

**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO**  
**JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**

Medellín, veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022)

<b>RADICADO</b>	05001 40 03 011 <b>2019-00070</b> 02
<b>PROCESO</b>	VERBAL - RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
<b>DEMANDANTE</b>	S48 TOWER S.A.S.
<b>DEMANDADO</b>	JAMES R.H. CALDERÓN DÍAZ Y OTRO
<b>INSTANCIA</b>	SEGUNDA INSTANCIA
<b>PROVIDENCIA</b>	SENTENCIA
<b>ORIGEN</b>	JUZGADO 11 CIVIL MUNICIPAL DE MEDELLÍN
<b>DECISIÓN</b>	REVOCA LA SENTENCIA
<b>FALLO</b>	98

### **ASUNTO**

Se procede a dictar sentencia de segunda instancia en el presente proceso VERBAL, incoado por S48 TOWER S.A.S. en contra de JAMES R.H. CALDERÓN DÍAZ Y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., proveniente del JUZGADO 11 CIVIL MUNICIPAL DE MEDELLÍN.

### **LAS PRETENSIONES**

En la demanda se pretende literalmente que:

**"PRIMERO:** *Que el señor JAMES R.H. CALDERON DÍAZ cumpla el contrato de encargo fiduciario y reciba los inmuebles a los que se refiere su vinculación como BENEFICIARIO DE ÁREA.*

**SEGUNDO:** *Que el señor JAMES R.H. CALDERON DÍAZ proceda al otorgamiento de las escrituras de transferencia del dominio de los inmuebles a los que se refiere su vinculación como BENEFICIARIO DE ÁREA, en los términos del contrato de encargo.*

**TERCERO:** *Que el señor JAMES R.H. CALDERON DÍAZ pague a S48 TOWER S.A.S. la suma de dinero por concepto de cláusula penal en los términos previstos en el párrafo de la cláusula novena del contrato de encargo fiduciario de vinculación suscrito, suma que asciende a \$65.876.524,2.*

**CUARTO:** *Que se condene al demandado JAMES R.H. CALDERON DÍAZ en costas y agencias en derecho"*

## **FUNDAMENTOS FÁCTICOS.**

En síntesis, se expusieron los siguientes hechos:

Que el 11 de septiembre de 2014, celebró contrato de encargo fiduciario de vinculación con JAMES R.H. CALDERÓN DÍAZ y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., con la finalidad de ser beneficiarios de área y recibir a título de beneficio a la terminación del proyecto inmobiliario, un inmueble identificado como oficina P10 (actualmente Oficina 814), con un área privada construida de 68.00 M2 y dos parqueaderos identificados con los números y letras 267N y 268N, obligándose a entregar a la fiduciaria la suma de \$329.382.621, en los términos señalados en dicho contrato.

Manifestó que terminó la construcción del proyecto inmobiliario en el año 2017, por lo que procedió a citar a JAMES R.H. CALDERÓN DÍAZ para el 02 de mayo y el 3 de agosto, con el fin que recibiera los bienes, y otorgara escritura pública, sin que éste se presentara, incumpliendo así con lo previsto en el contrato.

Indicó que según la cláusula 12° del contrato, a partir de la entrega material de los inmuebles, el beneficiario de área debía pagar la totalidad de las obligaciones inherentes a la tenencia del inmueble, como servicios públicos, impuestos, intereses, tasas y contribuciones, cuotas ordinarias y extraordinarias de administración, etc.

### **I. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA Y RÉPLICA.**

El JUZGADO 11 CIVIL MUNICIPAL DE MEDELLÍN, mediante auto del 13 de febrero de 2019, admitió la demanda; JAMES R.H. CALDERÓN DÍAZ se notificó personalmente el 10 de junio de 2019, y oportunamente replicó la demanda de la siguiente manera:

1. Que el 05 de julio de 2019 JAMES R.H. CALDERÓN mediante apoderado judicial contestó la demanda, oponiéndose a cada una de las pretensiones de la demanda.

2. Precisó que la citación del 02 de Mayo de 2017, la recibió el mismo día, por lo que le fue imposible asistir, pues reside en los Estados Unidos de

Norte América, lugar de conocimiento de la parte demandante, por lo que dicha inasistencia, no puede tenerse como incumplimiento del contrato.

