

República de Colombia



Rama Judicial del Poder Público  
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta  
Sala Tercera de Decisión Civil - Familia

Magistrado Ponente  
**Alberto Rodríguez Akle**

Santa Marta, catorce (14) de febrero de dos mil veintidós (2022)

**RADICADO:** 47.001.31.53.003.2018.00111.01 (Fl. 94 Tomo V)

Acta No. 013

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Santa Marta, dentro del proceso verbal de resolución de promesa de compraventa por incumplimiento promovido por JAIRO ARANGO VAN HOUTEN en contra de la SOCIEDAD GRAY DANGOND Y COMPAÑÍA S EN C EN LIQUIDACIÓN.

### **ANTECEDENTES**

#### **El petitum:**

El 16 de junio de 2018 el demandante señor JAIRO ARANGO VAN HOUTEN –en calidad de promitente comprador– interpuso la presente demanda con la finalidad de que se declare resuelto por incumplimiento el contrato de promesa de compraventa suscrito el 31 de marzo de 2015 con la sociedad GRAY DANGOND Y COMPAÑÍA S EN C EN LIQUIDACIÓN, mismo que recayó sobre el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 080-3533 de Santa Marta. Como consecuencia de lo anterior, solicitó condenar a la sociedad a restituir al promitente comprador la suma entregada de mil novecientos millones de pesos (\$1.900.000.000) indexados, y que se le condene al pago de ciento cuarenta millones de pesos (\$140.000.000) por la cláusula penal pactada.

Subsidiariamente solicitó declarar la nulidad del contrato, y, por ende, la restitución del dinero arriba señalado, con sus intereses, desde la fecha de recibo, hasta el reintegro.

#### **La causa petendi:**

Adujo que la sociedad demandada a través de apoderado especial, el Dr. Francisco Javier Martínez, se obligó a vender al señor Jairo Arango Van Houten el derecho de dominio y posesión que ostenta sobre un lote de terreno de 770 metros cuadrados y la casa en él construida, situado en la urbanización Villa Horizonte, casa No. 55, ubicada en la carrera segunda número 122-52, corregimiento de Gaira Santa Marta, y que está identificada con la matrícula inmobiliaria 080-3533, y cédula catastral 47001011000500002000.

Alegó que el precio convenido fue de \$1.900.000.000, mismo que fue pagado en efectivo al apoderado con facultad de recibir, de la siguiente forma: \$140.000.000 antes de la firma de la promesa para cancelar el predial del inmueble, \$1.660.000.000<sup>1</sup> el 28 de abril de 2015, y \$100.000.000 el 15 de mayo del mismo año, fecha en la que se acordó firmar la escritura en la Notaría Primera de Santa Marta a las 4:30 pm.

Manifiesta que el bien estaba embargado el día de la suscripción de la promesa a raíz de un ejecutivo seguido en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santa Marta, y que en virtud de la cláusula séptima del contrato la sociedad se obligó a entregar el inmueble libre de embargos y cualquier limitación del dominio. Expone que el apoderado de la demandada consignó el 28 de abril de 2015 \$1.546.941.375 a órdenes del juzgado reseñado para pagar la obligación que causó el ejecutivo y levantar el embargo, pero que a la fecha de presentación de la demanda ello no se ha materializado.

Así mismo, que asistió a la Notaría Primera de Santa Marta el 15 de mayo de 2015 junto al apoderado de la promitente compradora a firmar el instrumento, pero el notario no autorizó su firma, al advertir que el inmueble estaba embargado.

Por último, esgrimió que la sociedad le revocó el poder al abogado Martínez para suscribir la escritura de compraventa, que se acordó la cláusula penal por incumplimiento al monto de \$140.000.000, y que el 15 de agosto de 2018 se absolvió, con citación de la contraparte, interrogatorio de parte anticipado ante el Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Barranquilla.

## **EL TRÁMITE PROCESAL**

Por asignación en reparto el asunto fue asignado al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Santa Marta. Se admitió la demanda el 21 de agosto de 2018, y tras las diligencias se notificación, el demandado contestó la demanda.

---

<sup>1</sup> Aclarado por el apoderado del demandante a folio 89 del PDF principal, 84 físico.

