

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CUNDINAMARCA
Sala Civil – Familia

Magistrado Sustanciador:
Germán Octavio Rodríguez Velásquez

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Ref: Ejecutivo de Samira Yolima Isaac Merlano y Alberto José Vergara Monterroza c/. Apiros S.A.S. Exp. 25754-31-03-002-2023-00162-01.

Decídese el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra el auto de 21 de septiembre pasado proferido por el juzgado segundo civil del circuito de Soacha, por el cual negó el mandamiento de pago solicitado por los recurrentes, teniendo en cuenta los siguientes,

I- Antecedentes

La demanda solicitó librar mandamiento ejecutivo por obligación de hacer a cargo de la demandada y a favor de los ejecutantes, a fin de que suscriban la escritura pública a que se comprometieron en las promesas de compraventa que celebraron entre ellos, por las cuales les transfiera el dominio y posesión de los locales 55 y 56 del proyecto denominado Mi Plaza Soacha, y a que pague el valor de la cláusula penal estipulada en las promesas, a razón de \$41'000.000 y \$40'037.021, respectivamente.

Con el libelo incoativo y como base de la ejecución se aportaron las sobredichas promesas, una suscrita el 29 de noviembre de 2022 entre los demandantes y la sociedad Apiros S.A.S. -sociedad señalada como fideicomitente en el contrato de fiducia mercantil 21100737

celebrado el 20 de agosto de 2021, por el cual se constituyó el patrimonio autónomo Fideicomiso Futuro II Comercio-Fidubogotá, en que actúa como fiduciaria la Fiduciaria Bogotá S.A., y cuyo objeto es el desarrollo del proyecto de construcción denominado Mi Plaza Soacha-, respecto del local 55 del proyecto, donde estipularon como precio la suma de \$205'000.000, pagaderos en una cuota de \$130'000.000, que declaró recibida a satisfacción, y otra de \$75'000.000, que sería cancelada el 30 de marzo de 2023; asimismo, un otro sí suscrito el 9 de mayo de ese año, donde acordaron los contratantes que la segunda cuota sería pagada al fideicomiso con recursos del saldo restante del préstamo aprobado por Cavipetrol a favor del promitente comprador dentro de los diez días siguientes a la presentación de la documentación correspondiente, estableciéndose que, en todo caso, si coincidía el pago con la firma de la escritura, debía hacerse el pago a través de cheque de gerencia a favor de la fiduciaria; convinieron igualmente que la escritura se suscribiría el 22 de mayo de 2023 en la notaría 31 de Bogotá, a las 10:00 de la mañana, o el siguiente día hábil, en caso de que esa fecha día fuera feriado; la otra promesa, suscrita respecto del local 56, por valor de \$200'185.107, de los que se dijo, \$120'540.001 ya habían sido recibidos a satisfacción por el fideicomiso y el saldo, esto es, \$79'645.106 serían cancelados el 30 de marzo de 2023.

Al igual, se aportaron los certificados de tradición y libertad de los locales, las actas de comparecencia 019 y 020 extendidas por la notaría 31 de Bogotá el 23 de mayo de 2023 respecto de los promitentes compradores, unos correos cruzados por los contratantes, unos comprobantes de transacciones por PSE y otro de recaudo.

Mediante el proveído apelado, el a-quo denegó el mandamiento ejecutivo solicitado, tras considerar que si de acuerdo con los folios de matrícula inmobiliaria, la propiedad recae en la Fiduciaria Bogotá S.A. y no en la demandada, ésta carece de legitimación.

Inconformes con esa decisión los demandantes, formularon recurso de apelación, el que les fue concedido en el efecto suspensivo y se apresta el Tribunal a desatar.

II.- El recurso de apelación

Aduce que de acuerdo con los contratos de promesa cuya ejecución se persigue, quien se obligó al cumplimiento de la obligación fue la sociedad Apiros S.A.S., la que según la promesa actuó como promitente vendedora y por ello se entiende que posee plenas facultades para contraer las obligaciones relacionadas con la transferencia real de los bienes, de su cumplimiento y de indemnizar los perjuicios derivados de su inejecución, pues en el mismo contrato se dejó constancia de que la Fiduciaria Bogotá, sólo sería responsable de la recepción, pago y desembolso de los recursos existentes en el fideicomiso, que no por las obligaciones que contraiga el fideicomitente en desarrollo del proyecto, lo que confirma que es la promitente vendedora la que debe resistir las pretensiones de la demanda.

