la verdad del acuerdo para cuya prueba y justificación se creó y su aceptación, en un variable grado de confianza dependerán de la autoridad, mayor o menor, de la persona o personas de quienes emana, o de aquella que por tener facultad legal para ello ha intervenido en la creación, formación y perfeccionamiento.

Es por ello que el Estado ha confiado al Notario la facultad de dar fe de certeza, de conferir autenticidad, – respaldándose en el propio poder del Estado-, a los documentos en cuya creación y formación interviene en ejercicio de sus funciones, denominada ésta función notarial.

Es así, como lo típico de la función notarial se cumple en la creación y perfeccionamiento del instrumento público, que en el lenguaje jurídico colombiano se llama ESCRITURA PÚBLICA, la cual ha sido definida como el documento

autorizado con las solemnidades legales, por el notario competente, a requerimiento de parte, para ser incorporado al protocolo, que contiene un acto o un negocio jurídico, creado para su eficacia, su prueba o para su constitución, y destinado a ser reproducido en copias auténticas de igual valor que el original, en el cual el notario da fe de ciertos hechos que percibe con sus sentidos, relacionados con el acto o negocio en cuestión, que le sirven de antecedentes o de fundamento, lo enmarcan dentro de líneas señaladas en la ley, le fijan su alcance y, al mismo tiempo recibe declaraciones, las ajusta las acuerda a la norma legal y les da forma pública y auténtica.

En el campo jurídico el acto público notarial, por sus notas de exactitud, de integridad, de veracidad, por estar amparado por la fe pública, tiene fuerza y virtud suficientes para imponerse a las partes, como es obvio; e igualmente obra en contra o a favor de terceros, para quienes la única realidad jurídica es la contenida en ese acto, aquello que da cuenta el instrumento, fuerza y virtud que emanan del mismo poder del Estado, mientras el mismo Estado en sentencia definitiva no declare la falsedad del documento.

Es así, como el artículo 30 del Decreto 960 de 1970 señala:

*“ART. 30 Las declaraciones de los otorgantes se redactaran con toda claridad y precisión de manera que se acomoden lo más exactamente posible a sus propósitos y a la esencia y naturaleza del acto o contrato que se celebra y **contendrán explícitamente las estipulaciones relativas a los derechos constituidos, transmitidos, modificados o extinguidos y al alcance de ellos y de las obligaciones que los otorgantes asuman.***

En relación a los contratos de compraventa de bienes inmuebles, dada la naturaleza y alcance del mismo, por exigencia de ley dicho negocio jurídico debe constar en escritura pública, documento en el cual deberán compendiarse todos los elementos esenciales que lo identifican, entre ellos el precio; respecto del cual el artículo 1934 del C.C. enseña:

“Art. 1934. CONSTANCIA DE PAGO EN LA ESCRITURA DE VENTA. EFECTOS. Si en la escritura de ventas se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores.

Esta disposición sin embargo, de acuerdo con reiterada jurisprudencia debe, ser entendida en la necesidad incuestionable de la declaratoria previa de nulidad o falsificación del documento, cuando quiera que se pretenda controvertir esa declaración frente a terceros, siendo en consecuencia, susceptible de demostración la falta de pago del precio, en el evento que el debate se suscite entre quienes fueron parte en el negocio jurídico, para lo cual tiene a su haber el interesado todos los medios probatorios autorizados en el ordenamiento procesal.

Ello indudablemente sin desconocer las reglas que frente a la valoración probatoria consagra en Código de Procedimiento Civil, como son las contenidas en los artículos 258 y 264 que a la letra dicen:

Art. 258 del C. de P. C.- Indivisibilidad y alcance probatorio del documento.- La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, y comprende aun lo meramente enunciativo siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.

Art. 264 del C. de P. C.- Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza.

Las declaraciones que hagan los interesados en escritura pública, tendrán entre éstos y sus causahabientes el alcance probatorio señalado en el artículo 258; respecto de terceros, se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica” (Negritas fuera de texto).