3. Mencionó que junto con la parte demandante, estaba en conversaciones para dejar sin efectos la negociación, dada la modificación sustancial al inmueble objeto de la compraventa, dado que no le fue puesto en conocimiento durante el proceso de construcción del bien, la modificación que fuera realizada sin su autorización y que afecta ostensiblemente los intereses del demandado, lo que es contrario a la cláusula 43 del contrato de vinculación; pues el inmueble fue privado de la vista, dado que se tapó la ventana con un muro, so pretexto de exigencias de las autoridades, para senderos o rutas de evacuación, lo que varió los planos de la oferta, perdiendo luminosidad natural y el valor comercial del mismo; siendo el bien diferente al de la propuesta inicial de "venta sobre planos".

4. Afirmó que no ha tramitado los documentos de paz y salvo que se requieren, teniendo en cuenta que la parte demandante, no ha realizado la entrega del inmueble para el uso y goce del mismo; aclarando que se abstuvo de recibir la unidad inmobiliaria, por no aceptar las modificaciones sustanciales en el mismo.

En consecuencia, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y en su lugar, propuso las siguientes excepciones de mérito:

1. FALTA DE LOS REQUISITOS LEGALES DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO. La parte actora no cumplió con sus obligaciones de entregar materialmente el bien, pues el muro de salida de evacuación, no se incluyó en los planos del proyecto que se le vendió, lo que cambió de manera sustancial el objeto del contrato de lo que nunca fue advertido, no estando obligado a recibir.

Así mismo, según la cláusula 12º, la entrega material debió haber sido 23 meses después de logrado el punto de equilibrio, con un plazo de gracia de 120 días, aunado a que existían acuerdos entre las partes de devolver el dinero al demandado y reconocer una suma de la pena; por lo que, ni la demandante, ni la acción fiduciaria tienen prueba, de haber entregado el inmueble y haber notificado para hacer escrituración, careciendo de acta notarial de comparecencia.

2. FALTA DE CAUSA PARA PEDIR: La parte demandada no es la parte incumplida, pues pagó todo el dinero; y la parte demandante no es la cumplida, dado que pretendía entregar materialmente un inmueble que no cumplía con las especificaciones del encargo fiduciario.

3. PACTO RESOLUCIÓN CONTRACTUAL ANTERIOR ENTRE LAS PARTES: Entre las partes había un acuerdo de resolución del contrato, mediante la figura de la resciliación; sin que pueda decirse que, por falta de firma del mismo, carezca de validez.

Enunció que el 30 de noviembre de 2016, envió correo electrónico a PATRICIA SANTA directora de trámites y cartera de S48 TOWER, informándole que la oficina no tiene la vista prometida en los planos, y requiere una solución. El 6 de febrero de 2017 recibió respuesta donde reconocen que esa estructura no estaba contemplada en el proyecto, pero por requerimiento de los bomberos se debió adecuar una segunda ruta de evacuación en la torre, por lo que le hicieron dos propuestas: una, realizar tratamiento al muro y dos, devolución de los recursos consignados en la fiducia más un interés del 0.66% mensual, por un total de \$353.594.043, reconociéndole que realizó el pago total.

Posteriormente solicitó un reajuste de \$197.629.573, dado que el defecto bajaría hasta en un 40% el valor en el mercado del inmueble, siendo reajustada el 17 de julio de 2017 en la suma de \$362.962.802.

Finalmente, el 03 de octubre de 2017 el Abogado de la Constructora ALEJANDRO ECHAVARRÍA DAPENA envió documento para la resciliación del contrato de encargo fiduciario y devolución de los recursos entregados, solicitando remitir físicamente el contrato debidamente firmado y diligenciado con la información de la cuenta de Bancolombia para la transferencia; documento entregado de forma personal el 02 de marzo de 2018; y el 05 de octubre de 2017 dicho Abogado manifestó que se incluyó en el acuerdo la entrega de \$47.259.759 para un total de \$365.060.286. Paso seguido el 20 y 21 de septiembre de 2018, elevó derecho de petición dirigido a JULIO DARÍO ARROYAVE, MIGUEL GREFFENSTEIN ARANGO y FRANCISCO DUQUE GONZÁLEZ para el reembolso de los recursos más los intereses, a lo que recibió respuesta el 02 de octubre de 2018, indicándole que la resciliación sólo fue firmada por él y en ningún momento por ellos.

4. EXCEPCIÓN GENERICA: Que se reconozca como excepción cualquier otro hecho que se logre probar en este proceso y que genere medio de defensa.

La codemandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. fue notificada por aviso y contestó la demanda en los siguientes términos:

Manifestó que se atiene a lo que se decida en el proceso respecto de las pretensiones primera de la demanda principal, y primera y tercera consecucional de la primera principal, allanándose a la pretensión segunda consecucional de la primera principal, y parcialmente a la cuarta consecucional, pues debe condenarse en costas y agencias en derecho únicamente al codemandado JAMES R.H. CALDERÓN DÍAZ, dado que dicha entidad no propone excepciones, ni se opone a la prosperidad de las pretensiones.