Propuso como excepciones de mérito la “validez del contrato de promesa de compraventa”; “cumplimiento de la demandada”; “Justificación para no suscribir la escritura pública por claro desmedro de los intereses patrimoniales de la actora”; “imposibilidad jurídica de solicitar la resolución del contrato por previo incumplimiento del demandante”; “imposibilidad jurídica de solicitar la resolución del contrato por renuncia a la condición resolutoria, la cual se verificó con posterioridad a la firma de la promesa de compraventa” y la genérica.

Frente a los hechos, aceptó el monto de \$1.900.000.000, pero que no había otorgado poder al abogado para plasmar en la promesa tal suma, porque para la fecha de la celebración el valor del inmueble ascendía a \$4.000.000.000. Controvirtió el hecho de que se hubieran entregado los \$1.900.000.000, alegando que únicamente pagó el demandante \$750.000.000, y quedó debiendo \$1.150.000.000. Así mismo, adujo no constarle la entrega de los \$140.000.000 previos a la firma, y que no podían imputarse en su contra, por cuanto para la fecha del supuesto pago no le había dado poder al abogado.

Mencionó que la consignación al juzgado del proceso ejecutivo no se realizó con dineros del demandante, puesto que éste solo canceló \$750.000.000 según el instrumento que no firmó el notario. Expuso que es falso que hayan asistido a la notaría el 15 de mayo, por cuanto no existe constancia notarial alguna, y que se había renunciado a la condición resolutoria tácita.

Puso de presente que no transfirió al actor el dominio del bien, pero que ello fue porque no le cancelaron todo el valor, y en todo caso, era inferior al 50% del valor comercial del inmueble, que el desembargo no dependía de la accionada, circunstancia conocida por el señor Arango, y que sí cumplió con sus obligaciones al solicitar la terminación del ejecutivo. (Fl. 157-170 C. Ppal.)

Luego de varias prórrogas, se celebró la audiencia inicial, donde se recaudó el interrogatorio de ambas partes; y de instrucción y juzgamiento. En ésta se escuchó el testimonio de Francisco Martínez Ariza y Elizabeth Gray Dangond. Previos alegatos, el juzgado emitió sentido del fallo acogiendo las pretensiones, y se dictó sentencia por escrito dentro del término de ley.

### **SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

El juez de primera instancia declaró no probadas las excepciones, resolvió el contrato de promesa de compraventa por incumplimiento del demandado, y ordenó a la demandada restituir el monto de \$2.370.796.652 –tras indexar los \$1.900.000.000– más \$140.000.000 por cláusula penal. Para arribar a esa determinación,

tuvo por válido el contrato suscrito, al cumplirse con todos los requisitos del artículo 1502 del C.C., y 861 del código de comercio. Hecho lo anterior, se ocupó del presunto incumplimiento, teniéndolo por demostrado. Ello, porque no se suscribió el contrato de compraventa tal como fue acordado, aunado a que en el pacto no quedó estipulada la condición del levantamiento del embargo por parte del Juzgado para suscribir la escritura.

Adujo que lo ínfimo o irrisorio del valor del inmueble no justifica el incumplimiento, y que según las pruebas se recibieron \$1.900.000.000 y no los \$750.000.000 expuestos por el demandado, conforme a las constancias de recibido de esos montos suscritas por el entonces apoderado, mismo que testimonió en la audiencia. Por último, dijo que leída la promesa no se había renunciado en ningún ápice a la condición resolutoria, y, por ende, declaró no prosperas las excepciones. Indexó los tres montos entregados con el IPC, para un total de \$2.370.796.652. (Fls. 894 a 904 C. Ppal.)

Notificada el jueves 11 de marzo de 2021, la demandada interpuso apelación contra la sentencia el lunes 15 del mismo mes y año. Como reparos concretos, alegó: "Haber tenido por acreditado sin estarlo, el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa por parte de mi representada", "desconocer que el demandante estaba imposibilidad (sic) jurídica de solicitar la resolución del contrato por previo incumplimiento del demandante", "Desconocer que el demandante renunció a la condición resolutoria, con posterioridad a la firma de la promesa de compraventa y en virtud de ello, jurídicamente no era posible que ejerciera la acción que dio origen a este proceso"

### **ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Realizado el estudio preliminar de rigor, el veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) se admitió la alzada incoada. En virtud de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica por parte del Gobierno Nacional en el decreto 417 de 2020 del 17 de marzo, y proferido el decreto 806, se adecuó el trámite y a través de esta misma providencia – notificado al día siguiente por estado– se corrió traslado por cinco días para sustentar el recurso de apelación. Otros cinco días se otorgaron al contrario para descorrer la sustentación.