Es tal la eficacia probatoria de las Escrituras públicas que la Corte Suprema de Justicia al respecto ha señalado:

“5 Otorgada que sea por los interesados y autorizada por el notario una escritura pública, de acuerdo con los requisitos externos propios de la especie de documento público, queda a partir de entonces amparada por la presunción de autenticidad, “mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad” (arts. 251 y 252 C. de P.C.); cosa que puede hacer la parte contra la cual se opone al contestar la demanda, si el instrumento se acompaña a ésta, y en los demás casos dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordena tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia (art. 289 ibídem).

Es pues cuestionable el mérito extraordinario que la ley reserva a la prueba por escritura pública: hace fe en todo cuanto el notario, como guardián de la confianza general, presencia por la vista y el oído, y por esto, en lo que tañe al otorgamiento y a la fecha del instrumento hace plena prueba tanto respecto de las partes como de terceros;

estos son hechos que se demuestran por si mismos con el instrumento: probat se ipsam".⁶

EL CASO CONCRETO

En el caso que ocupa la atención de la Sala, frente a la petición de resolución del contrato de promesa de compraventa del 8 de noviembre de 2002 junto con los "otro sí" que la acompañan⁷, se tiene, que en el mencionado contrato las partes se obligaron a transferir por este modo el lote de terreno denominado hoy "EL REMANSO" (A); y el Anteproyecto de vivienda denominado "URBANIZACIÓN EL REMANSO", que se construiría en el lote ya mencionado (B).

Si bien respecto de este contrato, se puede predicar el acatamiento de las exigencias del artículo 1611 del C.C., modificado por el artículo 69 de la Ley 153 de 1887, que habilitarían a las partes para exigir su cumplimiento, no llama a dudas, que la pretensión encaminada a obtener su resolución, así como las tendencias a obtener el pago de la cláusula penal en ella consagrada, está llamada al fracaso, por las razones que a continuación se exponen:

- Se censura por el demandante el no pago del precio pactado en la promesa como precio del lote, que fuere pactado en \$130.000.000,00 de los cuales se recibieron \$10.000.000,00 a la suscripción de la misma y el saldo o sea \$120.000.000,00 con tres (3) cheques posfechados, el último pagadero el mismo día en que debía otorgarse la escritura que perfeccionara el contrato, sin embargo se suscribieron "OTRO SI" según los cuales el pago se haría con seis (6) casas de las que se construirían en el proyecto a desarrollar el mismo lote cuya entrega finalmente se haría entre el 13 de junio de 2003 y el 13 de diciembre de ese mismo año, quedando los cheques entregados como respaldo de la negociación, los cuales deberían ser devueltos de acuerdo con el cronograma de entrega de las casas.

⁶ Sent. C.S.J. de junio 13 de 1983 M.P. Humberto Murcia Ballén.

⁷ En estricto derecho no podría calificarse así, pues, aún cuando inicialmente esa era su plena connotación jurídica, al modificar como se hizo la forma de pago del precio al variar del pago de una suma líquida de dinero a la entrega de unas casas que deberían construirse en un proyecto de vivienda que se desarrollaría en el lote objeto del contrato, lo convierte en promesa de permuta (art. 1859 C.C.).

- Como puede apreciarse, en principio, el pago del precio debió realizarse con antelación al otorgamiento de la escritura de venta, sin embargo, con ocasión a los “OTRO SI” suscritos, este se verificaría con posterioridad, si en cuenta se tiene que el último se acordó el 9 de mayo de 2003 y la primera entrega se debía hacer efectiva el 13 de junio de ese año, de tal manera que las obligaciones propias del promitente comprador, no debían cumplirse con anterioridad a la que por naturaleza le es propia, (LA DE HACER), lo que en últimas genera que las prestaciones del negocio preparatorio, quedan ceñidas a esta, pues si el precio se debe cancelar con posterioridad al otorgamiento de la escritura de venta, este puntual incumplimiento es propio del negocio prometido y no del preparatorio.
- Así las cosas, sin necesidad de ahondar en mayores motivaciones, es lo cierto que con la suscripción de la Escritura Pública N° 211 del 9 de mayo de 2003⁸ en la Notaría Única del Círculo de Puerto López (Meta), a través de la cual acudieron materializar la compraventa prometida, el negocio preparatorio perdió su eficacia, debiéndose, en consecuencia, atacar el cumplimiento o no de la obligación de pago del precio en el contrato de compraventa celebrado, lo que hace impróspera la pretensión resolutoria de la referida promesa y prestaciones derivadas del mismo.