Consideraciones

Al tenor del artículo 422 del código general del proceso, podrán ejecutarse aquellas obligaciones que constando en “*documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él*”, sean “*expresas, claras y exigibles*”, requisitos estos de orden formal que, a criterio del legislador, que por cierto acompasa señaladamente con la lógica, resultan vitales a la hora de determinar la medida del derecho cuya satisfacción se pretende por vía del proceso de ejecución.

Así que si el objeto del proceso es obtener el cumplimiento coercitivo de una prestación debida, es natural que la obligación, es decir, ese “*deber jurídico normativamente establecido de realizar u omitir determinado acto, y a cuyo cumplimiento por parte del obligado es imputada, como consecuencia, una sanción –*

coactiva, es decir, un castigo traducible en un acto de fuerza física organizada”, como la define J.C. Smith, citado por Manuel Ossorio en su Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y Sociales, Ed. Heliasta S.R.L, Buenos Aires, 1981, deba mirarse en función del contrato, pues se sabe que “para exigir el cumplimiento de la prestación que se le debe, pues este derecho surge de la exigibilidad de la obligación pactada en el contrato”, por supuesto que “la fuente de la obligación principal es el contrato válidamente celebrado” (Cas. Civ. Sent. de 10 de julio de 1995, expediente 4540).

Ahora, considera el juzgador a-quo que la ejecución no viene posible, porque si bien la entidad accionada es parte interviniente dentro del contrato de fiducia mercantil a que alude la actuación, al no figurar en el registro inmobiliario como titular de los predios objeto de promisión, no puede exigírsele que cumpla con una obligación que, por esa circunstancia, no está en posibilidad de cumplir, criterio que, ciertamente, se compadece con lo expresado por el inciso 2º del artículo 434 del código general del proceso, con arreglo al cual, para que pueda librarse ejecución por la obligación de suscribir una escritura pública que implique la transferencia de bienes sujetos a registro, ha menester no solamente que previamente se hayan estos cautelado, sino que, fundamentalmente, se acredite que estos están en cabeza del ejecutado, por supuesto que si ello no aparece acreditado en el evento, esa sería la conclusión que de entrada tendría que extraerse de lo actuado.

La cuestión, sin embargo, es que en medio de esa situación que se plantea en la demanda, hay un ingrediente que, a juicio de la Corporación, debe analizarse antes de rechazar esa posibilidad de ejecución que postulan los demandantes. A la verdad, si se repara en las promesas fuente de la ejecución, en virtud de las cuales la ejecutada, en esa condición de fideicomitente que deriva para ella de la fiducia constituida para el desarrollo del programa de construcción y venta del proyecto Mi Plaza Soacha, se obligó

“a transferir, a través del FIDEICOMISO FUTURO II COMERCIO – FIDUBOGOTÁ S.A. la Fiduciaria, a título de compraventa en favor del Promitente Comprador, quien a su vez se obliga a adquirir por el mismo título y de acuerdo a los términos y condiciones que a continuación se expresan el derecho de dominio y la posesión del Local”, comprometiéndose igualmente a suscribir la correspondiente escritura pública en que la venta se formalizaría previa *“instrucción del fideicomitente desarrollador”*, no cree el Tribunal que la forma de solventar las cosas sea remitiéndose exclusivamente a ese dato que figura en el registro inmobiliario.

O sea, si al margen de las promisiones está ese vínculo negocial a que alude la demanda, del que surgió para la fideicomitente una obligación, cuya medida y extensión está claramente definida ahí, desde que la ejecutada se comprometió a dar la instrucción para que la fiduciaria suscribiera la respectiva escritura previo el cumplimiento de esos requisitos que figuran allí en el contrato, lo pertinente sería que, sin objeciones sobre el mérito ejecutivo de los documentos base de la ejecución, el juzgador procediera en los términos que prescribe el sobredicho artículo 430 ejusdem, de acuerdo con el cual éste puede librar el *“mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquél considere legal”*.

A pesar de lo anterior, para que proceda la ejecución es necesario el escrutinio de otros aspectos tocantes con la obligación que va a ejecutarse; y aun cuando el juzgador a-quo no entró en esas constataciones, estando en apelación el auto que negó el mandamiento, es incuestionable que el resultado del recurso no depende solamente de la verificación en que acaba de entrar el Tribunal, sino en la corroboración de esos elementos que requiere una ejecución, pues, de lo contrario, ésta no puede ir.

Y justamente haciendo esa verificación, es que concluye esta Colegiatura que no obstante esa posibilidad el juez de librar la ejecución en los términos que lo estime correcto, en el caso sub-examine no se dan las condiciones para predicar esa ejecutividad de los documentos en que se respalda la ejecución, situación que de suyo impone confirmar el auto apelado.