### **EL RECURSO**

El apelante sustentó los reparos concretos. Frente al presunto incumplimiento del contrato de promesa, adujo que, si bien no se había traditado el bien inmueble, ello se debía a que el demandante no pagó los \$1.900.000.000 a los que se había obligado, sino \$750.000.000, y si así fuera, tal monto es interior al 50%

del valor comercial del inmueble. Por otra parte, sostuvo que el desembargo del inmueble no dependía de su poder, y el accionante lo sabía; aunado a que solicitó la terminación del ejecutivo, al acreditar el pago completo.

Reiteró que solo se habían entregado \$750.000.000, y que no existe constancia notarial alguna que revele que JAIRO ARANGO VAN HOUTEN compareció a la notaría en la hora y fecha acordada en el contrato de promesa de compraventa a fin de celebrar la venta prometida.

Por último, expuso que en la minuta del contrato de compraventa que se pretendía firmar para cumplir la promesa había una manifestación de voluntad inequívoca del señor Arango, donde se renunciaba recíprocamente a la acción resolutoria, y luego de citar doctrina y la sentencia 11001310304220070006701, M. P. Ruth Marina Díaz, mar. 23/12, concluyó que no puede usar la acción.

Durante el término del traslado el no apelante hizo réplica de cada uno de los reparos expuestos, y solicitó desestimarlos para confirmar la decisión en todas sus partes.

Al no avizorar el incumplimiento de alguno de los presupuestos procesales o materiales que permitan a la Sala resolver de fondo el litigio puesto a consideración, se desatará el recurso previas las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

Como primera acotación, la Sala se referirá a cada uno de los reparos concretos esgrimidos por el apelante, en la medida que correspondieron a los expresados ante el juez de primera instancia, en cumplimiento del artículo 322 del Código General del Proceso. Con la finalidad de organizar metodológicamente las consideraciones, la Sala se referirá a los requisitos que deben demostrarse para acceder a la resolución de un contrato bilateral. En especial, lo tocante a la exigencia de que el demandante haya cumplido o allanado a cumplir su parte para exigir la resolución. Con tales insumos se resolverán los dos primeros reparos planteados. Hecho lo anterior, y si hay lugar a ello, se razonará frente a la renuncia a la condición resolutoria tácita, y su aplicación al caso concreto.

La ley y la jurisprudencia ha admitido con demasía la posibilidad de celebrar contratos de promesa. Expresamente el artículo 861 del código de comercio establece que “La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso.” De ahí se desprende que el contrato de promesa es bilateral,

por cuanto ambas partes se obligan a la suscripción del futuro contrato, gravándose y beneficiándose mutuamente.

Al ser un contrato bilateral, a la promesa le es aplicable el artículo 1546 del código civil, con su homónimo el 870 del código de comercio. Este último establece: “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.”. Empero, no se puede olvidar que el 1609 del código civil ordena que “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

A raíz de tales determinaciones, la jurisprudencia nacional ha decantado los requisitos que deben demostrarse para acceder a la resolución de un contrato bilateral como el de promesa. Son, en principio, que el negocio sea válido –esto es, que cumpla con todos los requisitos del artículo 1502 del código civil y las demás formalidades legales que exija la ley para su validez–; que quien pretenda la resolución haya cumplido o se haya allanado a cumplir su parte del contrato; y, por último, que exista incumplimiento del contrario. La Sala Civil de la Corte en reciente fallo del siete (7) de diciembre de dos mil veinte (2020) lo resume así:

3. Según el artículo 1546 del Código Civil, la acción dirigida a obtener la resolución de un contrato, así como la que se entabla para que se ordene su ejecución, exigen que el demandante haya cumplido las obligaciones a su cargo.

Por consiguiente, son tres los presupuestos de la acción resolutoria: a) que el contrato sea válido, b) que el contratante que proponga la acción haya cumplido o allanado a cumplir las obligaciones que asumió, y c) que el contratante demandado haya incumplido lo pactado.