Agotado entonces, lo relacionado con la aludida promesa, al haber sido igualmente elevado por la actora la pretensión resolutoria de la compraventa contenida en la Escritura Pública N° 211 del 09 de mayo de 2003, cuya copia auténtica milita a folios 15 y siguientes del expediente, es del caso que la Sala aborde el examen de dicha pretensión.

En desarrollo de dicha labor, da cuenta el memorado instrumento público que el señor RODRIGO FAJARDO transfirió “a título de venta real y efectiva a favor de la sociedad denominada COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO COOPAVANTE CUYA SIGLA ES “COOPAVANTE CTA”, el derecho de dominio, propiedad y posesión que tiene y ejerce sobre el cien por ciento de un lote de terreno rural, junto con las mejoras en él existentes, ubicado en la Carrera 10 del

⁸ Adelantando, como en efecto había sido previsto, la fecha de otorgamiento que inicialmente se pactó para el 8 de agosto de 2003.

Barrio El Prado del Municipio de Puerto López, Departamento del Meta, con un área aproximada de Ocho mil setecientos treinta y nueve con 34 metros cuadrados, denominado EL REMANSO...".

Así mismo se consignó, que *"el precio o valor del inmueble materia de este contrato fue acordado por los contratantes en la cantidad de VEINTE MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$20.000.000,00) suma que el vendedor declara recibida de la parte compradora, en este acto a su entera satisfacción"*.

No obstante, por el actor se pretende desconocer el alcance de la declaración contenida en la mencionada escritura, respecto del pago del precio, y de suyo la presunción de veracidad que cobija dicha atestación, en procura de obtener la resolución del contrato, alegando que realmente el precio acordado fue de \$130.000.000,00, como se desprende del contrato de promesa y sus "OTRO SÍ" que, según su afirmación, no le fueron cancelados.

Valorado el acervo probatorio, en principio se podría afirmar que el actor no logró desvirtuar el pago de los \$20.000.000,00 que en el instrumento de compraventa se determinó como precio, pues es lo cierto que incluso, en su juramentada, el señor FAJARDO hizo alusión a las obligaciones pactadas en la promesa, lo cual por sí solo no es suficiente para enervar la presunción de veracidad que la atestación notarial contiene, como tampoco puede lograrse tal finalidad con las afirmaciones que respecto del convenio entre ellos celebrado para el desarrollo del proyecto urbanístico que se pretendía construir en el predio y las obligaciones de él surgidas y que eventualmente pudieron incumplirse, lo que haría inviable la pretensión.

Empero, no puede obviar la Sala que, efectivamente, en el contrato de promesa, pese a recaer sobre el lote y el anteproyecto de vivienda, expresamente se indica que los \$130.000.000,00 acordados como precio, corresponden al lote; el cual estaría respaldado con el dictamen pericial rendido en la instancia que le asigna un valor incluso superior al acordado en el contrato preparatorio, -pericia que por demás no fue debidamente replicada por la pasiva-; sin que ello hubiera sido desvirtuado por la demandada, quien en su contestación (extemporánea), alega el pago referido en la escritura de venta, con ello su cumplimiento y el incumplimiento del demandante en relación a las obligaciones propias de la venta

del anteproyecto urbanístico, lo que permitiría inferir que el precio que debía realmente cancelar el comprador son los \$130.000.000,00.