Por disposición del legislador, la promesa de celebrar un contrato demanda, para su validez, la satisfacción de ciertas exigencias, una de ellas la que impone que ésta debe constar por escrito (numeral 1º, artículo 1611 del código civil), de donde, es ostensible, cuando se tratan de hacer efectivas las obligaciones que de una convención de esa estirpe dimanen, es al documento en que consta la promesa donde el juzgador debe comprobar no solamente que no se han subestimado las exigencias que de tipo formal establece la ley para este tipo de documentos, sino todo lo tocante con el cumplimiento; lo que en buenos términos traduce que si la obligación que pretende ejecutarse es la del perfeccionamiento de esos contratos preparatorios, es necesario verificar a qué punto puede decirse que los demandantes son contratantes cumplidos, ya que la ejecución de las obligaciones que emanan de la promesa de contrato, como es común en todo el ámbito contractual, es algo que se determina en función del comportamiento contractual que haya asumido el contratante que exige judicialmente el cumplimiento del contrato y el abono de perjuicios, pues solo de ese modo es posible determinar si el requisito de la exigibilidad se encuentra cumplido.

Lo dice, ciertamente, el artículo 1609 del código civil, que al efecto señala que “[e]n 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”, previsión que, vista en el panorama que brinda el presente caso, indica claramente que así como el 23 de mayo de 2023 debía suscribirse la correspondiente escritura

pública, teniendo en cuenta que el 22 de mayo fue día festivo, los ejecutantes han debido acreditar el cumplimiento de las obligaciones a que se habían comprometido y que tenían que ejecutar con antelación a esa fecha, ora que estuvieron prestos a cumplirlas, pues como se hizo constar en la cláusula tercera de las promesas, la escritura se suscribiría *“siempre y cuando el Promitente Comprador haya cumplido con todas las obligaciones a su cargo emanadas del presente Contrato, especialmente encontrarse al día en la forma del pago acordado en la cláusula quinta de este Contrato, como haber otorgado las garantías exigidas por la Promitente Vendedora para garantizar el pago del precio total de venta, trámites que el promitente comprador declara conocer y acepta cumplir, pues de lo contrario se entenderá su incumplimiento de las obligaciones adquiridas mediante el presente contrato”*.

Acontece, sin embargo, que mirados los documentos aportados con la demanda en pos de esa aspiración ejecutiva, no ve el Tribunal cómo es que de ellos puede concluirse que todos esos valores fueron cancelados en el tiempo y forma debida; en efecto, nótese cómo en lo que toca con el local 55, dijo en el otro sí que fue suscrito el 8 de mayo de 2023, que de los \$205'000.000 en que fue pactado el precio, \$130'000.000 ya habían sido recibidos a satisfacción y quedaba un saldo de \$75'000.000 que el promitente comprador debía *“pagar al fideicomiso con recursos del saldo restante del préstamo dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la documentación debidamente aprobada en Cavipetrol. La presentación o radicación de los documentos en Cavipetrol deberá realizarse por el Promitente Comprador dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la firma del presente documento”*, que en el *“evento de coincidir alguno(s) de los pagos con la fecha de firma de la escritura pública de compraventa prometida, el pago respectivo debe hacerse con cheque de gerencia girado a favor de Fiduciaria Bogotá S.A., y/o en la cuenta que sea informada por la Promitente Vendedora”* y que en todo caso *“[a]ntes de la fecha de la firma de la escritura pública de compraventa prometida o*

antes de la entrega real y material del Inmueble (lo que ocurra primero), el Promitente Comprador se obliga a otorgar en favor de la Promitente Vendedora un pagaré en blanco con carta de instrucciones, título valor con el cual garantizará al Promitente Vendedor el pago de la totalidad del precio del inmueble, junto con los gastos derivados de la presente compraventa, intereses y penalidades a las que haya lugar. Una vez transferido el inmueble, la Promitente Vendedora devolverá al Promitente Comprador el pagaré y la respectiva carta de instrucciones”.