Entonces, como regla general y en relación con los compromisos que deben ejecutar las partes de forma simultánea, es menester, para el buen suceso del reclamo del demandante cuando se basa en el desacato de su contraparte, que aquel haya asumido una conducta acatadora de sus débitos, porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria prevista en el aludido precepto con indemnización de perjuicios, en concordancia con la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) regulada en el canon 1609 de la misma obra, a cuyo tenor ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Recuérdase que, como regla de principio, en tratándose de contratos bilaterales, el artículo 1546 del Código Civil consagra la condición resolutoria tácita, que consiste en la facultad a favor del contratante cumplido para pedir la resolución o el cumplimiento del pacto fundado en la infracción del extremo contrario del negocio que no respetó las obligaciones que adquirió, en uno y otro caso, con

indemnización de perjuicios. (Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. SC4801 de 2020. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo)

Corolario de lo expuesto, el derecho sustancial indica que el remedio resolutorio al incumplimiento contractual solo procede, con los demás requisitos, cuando el que lo propone cumplió o se allanó a cumplir su parte. Como se observa, el hecho de que uno de los supuestos sea ese, tiene su génesis en el artículo 1609 del código civil. En él, se establece que en los contratos bilaterales no se está en mora de cumplir si el contrario no ha hecho lo propio, o allanado a cumplir su parte. Todo, sin soslayar el mutuo disenso tácito que no es objeto de discusión en este conflicto. Así las cosas, fácilmente podría el demandado en resolución alegar que su contraparte no ha cumplido, y así tener la excusa suficiente para evitar que se resuelva el pacto. Es en esencia un asunto de equivalencia entre las prestaciones a las que se obligan los negociantes en uso de la libertad contractual que prevé la ley.

Pues bien, en esta oportunidad los dos primeros reparos van enfilados, por un lado, a que el demandante incumplió el contrato porque solo entregó \$750.000.000 y no los \$1.900.000.000, aunado a que tal precio es inferior al 50% del valor comercial; junto a que no existe constancia de asistencia del demandante a la notaría en la fecha y hora pactadas; y por el otro, a que de su parte sí realizó acciones tendentes al cumplimiento del contrato, como lo fue solicitar el desembargo ante el Juzgado. Ambas, para concluir que no le era dable hacerse con la resolución.

Siguiendo los lineamientos expuestos, lo primero es que quedó demostrado que el precio de la promesa de compraventa ascendió a la suma de \$1.900.000.000. Ello, conforme la copia de la promesa aportada y no controvertida ni tachada de falsa por el demandado. El apelante aduce que solo se cancelaron \$750.000.000; pero tal afirmación carece de sustento probatorio suficiente. En efecto, edifica su defensa en que en la minuta del contrato prometido se había pactado ese monto. Sin embargo, el testimonio del abogado Martínez, y los recibos de pago firmados por este dan cuenta que la suma efectivamente entregada fueron los \$1.900.000.000. No podría la Sala tener por cierto el pago de los \$750.000.000 solamente porque se estableció ese monto en una minuta de un contrato que no surgió a la vida jurídica con todos los requisitos legales. Con todo, si está presente alguna manifestación de voluntad en ese sentido, ella no supera las otras probanzas que están en el plenario.

Lo anterior, deviene de que el accionante aportó una serie de documentos, entre los que se encuentran tres (3) recibos de pago expedidos por Francisco Martínez Ariza a favor del señor Van Houten por las sumas de \$140.000.000 el 31 de marzo de 2015 (Fl. 35

C. Ppal.), aunado claro está, a que en la misma promesa de compraventa se dijo que “el promitente vendedor ha recibido a satisfacción de manos del PROMITENTE COMPRADOR” (Fl. 387 PDF), \$1.660.000.000 del 28 de abril de 2015 (Fl. 36 ídem) y \$100.000.000 del 15 de mayo de 2015 (Fl. 37 ídem). Los tres documentales están autenticados el 23 de mayo de 2018, conforme el sello colocado por la Notaría Tercera de Santa Marta, y no fueron tachados de falso ni desconocidos por la demandada.