#### **DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

Solicitó la parte demandada, demandante en reconvencción, se declare que la sociedad fideicomitente S48 TOWER S.A.S. incumplió con el contrato de encargo fiduciario de vinculación y en consecuencia se resuelva el contrato, ordenándole a que tramite ante la fiduciaria ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. la devolución de los dineros por la suma de \$317.800.529.60 como capital, más intereses al 0.66% mensual (teniendo en cuenta el acuerdo interpartes), o en el caso de no existir recursos en el fideicomiso, sean entregados por la constructora. Además del pago de la cláusula penal, en los términos previstos en el parágrafo de la cláusula 9º del contrato, y al pago de \$3.146.225,24 por concepto de compensación de los perjuicios causados por el retardo en la entrega material del inmueble, teniendo en cuenta la cláusula 12º del contrato, así como las costas y agencias en derecho.

Expresó que el señor JAMES RH CALDERON DIAZ realizó varias reclamaciones y propuestas con el fin de llegar a un acuerdo con la constructora y en pos de lograr una pronta resolución de su situación contractual, aduciendo el incumplimiento por parte de la sociedad S48 TOWER S.A.S de las condiciones iniciales ofrecidas y contratadas, y respecto a los acuerdos verbales y escritos de resciliación contractual.

Determinó que resulta contradictorio que la constructora pretenda realizar la entrega de una unidad inmobiliaria, omitiendo los requerimientos y quejas realizadas, dadas las modificaciones sustanciales en la estructura, que no fueron informadas, ni autorizadas por él, lo que alteró la valorización, condiciones iniciales de oferta y el contrato de vinculación suscrito conforme a las condiciones establecidas en el anexo 1 y los planos, situación que conforme al inciso 7mo de la cláusula 12º, constituye una causa justificada de abstención a la entrega, para lo cual no podría predicarse que esta pueda ser entregada arbitrariamente por la inmobiliaria a entera satisfacción, y en consecuencia, no podría configurarse las obligaciones inherentes a la tenencia, tales como servicios públicos, impuestos, intereses, tasas y contribuciones.

Precisó que, si bien el comunicado del 27 de abril de 2017, establece que la Constructora informaría el lugar, fecha y hora en el que debería concurrir al otorgamiento de la escritura pública, de ello no media citación, ni constancia de comparecencia ante ninguna Notaria.

El Sr. JAMES RH CALDERON DIAZ cumplió con sus cargas contractuales, y pagos antes de los tiempos estipulados, encontrándose a paz y salvo por todo concepto, por lo que se encuentra facultado para exigir el pago de una suma de dinero equivalente al 20% del valor total de las sumas entregadas al fideicomiso según contemplada la cláusula 9º del contrato.

Concluyó que teniendo en cuenta la cláusula 12º del contrato de vinculación, párrafo segundo y que la Constructora no ha realizado la entrega material del inmueble, existe un incumplimiento del contrato de su parte, por lo que se debe reconocer una compensación por todos los perjuicios causados a razón del retardo, equivalente al 4% anual, para un total de: \$3.146.225,24.

El JUZGADO 11 CIVIL MUNICIPAL DE MEDELLÍN mediante auto del 17 de octubre de 2019, dio traslado de las excepciones propuestas contra la demanda y se admitió la demanda de reconvenición presentada por JAMES R.H. CALDERÓN DIAZ frente a S48 TOWER S.A.S., notificando a la parte demandada por estados, concediendo el término de 20 días para contestar y pedir las pruebas que pretenda hacer valer.

## **CONTESTACIÓN RECONVENCIÓN**

La sociedad S48 TOWER S.A.S se opuso a todas y cada una de las pretensiones en reconvencción, en consecuencia, solicitó que se desestimaran y que se absolviera de toda responsabilidad a la sociedad, condenando al demandante al pago de las costas judiciales.

Expresó que no incurrió en incumplimiento del contrato de encargo fiduciario, puesto que la oficina 814 construida en la Torre S48 corresponde en su totalidad a la unidad inmobiliaria objeto de la negociación, conforme los planos y documentación anexa, teniendo en cuenta que ninguna de las modificaciones generó un cambio en los materiales, ni calidad previstos, aunado a que la estructura construida en frente de la oficina, obedece a requerimientos hechos por las autoridades municipales competentes (bomberos), situación que fue prevista dentro de los términos del encargo Cláusula 1º; así las cosas, llevaron a cabo el proyecto con las condiciones señaladas en dicho documento, ya que en ninguna parte se estableció que la oficina 814 tendría alguna vista específica; por tanto, es el señor CALDERÓN quien ha incumplido con la obligación de recibir la Oficina, la cual está terminada y lista para su entrega desde el año 2017, quedando las llaves a su disposición en las oficinas de la compañía, así como los documentos tendientes a protocolizar las escrituras correspondientes.

