

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CINCUENTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil veintidós (2022)

Radicado No. 11001 31 03 050 2021 00462 00

Procede este despacho a decidir lo que en derecho corresponda sobre el recurso de REPOSICIÓN y en subsidio de apelación que se interpusiera por el apoderado de la activa, en contra del auto de fecha 27 de octubre de 2021, mediante el cual se negó la orden de apremio elevada.

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El recurrente sustentó su oposición en los mismos hechos contenidos en el escrito demandatorio inicial, indicando que no se cumplió con el clausulado del Contrato de Vinculación Como Aportante de Área en el Fideicomiso Kubik Virrey II, respecto de la entrega de un inmueble de 133 mts² con 3 habitaciones como inicialmente se estipuló, puesto que la unidad inmobiliaria cuenta con un metraje de 126.68 mts² y 2 habitaciones.

De igual manera, por cuanto al momento de suscribirse la Escritura Pública 1116 el 10 de julio de 2017 se consignaron las siguientes inconformidades: *“I. Que acepta únicamente la transferencia de los garajes 65, 66, 67, 68 y del depósito 20 por encontrarse dentro de lo pactado. II. Que no acepta la transferencia del Apartamento 504 por ser contrario a lo establecido en el Memorando de Entendimiento y en el Contrato de Vinculación Como Aportante de Área, ya que en la escritura pública 666 del 28 de abril de 2017 de la Notaría 35 de Bogotá se expresa claramente que el mencionado apartamento sólo cuenta con dos (2) habitaciones. III. Que de esta situación, (que el apartamento 504 sólo había sido aprobado por parte de la Curaduría Urbana No. 5 de Bogotá D.C. con dos (2) habitaciones y un hall de alcobas, y que por lo tanto no podían cumplir con las obligaciones contenidas en Los Contratos), tenían conocimiento ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como FIDUCIARIA, PROMOTORA LAB COLOMBIA PROLABCO S.A.S. como FIDEICOMITENTE PROMOTOR y KUBIK LAB S.A.S. como FIDEICOMITENTE CONSTRUCTOR desde el 14 de agosto de 2015, fecha de expedición de la resolución RES 15-5-1381 expedida por la Curaduría Urbana No. 5, y que al respecto guardaron silencio. IV. Que no acepta la cláusula OCTAVA de la minuta presentada, en la cual se declaran ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. PROMOTORA LAB COLOMBIA PROLABCO S.A.S. y KUBIK LAB S.A.S. cumplidas con sus obligaciones. V. Que no acepta la cláusula QUINTA de la minuta presentada, ya que son contrarios a lo expresado en el CONTRATO DE VINCULACION COMO APORTANTE DE AREA, cláusula decima cuarta, donde se establece que estos gastos notariales, de impuesto de registro y los derechos de registro serán por cuenta de EL FIDEICOMITENTE PROMOTOR. VI. Que no acepta la cláusula TERCERA de la minuta presentada, por ser contraria lo estipulado en el Parágrafo Quinto de la Cláusula Decima Segunda del CONTRATO DE VINCULACION COMO APORTANTE DE AREA, en el cual se expresa que la entrega se hará libre de hipotecas en mayor extensión, y en general libre de limitaciones o gravámenes salvo las derivadas del régimen de Propiedad Horizontal.”*

Por lo tanto, es evidente la imposibilidad para el cumplimiento del pacto inicialmente suscrito, como quiera que al incumplirse las condiciones del contrato de vinculación, no se podía entregar el apartamento con 3 habitaciones.

De otro lado, nótese que las pretensiones de la demanda se sustentan en los constantes incumplimientos por parte de las demandadas a cada uno de los periodos pactados para la entrega de los bienes, sus dimensiones, anudado a las constantes demandadas incoadas en contra de la pasiva en donde se han recaudado pruebas que acreditan la omisión de los demandados.