Aceptando por esta Corporación que, efectivamente el precio de la compraventa no es el consignado en la mencionada escritura de venta, sino el acordado en la promesa de compraventa, puesto que el valor real del precio es aspecto que no tiene cortapisa probatoria y puede por tanto establecerse con cualquiera de los medios autorizados en nuestro ordenamiento, aún contra lo consignado en el instrumento público, por tratarse de un debate entre las mismas partes que intervinieron en el contrato, conforme el artículo 187 del C.P.C. que *"... establece el principio de la persuasión racional de la prueba, sin otras restricciones que las provenientes de 'las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos'. Por manera que al juez le es permisible (...) dejar de lado lo que en el instrumento público han consignado las partes para otorgarle el mérito a medios diferentes, cualquiera sea su naturaleza, si es que estos racionalmente lo persuaden por su mayor fuerza de convicción"* (G.J. t. CLXXXIV, pág. 46), es lo cierto que igualmente su causa no tendría prosperidad.

Ello por cuanto, del contenido integral del contrato de promesa emerge, que al momento de la suscripción, conforme lo allí pactado, se otorgaron tres (3) cheques por valor cada uno de \$40.000.000,00, para cancelar el saldo del precio acordado, e incluso en el "OTRO SI" suscrito el 2 de enero de 2003, aún cuando se indicó que el precio se cancelaría con la entrega de seis (6) casas, se estipuló igualmente que *"Los cheques 5711943, 5711944 y 5711945 que el PROMITENTE VENDEDOR recibió de manos del PROMITENTE COMPRADOR, quedaran como simple respaldo de la negociación y le serán devueltos al segundo de los nombrados de acuerdo al cronograma de entrega de las casas"*, manteniendo así su vocación de pago.

Sabido es, que el artículo 882 del Código de Comercio contempla la posibilidad de cancelar obligaciones con títulos valores, aún cuando sometido a condición resolutoria, empero para hacer efectiva dicha condición, resulta imperativo que el tenedor del título haga devolución del mismo, si en cuenta se tiene que éste tiene a su haber la posibilidad de obtener el descargo coactivo de la prestación, mediante el ejercicio de la acción cambiaria a través del juicio ejecutivo

haciendo efectiva la prenda general de los acreedores, persistiendo de esa manera en el cumplimiento de la obligación originaria.

En efecto, la norma en cita, en relación al pago con títulos valores, enseña:

ARTICULO 882. C. de Co. PAGO CON TITULOS VALORES. La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera.

Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo.

Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año". (Negrillas fuera de texto).

En este orden de ideas, si para el pago del saldo de \$120.000.000,00 el comprador entregó los cheques referidos, -indistintamente de las razones por las cuales los mismos resultaron impagados, de lo cual se podría colegir el incumplimiento del comprador-, y posteriormente, pese a modificarse la forma de pago de la obligación, estos se mantuvieron como respaldo de cumplimiento, para hacer efectiva la condición resolutoria del pago realizado con aquellos títulos valores, resultaba perentorio que el actor los allegara con la demanda, para su devolución al emisor de los mismos, no habiendo cumplido con dicha carga devenía el fracaso de sus pretensiones, por cuanto no se perfeccionó la resolución del pago y por ende no puede el juzgador desconocer el pago que con aquellos instrumentos se realizó para endilgar incumplimiento de las obligaciones a cargo del comprador.

Baste entonces lo anterior, para que esta Sala de decisión, luego de valorar bajo las reglas de la sana crítica el acervo probatorio allegado, y confrontarlo con las pretensiones, que de la interpretación racional de la demanda revoque la decisión de instancia y en su lugar deniegue las pretensiones.

VI. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, EN SALA CIVIL DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2007 por el Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de Bogotá D.C, dentro del presente proceso ordinario, por las razones expuestas en esta providencia En su lugar, se **NIEGAN** todas las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo del demandante.
Tásense

TERCERO.- DEVUÉLVASE al juzgado de origen para lo de su trámite y competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

NANCY ESTHER ANGULO QUIROZ

RODOLFO ARCINIEGAS CUADROS

JULIA MARÍA BOTERO LARRARTE