Aclaró que con el señor CALDERÓN han sostenido varias negociaciones a fin de llegar a un acuerdo, sin que a la fecha se hubiera logrado tal.

Precisó que ALEJANDRO ECHAVARRÍA DAPENA, no es apoderado general de la sociedad S48 TOWER S.A.S., ni actúa en el momento como apoderado especial de la misma, pues requiere poder y facultad para hacerlo; por lo que la compañía S48 TOWER S.A.S., no accedió a su solicitud de devolución de recursos, pues no media a la fecha resciliación del encargo fiduciario debidamente suscrita.

El señor JAMES CALDERÓN no cumplió con sus obligaciones contractuales toda vez que se ha negado a recibir el inmueble por razones diferentes a la inhabilitación, ni ha pagado las obligaciones inherentes a la tenencia del inmueble, conforme quedó establecido en la cláusula 12º del contrato de encargo fiduciario; teniendo en cuenta que la entrega del inmueble

fue llevada a cabo el 2 de mayo de 2017, conforme lo previsto en la cláusula 12º del contrato.

Propuso las siguientes excepciones:

1. CUMPLIMIENTO DE S48 TOWER S.A.S.: La sociedad terminó la construcción del proyecto inmobiliario S48 TOWER S.A.S. en el año 2017, tiempo y forma debidos, dando cumplimiento a lo previsto en el contrato de Encargo Fiduciario de Vinculación, procediendo a citar a JAMES R.H. CALDERÓN DÍAZ para que recibiese los bienes inmuebles el 02 de mayo de 2017, pero no se presentó (incumpliendo así con el contrato suscrito).

Si bien se efectuaron modificaciones en el edificio, ninguna generó un cambio en los materiales a los inicialmente previstos, sino que se llevó a cabo en pleno cumplimiento del proyecto, con las condiciones señaladas en el encargo fiduciario, sin sufrir variación que hiciera que dejara de guardar relación con la propuesta inicial.

2. INCUMPLIMIENTO DEL SEÑOR JAMES RH CALDERÓN: El Señor JAMES RH CALDERÓN se encuentra incumpliendo sus obligaciones contractuales pues no compareció a recibir la unidad en ninguna de las 2 oportunidades en que fue citado; ni ha atendido las obligaciones en cuanto a los gastos de mantenimiento del bien, pues se niega injustificadamente a recibir la unidad inmobiliaria.

3. CULPA EXCLUSIVA DEL DEMANDANTE: El señor JAMES CALDERÓN manifestó que ha sufrido perjuicios ocasionados por el "retardo en la entrega material del inmueble", perjuicios imputables a su actuación negligente, incumplida y de mala fe.

4. MALA FE: Todas las actuaciones del demandante JAMES CALDERON han sido encaminadas a hacer parecer incumplida a la sociedad, por lo que lo citó a audiencia de conciliación, pero no compareció, y debió presentar la demanda.

El JUZGADO 11 CIVIL MUNICIPAL DE MEDELLÍN por auto del 20 de noviembre de 2019, se corrió traslado de las excepciones de mérito presentadas frente a la demanda de reconvenición.

Posteriormente, mediante auto del 29 de enero de 2020, se decretó la práctica de pruebas y se fijó fecha para la realización de la audiencia prevista en los art. 372 y 373 del C.G.P.; la cual dada la pandemia del COVID-19, mediante auto del 16 de marzo de 2020 fue aplazada. Se comenzó a la etapa inicial de la audiencia el 13 de agosto de 2020, siendo suspendida para fallo, fecha que fuera fijada mediante auto del 18 de agosto de 2020.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El 25 de noviembre de 2020 se procedió a dictar sentencia, la cual en su parte resolutive indica:

*"PRIMERO: DECLARAR civilmente responsable al demandado JAMES CALDERON DIAZ por el incumplimiento del contrato de vinculación al fideicomiso RECURSOS S48 TOWER por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*

*SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior se condena al demandado JAMES CALDERON DIAZ a la obligación de recibir materialmente y suscribir la escritura pública traslativa del dominio de la oficina 814 así como los dos parqueaderos que hacen parte del contrato de vinculación al fideicomiso S48 TOWER y realizar todas las obligaciones que según el contrato deba cumplir para llevar a cabo dicha suscripción.*