CONSIDERACIONES

Debe indicarse que la presente acción ejecutiva se pretende la ejecución de perjuicios en los términos que trata el artículo 428 del C. G. P., que señala “[E]l acreedor podrá

demandar desde un principio el pago de perjuicios por la no entrega de una especie mueble o de bienes de género distintos de dinero, o por la ejecución o no ejecución de un hecho, estimándolos y especificándolos bajo juramento si no figuran en el título ejecutivo, en una cantidad como principal y otra como tasa de interés mensual, para que se siga la ejecución por suma líquida de dinero.”

Para tales efectos, ha indicado la jurisprudencia que:

“... Cuando se promueva ejecución por obligación de dar, hacer o no hacer, la pretensión del acreedor debe ser formulada de conformidad con las previsiones de los arts. 493 y 495 del C.P.C.

Mediante la primera disposición se autoriza al acreedor para solicitar, al tiempo con la entrega de un bien mueble o especie de género distinto de dinero, el reconocimiento de los perjuicios moratorios desde que la obligación se hizo exigible hasta que la entrega se efectúe, "para lo cual estimará bajo juramento su valor mensual, sino figuran en el título ejecutivo". De la misma manera se procede cuando se trata de una obligación de hacer.

En los términos del artículo 495, también se permite al acreedor reclamar el pago de perjuicios compensatorios "por la no entrega de una especie mueble o de bienes de género distinto de dinero, o por la ejecución o no ejecución de un hecho, estimándolos y especificándolos bajo juramento sino figuran en el título ejecutivo en una cantidad como principal y otra como tasa de interés mensual". En este evento, obviamente no se demanda la entrega del respectivo bien ni la realización del hecho, sino su equivalente o compensación en dinero, de manera que el cobro coactivo se asimila o convierte en una ejecución por suma de dinero.

Lo que caracteriza y a la vez asimila las situaciones reguladas en las normas mencionadas anteriormente, es que el cobro ejecutivo de los perjuicios, en ambos casos, se puede adelantar en los términos de los artículos 491 y 498 del C.P.C., a pesar de que la obligación no versa sobre una cantidad líquida de dinero ni consta expresamente en el título de recaudo ejecutivo, defiriéndose al acreedor la facultad de estimarlos y concretarlos bajo juramento.

Como es fácil deducirlo, el juramento constituye el instrumento eficaz, autorizado por la ley, para cumplir las exigencias del recaudo y complementar el título de ejecución, en los eventos previstos por ésta” (Sentencia C-472/95)

Entonces si lo que se atribuye al deudor es la inejecución de un hecho que debía realizar con ocasión de un negocio jurídico (no entregar un apartamento del metraje y dependencias acordadas), el supuesto normativo aplicable, es la ejecución por perjuicios compensatorios por la no ejecución de ese hecho.

En fecha más reciente la Corte Suprema de Justicia (STC3900 DE 2022) en cita de la sentencia del 3 de noviembre de 1977, citada en la sentencia STC3900 de 2022 que

“... se han distinguido dos tipos de indemnización, exigibles a opción del acreedor, como cumplimiento del contrato por parte del deudor constituido en mora: la moratoria y la compensatoria. Corresponde la primera al retardo (falta transitoria de pago), y la segunda, a la inejecución absoluta o ejecución imperfecta de la obligación (falta definitiva de pago en todo o en parte). La diferencia entre la una y la otra radica en que la indemnización moratoria se agrega a la ejecución del objeto tal como se pactó, en tanto la compensatoria excluye esta ejecución, pero comprende, en cambio, el valor o precio del objeto debido, en todo o en parte. ... Para finalizar lo concerniente a la segunda premisa que se estudia, sólo resta determinar cuándo puede el acreedor exigir el objeto debido más la indemnización moratoria y cuando la compensatoria, es decir el “precio de la cosa” más la indemnización por los “perjuicios de la mora”. La elección entre alguno de estos dos extremos, como

cumplimiento del contrato, corresponde al acreedor. Este optará por el primero cuando conserve interés en que el deudor ejecute el objeto de la obligación tal como fue pactado y se decidirá por el segundo, forzosamente cuando la cosa ha perecido, y en los demás casos cuando ya no tenga ningún interés en ese objeto se ejecute...