Además de lo anterior, reposa el contrato de promesa pretendido en resolución –ininteligible a folios 25-27, pero expuesto con mayor claridad a folios 386 a 388 PDF principal–, junto al poder dado por Elizabeth Antoinette Gray Dangond, en calidad de liquidadora de la sociedad Gray Dangond y Compañía S. en C. a Francisco Martínez Ariza con la finalidad de que “actuando en nombre y representación de la sociedad antes descrita, efectúe PROMESA DE COMPRAVENTA para la venta del bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 080-03533 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Marta, ubicado en la Carrera 2 No. 3-94 (Lote 55) Urbanización “Bello Horizonte”, en la ciudad de Santa Marta. (...) el doctor FRANCISCO JAVIER MARTÍNEZ ARIZA, queda facultado para realizar las facultades propias del mandato, cuáles son las de firmar la promesa de compraventa, además las de recibir, reasumir, transigir y sustituir el poder.” (Fl. 22 C. Ppal.), y el certificado de tradición del inmueble identificado con matrícula 080-03533, expedido el 8 de junio de 2018, se observa en la anotación 008 el embargo que ha sido objeto de discusión por parte del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta. (Fls. 31-34 PDF).

En el testimonio del abogado Martínez, luego de reseñar los preámbulos de la negociación, explicó que “viene Jairo, incluso me recoge a mí un día también, el mismo día que íbamos a (...), el 28 de abril nos fuimos los dos con dos maletas a las 7-8:30, 8 de la mañana al Banco Agrario con dos maletas en efectivo para pagar ese dinero en el Banco Agrario \$1.546.000.000 de pesos nos metieron en un cuartico y a contar todos los billetes hasta el infinito, se consigna el dinero e inmediatamente yo paso un memorial solicitando la terminación del proceso por pago de la obligación Juzgado Cuarto Civil del Circuito, lamentablemente nuestros cambios de la escrituralidad a la oralidad el proceso, ella no alcanzó ... a, la juez no alcanzó a dar por terminado el proceso sino que se lo pasó inmediatamente al Juzgado Segundo del Circuito (...) el Sr. Gustavo Varela manifestaba que los \$1.900.000.000 que no se los había entregado el Sr. Jairo Arango y pues eso no es cierto, esos \$1.900.000.000 pesos me los entregó en dos maletas y me llevó \$1.900.000.000 al banco y el resto me lo había entregado a mí”.

Ahora, cuando el abogado de la demandada le interrogó al testigo sobre por qué se habían entregado los últimos \$100.000.000 si no se iba a poder suscribir el contrato en la fecha pactada, el abogado dijo que “(...) Ahora, el Sr. Jairo Arango cuando yo le hablo del tema de la venta de la posibilidad de la compra, yo le expliqué que eso estaba en un proceso ejecutivo en donde si se paga la obligación, que es una obligación dineraria, se paga, el juez tiene obligatoriamente que dar por terminado el proceso, levantamiento de las medidas y chao, adiós. Eso fue lo que yo le expliqué, si el sr. Jairo Arango a mí no me entrega ese día los \$100.000.000 está incumpliendo el contrato de promesa de compraventa.”, y en similar interrogación, el propio demandante expuso que “yo le entregué los \$100.000.000 al sr. Ariza en su momento y quedamos en que le diera unos días más para que el juzgado levantara las medidas cautelares contra la casa y yo bueno, dale, igual yo espero 60 días más. No hay problema.”

Respecto de los \$1.546.941.375, existe la constancia de depósito en el Banco Agrario, entregados por Francisco Martínez Ariza a favor del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santa Marta, con radicado 47.001.31.03.004.1998.00111.00 (Fl. 41 PDF), y cuando se interrogó a Elizabeth Gray Dangond sobre la proveniencia del dinero con que se pagó la obligación del ejecutivo, misma que había sido entregada por el Sr. Martínez, ésta adujo que “literalmente de este negocio, pues que hacemos (...) del negocio que está usted mencionando (...) Abogado parte demandante: o sea, de la compraventa del Sr. Arango. Elizabeth: de la supuesta compraventa, sí (...)”

Ahora, indiscutiblemente que el dinero físicamente fue entregado al abogado Francisco Martínez Ariza, tal como se desprende de las documentales y los dichos. Existe inclusive una serie de correos electrónicos donde se realizó una relación de gastos conforme a los \$1.900.000.000 consignados en la promesa a folio 69, con una relación del impuesto predial de inmueble. Y en el interrogatorio de parte dado por el representante legal de la demandada, éste manifestó que “como lo dije hace un momento, todo eso lo manejó Francisco Martínez en su momento, él era quien manejaba todo aquí en Colombia y quien tenía el poder para representar a la sociedad.”