Sin embargo, con la demanda no se aportó prueba de que para ese momento ya se habían depositado en la fiducia esos recursos, ora que el día de la escritura llevaban consigo ese cheque de gerencia o, en el peor de los casos, que habían otorgado previamente en favor de la promitente vendedora esa garantía; pago que no puede pretender acreditarse con ese correo electrónico que le enviaron a la demandada el 16 de mayo de 2023, indicándole que en relación con el local 55, ya habían consignado “*los 75 mm en la fiduciaria para completar el pago del saldo*”, pues para ello debían aportar el comprobante de pago correspondiente, ora un documento donde la demandada aceptara hacerlo recibido, que no la simple afirmación que hicieron en ese sentido en el sobredicho correo, o exhibiéndolo en la notaría cuando dejaron constancia de su comparecencia, pues justamente por cuenta de esas exigencias formales que la ley impone respecto de los títulos de ejecución, si sólo cabe ejecutar aquellas obligaciones instrumentadas en documentos provenientes del deudor, harto difícil resulta admitir que esos documentos con que pretende acreditarse dicho pago, donde constan apenas unas afirmaciones que provienen exclusivamente de la parte actora, sirvan a esa finalidad.

Y ni qué decir en lo que respecta al local 56, pues de acuerdo con la cláusula quinta de la promesa el “*valor total de la venta del Local corresponde a la suma de DOSCIENTOS MILLONES CIENTO OCHENTA Y CINCO*

MIL CIENTO SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$200,185,107.00) que el Promitente Comprador se obliga a pagar al Fideicomiso mediante consignación, que se obliga a realizar en el Banco de Bogotá, o en el que le sea informado por la Promitente Vendedora, con la tarjeta de recaudo a favor de Fideicomiso cuya vocera es Fiduciaria Bogotá S.A., así:

“5.1.1. La suma de CIENTO VEINTE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA MIL UN PESOS MONEDA CORRIENTE (\$120,540,001.00) que ya fue recibida a satisfacción por el Fideicomiso a la firma de este Contrato, a través del encargo fiduciario de inversión con destinación específica que el Promitente Comprador ha constituido en Fiduciaria Bogotá S.A. para la separación del Local” y el saldo, esto es, la “suma de SETENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$79,645,106.00)”, el día “30/03/2023” en una cuota y, sin embargo, lo que atestiguaron los ejecutantes ante el notario, fue que “el precio total del inmueble fue cancelado en su totalidad el 16 de mayo del 2023”, cual se comprueba también con esos comprobantes de recaudo y de transacciones PSE realizadas entre el 13 de marzo de 2023 y el 15 de mayo de 2023, cuya sumatoria asciende a \$75’645.109, de acuerdo con la tabla que se muestra a continuación:

Folio	Clase	Fecha	Valor	Número aprobación
150	Transacción PSE	13/03/2023	\$8'000.000	1967484550
151	Transacción PSE	28/03/2023	\$ 586.654	2050004060
153	Transacción PSE	28/04/2023	\$2'058.452	2050095048
155	Transacción PSE	28/04/2023	\$4'000.000	2063424436
159	Comprobante de recaudo	9/05/2023	\$5'686.000	46910060002006500000
160	Transacción PSE	9/05/2023	\$5'500.000	2072044823
162	Transacción PSE	9/05/2023	\$7'500.000	2072084441
164	Transacción PSE	13/05/2023	\$2'000.000	2079691540
166	Transacción PSE	13/05/2023	\$10'000.000	2079215537
168	Transacción PSE	13/05/2023	\$10'514.003	2079703942
170	Transacción PSE	15/05/2023	\$8'500.000	2082429964
172	Transacción PSE	15/05/2023	\$11'300.000	2082880926

Mas, si la exigibilidad, tratándose de un contrato, se determina tomando en consideración el comportamiento contractual de la parte que exige el cumplimiento forzado de la prestación debida y el abono de perjuicios, es ostensible que para tal propósito el accionante debe demostrar, ante todo, que es contratante cumplido, lo que difícilmente puede predicarse respecto de los demandantes, quienes, verdaderamente, en lo que hace a las obligaciones a su cargo, principalmente la de pagar el precio, no se ciñeron a lo acordado en la promesa, por supuesto que, en esas condiciones, no pueden pretender la ejecución en los términos en que lo hacen en la demanda.

Lo dicho basta para confirmar el auto apelado, aunque por las razones expuestas. No habrá condena en costas en esta instancia por no aparecer causadas, en virtud de lo dispuesto por el numeral 8° del artículo 365 del estatuto general del proceso.

III. – Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil – Familia, confirma el auto de fecha y procedencia preanotados.

Sin costas.

Oportunamente, vuelva el proceso al juzgado de origen para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase,

Germán Octavio Rodríguez Velásquez

German Octavio Rodriguez Velasquez

Firmado Por:

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Cundinamarca - Cundinamarca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c13cf0690c9e0d02af20350d0ce3f3d510d1413ce33719bcbbae77d05654e25c**

Documento generado en 22/03/2024 10:15:24 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>