La nueva doctrina que ahora sienta la Corte puede pues resumirse en esta proposición: “el incumplimiento del contrato”, a que se refiere el artículo 1546 del Código Civil, puede efectuarse dos manera distintas: ora ejecutando el deudor moroso su obligación tal como fue contraída (cumplimiento en especie), ora pagando al acreedor el precio o valor del objeto pactado (ejecución en equivalente), en ambos casos con indemnización por los perjuicios de mora. El precio o valor del objeto más la indemnización moratoria, se llama en técnica jurídica la “indemnización compensatoria”

Pero para que ello sea posible como lo dijo recientemente ese Tribunal, es menester que se satisfagan tres requisitos, so pena de que la indemnización que se pretende ejecutar quede frustrada.

1. La existencia de la obligación a cargo del deudor.
2. Que esa obligación haya sido incumplida.
3. Que los perjuicios reclamados hayan sido estimados bajo juramento si no figuran en el título.

Pues bien, como se sostuvo en el auto materia de recurso

- a) El Sr Rafael Otalora se obligó entre otras cosas a transferir el inmueble identificado con M.I. 50C-335616 a un patrimonio autónomo que PROLABCO S.A.S., constituiría para desarrollar un proyecto de construcción en la Calle 87 No. 19 C – 31
- b) En contraprestación, recibiría una unidad privada ubicada en un quinto piso en obra gris con un área de 150 m², exterior en una sola planta, con tres habitaciones en del edificio PROLABCO; 3 garajes dos en línea uno individual y finalmente un depósito
- c) Más adelante según memorando de entendimiento parágrafo cláusula tercera (archivo 1 de la carpeta de 02AnexosAportados, se redujo el área del apartamento a 133 m². por lo cual se acordó una suma a título de compensación a favor del Sr. Otalora.
- d) Luego en virtud de un contrato de transacción (archivo 31 carpeta 02Anexos), se acordó ya no entregar 3 garajes sino 4, a raíz de unas diferencias relacionadas con el proyecto.
- e) Existe un contrato de vinculación como aportantes de área suscrito por Acción Fiduciaria como vocera del fideicomiso Kubik Virrey II, se consignó la misma obligación a favor del Sr Otalora esto es la transferencia de un apartamento, los garajes y el depósito; con salvedad que su descripción general quedarían consignadas en el reglamento de propiedad horizontal)
- f) Sin embargo en algunos documentos que regulaban los acuerdos entre las partes, se especificó y se aceptó que el diseño del apartamento podría sufrir variaciones, destacando el PLANO APTO 503 anexo al Contrato de Fideicomiso Kubik Virrey II (archivo 5, página 5 Carpeta 02Anexos) *“Este diseño puede tener ajustes por parte del diseñador o Constructor sin previo aviso por temas de coordinación técnica ”*.

De suerte que si bien no hay duda de la transferencia del apartamento que se debía hacer a favor del Sr. Otalora, como reporte al aporte de área que hizo, lo cierto es que de las pruebas documentales allegadas, varias advierten que ese apartamento de 3 habitaciones, podría sufrir variaciones, entonces no puede deducirse que se haya incumplido alguna obligación por parte de alguno de los ejecutados cuando en la minuta de la E.P. se hiciera referencia a ese apartamento, pero solo con 2 habitaciones aun cuando se mantuvo el área (133.05 m²),

Todos los documentos allegados por el ejecutante que dan cuenta de las condiciones del negocio celebrado constituyen un título complejo a partir del cual se determina la viabilidad

de librar o no la orden de apremio rogada.

Al respecto, se ha indicado que el título ejecutivo complejo, se constituye cuando, *la obligación se deduce del contenido de dos o más documentos dependientes o conexos, es decir ligados íntimamente, razón por la cual, sino existe unidad jurídica del título, imposible es que surja el mérito ejecutivo*¹

Entonces la documentación allegada valorada en su conjunto no da cuenta del incumplimiento de la obligación a cargo de PROLABCO S.A.S. por el hecho de la variación en las dependencias del apartamento concretamente en el número de alcobas, por lo que alguno de ellos o en su conjunto, no expresan la obligación aludida para librar mandamiento de pago en los términos rogados por el actor.