No puede soslayar la Sala que la señora Elizabeth en su testimonio, al igual que el representante legal de la demandada, narraron que desconocían al promitente comprador, y que no sabían de la negociación que había hecho el abogado en su nombre. Que solamente confiaban en él, y al percatarse del conflicto regresó a Colombia para retrotraer el contrato. Sin embargo, se reconoció haberle dado el poder, y según ya se citó se incluyó la facultad de recibir (Fl. 42 C. Ppal.); por lo que los pagos fueron válidos por parte

del señor Arango. Rememórese que el artículo 1639 del código civil establece que “Puede ser diputado para el cobro y recibir válidamente el pago, cualquiera persona a quien el acreedor cometa el encargo, aunque al tiempo de conferírsele no tenga la administración de sus bienes ni sea capaz de tenerla.”

Lo cierto del caso es que la única persona que podía dar cuenta de la entrega del dinero era el señor Martínez, cosa que hizo y explicó en suficiencia. A más de no haberse o no rendido cuentas de parte del mandatario al mandante, tal circunstancia no invalida el pago realizado conforme a la norma citada, y cualquier controversia que pueda existir por la ejecución de tal contrato escapa de la órbita del presente proceso.

En ese sentido, el reparo que consiste en que solo se habían entregado \$750.000.000 no tiene sustento probatorio, por cuanto lo demostrado por los recibos de pago, la consignación ante el Banco Agrario, los testimonios de Francisco Martínez y Elizabeth Gray; junto al interrogatorio de parte del demandante y demandado, no se demostró el incumplimiento por parte del demandante.

Por otra parte, tampoco procede el argumento que consiste en la posibilidad de incumplir el contrato por el precio, en contraste al avalúo comercial del inmueble. Frente a ello, y más allá de que se comparta o no la posibilidad de incumplir el acuerdo por tal motivo, no existe prueba en el plenario –documental o dictamen pericial– que estime a más de \$3.800.000.000 –esto es, más del doble del precio acordado– el valor del inmueble. Se encuentran copias de otros procesos donde, sin tenerse como prueba plena, hay un avalúo por \$2.523.768.295 (Fl. 191 PDF); y a más de no poderse valorar en esta oportunidad, porque el Juzgado negó su decreto por cuanto no se indicó el objeto (Fl. 220 PDF), no se aproxima a la cifra alegada por el apelante para excusarse de incumplimiento. En otras palabras, no quedó demostrado que el monto sobrepase el doble, por lo que el reparo en ningún caso quedaría probado.

Siguiendo con los motivos de inconformidad, se alegó que el demandante incumplió su parte porque no existe constancia notarial de su asistencia en la fecha y hora pactadas por las partes. Sin embargo, la prueba de ese hecho no está sometida a tarifa legal, y el demandante en el interrogatorio de parte expuso que “llegamos hasta la notaría (junto a Martínez), hicimos la escritura y entonces el notario no permitió la firma de las escrituras porque la casa no se habían levantado las medidas cautelares y ahí quedó toda la negociación”; circunstancia confirmada por el dicho del abogado que representaba a la sociedad demandada, porque alegó que “el día que creo que fue el 15 de mayo del 2015 Jairo y yo nos fuimos a la notaría a firmar, desafortunadamente no estaba todavía el levantamiento de la medida cautelar y entonces el

notario me dijo Francisco tú sabes que si está la medida cautelar no te puedo firmar (...)”.

La afirmación de que tal hecho no está sometido a tarifa legal no se expone sin sustento. Es sabido que el artículo 45 del decreto 2148 de 1983<sup>2</sup> permite a los notarios dejar las constancias de asistencia de las partes para el otorgamiento de una escritura prometida. Empero, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que tal constancia no es la única manera de demostrar la asistencia:

3. Ahora bien, la prueba del hecho relativo a la comparecencia ante el notario de quienes han prometido celebrar un contrato de compraventa que versa sobre bienes raíces, no se incluye entre las excepciones a dicho principio de la libertad probatoria; en ese sentido, pues, se equivoca el recurrente cuando cree hallar una restricción de tal índole, consistente en que únicamente cabe esa demostración por medio de certificado del Notario respectivo, en los términos previstos en el artículo 45 del decreto 2148 de 1983, norma ésta que simplemente autoriza a ese funcionario para expedir tal certificación, y señala la forma y los términos de la misma, cuando dice que lo rendirá por escrito; mediante acta o escritura pública, a elección del interesado; y en cualquiera de dichas modalidades con constancia de los documentos presentados por el compareciente.

4. Bajo dicho cariz, el precepto en mención no constituye una excepción a la libertad probatoria que impera en la actual legislación, toda vez que no implica la imposición de una prueba única y por tanto excluyente para demostrar el hecho relacionado con la comparecencia de los contratantes a efectos de otorgar una escritura prometida, sino que al ser meramente reglamentario de la función testimonial del Notario, deja incólume la posibilidad de que el hecho de la comparecencia pueda demostrarse por cualquiera de los medios probatorios de que trata el artículo 175 ibídem.

En verdad, tal reglamentación armoniza con lo dispuesto en el artículo 262 del C. de P.C. donde se le otorga a ciertas certificaciones, entre ellas las que expidan los notarios, “en los casos expresamente autorizados por la ley”, el carácter de documentos públicos, constituyendo entonces la norma atrás comentada apenas la autorización legal dada a ese funcionario para certificar sobre la comparecencia de los prometientes contratantes a su despacho, pero sin determinar de ningún modo que ese sea el único medio de prueba para verificar ese hecho, y sin excluir otras posibilidades probatorias; desde luego que debe reconocer la Corte que por las características que ofrece la prueba notarial, sigue siendo ella la ideal para verificar el hecho en cuestión, en tanto que, amén de segura, deja establecida a ciencia cierta lo relacionado con la comparecencia de los contratantes para otorgar la escritura pública.

**5. En consecuencia, sin desconocerse la fuerza probatoria que tal certificación arroja, debe decirse que siendo factible legalmente acudir a la prueba testimonial para efectos de demostrar el hecho de la comparecencia al despacho notarial escogido por los contratantes con el fin de otorgar la escritura prometida,** como acá

---

<sup>2</sup> Artículo 45. Cuando se trate de comprobar que una persona concurrió a la notaría a otorgar una escritura prometida, el notario dará testimonio escrito de la comparecencia mediante acta o escritura pública, a elección del interesado. En todos los casos el notario dejará constancia de los documentos presentados por el compareciente.

ocurrió, queda sin piso el error de derecho que se endilga a la sentencia impugnada; y siendo así, el paso siguiente consiste en examinar la mencionada prueba testimonial apreciada por el fallador desde el punto de vista de su contenido material, por cuanto en el cargo segundo se denuncia error manifiesto de hecho en su apreciación. (Negrillas fuera de texto) (Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil uno (2001) M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno Exp. Nro. 7036.)

Ahora, el hecho de haber asistido a la notaría muestra el allanamiento a cumplir del demandado. Empero, su obligación principal era la de suscribir el contrato de compraventa, cosa que no se pudo realizar por estar fuera del comercio el inmueble, por un hecho que sí le es atribuible, cuanto más porque en la promesa se pactó en la cláusula séptima que “los prometientes vendedores se obligan a entregar el inmueble determinado en este contrato libre de limitaciones al dominio, gravámenes, condiciones resolutorias, pleito pendiente embargo y paz y salvo de impuestos, tasas contribuciones causados hasta la fecha de la escritura pública de compra venta”. En otras palabras, existe un doble incumplimiento por parte del demandado. Se obligó a entregar el inmueble libre de embargos y precisamente por el hecho de encontrarse fuera del comercio, no cumplió con la obligación de firmar el contrato de compraventa.

De lo anterior se desprende que el demandante fue cumplido en su obligación de entregar el dinero en los plazos señalados, y la manifestación hecha en la minuta que no se elevó a escritura pública no tiene la entidad suficiente para desacreditar el resto de probanzas arrojadas. Se desestiman los dos primeros reparos.

Desde otra arista, se referirá la Sala frente a la renuncia de la condición resolutoria tácita alegada en el tercer inconformismo del apelante. Pues bien, es menester diferenciar entre el contrato de promesa y el contrato prometido. En el primero surge la obligación de suscribir un negocio jurídico. Se obligan ambos a llevar a cabo el contrato, cualquiera que sea, verbo gratia, compraventa, permuta, depósito, etcétera. Pero ese acuerdo es completamente diferente al prometido, que es un pacto nuevo, hecho en cumplimiento del anterior, pero que debe seguirse y regularse por las normas propias del segundo. Por eso el 861 del código de comercio establece que se debe “someter a las reglas y formalidades” respectivas.