Se ha indicado que *“es clara la obligación que no da lugar a equívocos, en otras palabras, en la que están identificados el deudor, el acreedor, la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan. Es expresa cuando de la redacción misma del documento, aparece nítida y manifiesta la obligación. Es exigible si su cumplimiento no está sujeto a un plazo o a una condición, dicho de otro modo, si se trata de una obligación pura y simple ya declarada”*².

Se insiste que no puede desconocerse la existencia del contrato de vinculación que dio lugar a la transferencia de un apartamento para recibir en contraprestación otro, tal como se indicó en la providencia atacada, empero como estos documentos también informan, el inmueble podría tener variaciones en su diseño, de manera que no puede afirmarse que se incumplió con la obligación de transferencia al constar el apartamento solo con 2 de las 3 habitaciones.

Ahora bien, en lo que se refiere a las salvedades realizadas a la minuta, debe indicarse que la simple inconformidad elevada no acredita el incumplimiento en los términos del contrato inicial y sus respectivas modificaciones y/u otros si, no siendo procedente aducir que sus solas inconformidades permiten superar las exigencias del artículo 422 del C. G. P., pues tales anotaciones no provienen del deudor para constituir la obligación sobre sus hombros, pues lo que surge es una discusión en punto al alcance de las obligaciones contraídas por una y otra, que debe ser debatidas en otro tipo de asuntos, pues en el juicio ejecutivo, ninguna duda debe existir acerca de la obligación emanada del título para poder librar la orden de apremio.

Finalmente, refiere el togado que la declaración rendida por el Representante Legal Prolabco S.A.S., recaudada al interior del proceso 26-2017-00071 constituye una confesión en los términos del artículo 191 *ibidem*, pero de dicha declaración tampoco se advierte el incumplimiento alegado por el actor y en consecuencia la misma no sirve para establecer el incumplimiento atribuido. Escuchada la diligencia cuyo video fue aportado dentro de los múltiples anexos allegados, el representante legal de la sociedad luego de explicar el negocio celebrado adujo que con los apartamentos entregados se superaron incluso las expectativas de los aportantes, destacando que el que le corresponde al Sr Otalora se encuentra disponible para entrega con destacados acabados y especificaciones tanto internas como en zonas comunes; adicionó que la modificación del diseño del apartamento tiene lugar por la reducción del área que las partes acordaron quedando finalmente de dos habitaciones y otra área bien para un estudio o como un dormitorio aun cuando en el plano por algunas especificaciones técnicas de la Curaduría, no se toma de esa manera (archivo 112 carpeta 02Anexos), de ahí que de esa declaración de lejos no

¹ Auto del 4 de febrero de 2014. Proceso ejecutivo No. 11001-31-03-006-2013-00683-01 de M & T ABOGADOS S.A. contra PARQUE NUEVA MONTERIA S.A. E.S.P. y SERVICIALES S.A. E.S.P. M.P. JULIA MARÍA BOTERO LARRARTE

² Sentencia T-747 de 2013 Corte Constitucional

surge el reconocimiento del incumplimiento de la obligación, en la que el gestor sustenta su pretensión compensatoria.

Por lo expuesto con anterioridad, como quiera que no le asiste fundamento alguno al recurrente, habrá de mantenerse incólume la providencia atacada y en su lugar conceder el recurso subsidiario de apelación interpuesto.

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO CINCUENTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

RESUELVE

PRIMERO: MANTENER incólume el auto adiado el 27 de octubre de 2021.

SEGUNDO: CONCEDER en el EFECTO SUSPENSIVO ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el recurso de APELACIÓN interpuesto por el demandante contra el auto de fecha preanotada. Por secretaría, ENVÍESE el presente expediente al Superior jerárquico para su conocimiento, dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE,

PILAR JIMÉNEZ ARDILA
JUEZ

JIDC

Firmado Por:
Pilar Jimenez Ardila
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 050
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **c02d45a365aeb45bbbf3bdd3d1379d8fc59824c193bd5dd49112b133682794aa**

Documento generado en 19/07/2022 04:07:06 PM

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