Ahora, si así son las cosas, no se puede predicar que el haber renunciado a la condición resolutoria tácita en la minuta del que iba a ser el contrato prometido —en este caso compraventa— implique la renuncia de tal derecho dentro del contrato de promesa. Son, cómo se explicó, negocios jurídicos distintos y de los cuales brotan obligaciones independientes. Mucho menos se

podría aceptar el argumento del apelante tras considerar que dicha minuta no constituye el contrato prometido, porque la compraventa sobre bienes inmuebles se debe realizar a través de escritura pública, y no se observa firma alguna en la documental aportada al expediente a folio 76.

Ahora, sin desmeritar lo anterior, en el contrato de promesa no se estableció la renuncia a la condición resolutoria tácita en ninguno de las diez cláusulas pactadas. Lo más cercano que se tuvo de renunciar a alguna prerrogativa fue al pacto comisorio previsto entre los artículos 1935 al 1938 del código civil, y únicamente en lo relativo a la exigibilidad de la cláusula penal, por cuanto, tras pactar su monto, adujeron que "sin que para exigir su pago halla que acudir a la vía judicial, quedando en la libertad absoluta como consecuencia de la resolución del contrato originada en el incumplimiento sin que haya lugar a dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 1935 al 1938 del Código Civil, a los cuales renuncian expresamente las partes contratantes."

Consecuencia de lo expuesto, es diáfano para la Sala que en esta oportunidad no se renunció a la condición resolutoria tácita propia del contrato bilateral de promesa, y, por ende, el señor Van Houten podía acudir a ella en defensa de sus intereses, y para remediar el incumplimiento de la sociedad demandada. Lo anterior, muy a pesar de que en la minuta preparativa se haya querido renunciar a ésta, pero que, se itera, no tiene efectos jurídicos. No prospera el reparo señalado. De contera, tampoco sería aplicable el precedente 11001310304220070006701, M. P. Ruth Marina Díaz, mar. 23/12 que invocó el recurrente, por cuanto en este caso no se renunció a la acción resolutoria en el contrato de promesa.

No existió queja frente a la cláusula penal ni su monto, como tampoco frente a la indexación realizada por el juez de primera instancia. Comoquiera que se trata de apelante único, y el artículo 328 limita la competencia del superior a solamente los argumentos expuestos por el apelante, se abstendrá la Sala de referirse a asuntos diferentes.

Así las cosas, será necesario confirmar la sentencia de primera instancia por las anteriores argumentaciones. Luego de haber valorado en su conjunto los dos testimonios, ambas declaraciones de partes, los tres recibos de pago, los poderes y el contrato de promesa, junto a la minuta del de compraventa y el resto de los documentales del expediente, no salieron avante ninguno de los reparos expuestos por el apelante.

Necesaria consecuencia de las precedentes disertaciones deviene la confirmación de la sentencia apelada, con la consecuente condena en costas para la alzante, habida cuenta de su

improsperidad. Se fija como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000), equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, en acatamiento de lo dispuesto por los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuenta las tarifas establecidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del cinco (5) de agosto de dos mil dieciséis (2016), así como la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Civil- Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO:** CONFIRMAR, la sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Santa Marta, dentro del proceso verbal de resolución de promesa de compraventa por incumplimiento promovido por JAIRO ARANGO VAN HOUTEN en contra de la SOCIEDAD GRAY DANGOND Y COMPAÑÍA S EN C EN LIQUIDACIÓN, por las razones expuestas en este proveído.

**SEGUNDO:** CONDENAR en costas de esta instancia a la SOCIEDAD GRAY DANGOND Y COMPAÑÍA S EN C EN LIQUIDACIÓN. Fíjese como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).

**TERCERO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase de inmediato el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y Cúmplase

  
ALBERTO RODRÍGUEZ AKLE  
Magistrado

  
TULIA CRISTINA ROJAS ASMAR  
Magistrada

  
CRISTIAN SALOMÓN XIQUES ROMERO  
Magistrado