*TERCERO: Negar la condena por la cláusula penal a favor de la parte demandante.*

*CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada según se indicó en la parte motiva.*

*QUINTO: Absolver de toda responsabilidad civil por el incumplimiento del contrato objeto del presente proceso a la SOCIEDAD ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. según se indicó en la parte motiva de esta decisión.*

*SEXTO: NEGAR la totalidad de las pretensiones de la demanda de RECONVENCIÓN.*

*SÉPTIMO: Condenar en costas al demandado JAMES CALDERON DIAZ y en favor de S48 TOWERS SAS en cuanto al proceso principal y reconvencción, las cuales se liquidarán por secretaria y como agencias en derecho, se fija la suma de \$8'000.000.*

*OCTAVO: La presente decisión queda notificada por estrados.*

*NOVENO: Los del señor James Calderón Y de la sociedad S48 Tower interpone recurso de apelación el cual se concede en el efecto SUSPENSIVO de acuerdo al art. 323 del C.G.P. y se procederá a remitir el expediente una vez transcurridos los tres (3) días siguientes a esta audiencia para la sustentación del recurso, aclarando que no hay lugar a cobro de expensas para la remisión del expediente ya que el mismo se hará de forma digital.”*

## **DEL RECURSO DE APELACIÓN**

La sociedad S48 TOWER S.A.S señaló que el juzgado pasó por alto que se requirió al señor JAMES RH CALDERÓN, al citarlo a audiencia de conciliación, para que diera cumplimiento al contrato y procediera a recibir las unidades inmobiliarias, lo que cumple con la condición de ser un requerimiento escrito, previo a la aplicación de la cláusula penal, dado que a partir del recibo de dicho requerimiento, esto es, 11 de octubre de 2018, tenía 10 días calendario para cumplir, so pena de aplicarse dicha cláusula.

Considera dicha sociedad, que se incurrió en un yerro por parte del Juzgador de primera instancia, al no imponer la cláusula penal al señor JAMES CALDERÓN, pues sí se agotaron efectivamente los procedimientos contractuales previstos para que proceda la imposición de la pena.

JAMES RH CALDERON DIAZ consideró que el a-quo debió enfocarse en las cláusulas de los contratos que fueron incumplidas por la parte demandante e inclusive por la codemandada, teniendo en cuenta el hecho de que él siempre cumplió con su obligación de pagar, lo que hizo de manera anticipada, estando allanado a cumplir con las propuestas que posteriormente se le hicieron para resolver el negocio jurídico, mediante la figura de la RESCILIACIÓN.

Mencionó que el actor fundamenta su incumplimiento en el hecho de no recibir el inmueble cuando fue citado, lo que no es cierto, pues la citación se recibió el mismo 02 de mayo de 2017, siendo físicamente imposible de cumplir, dado que se encontraba en una ciudad muy distante de Medellín, por lo que no puede hablarse de incumplimiento por parte del Señor CALDERON.

Indicó que, aunado a lo anterior, la Señora Juez de conocimiento en primera instancia, no le dio importancia al hecho de que el demandado nunca fue citado para suscribir escritura pública de transferencia del inmueble, pues dentro de este tipo de contratos la entrega, puede ser material y/o real, con la protocolización y suscripción del título escriturario mediante el cual se transfiere el dominio. Aclaró que nunca recibió la oficina en noviembre del 2016, como lo manifestó la Señora Juez en la parte considerativa de la Sentencia, pues no se encontraba en Colombia para dicha fecha como quiera que nunca fue citado debidamente para recibir; aunado a que vio por primera vez los inmuebles, en junio de 2017, y no recibió llaves.

Reiteró que el demandado se negó a recibir el inmueble, porque le cambiaron las condiciones físico estructurales del inmueble, con la construcción de un muro que interfiere con la visibilidad panorámica, ventilación y luminosidad, muro que no estaba contemplado en los planos del proyecto cuando fue ofrecido al demandado, y del que debió ser notificado el demandado, para evitar el incumplimiento por parte de la demandante, como lo ordena el contrato de encargo fiduciario en el numeral cuarto, requisito totalmente ausente, pues debió haberse pedido autorización a este como beneficiario de área, y así estar en la libertad de aceptar o no, lo que hubiese sido en su momento, la causal de resolver el contrato. JAMES CALDERON escogió la oficina del piso 8º porque se podía ver el estadio y el parque, siendo fácil concluir que un inmueble en un piso tan alto tiene vista panorámica, pero con el muro levantado, se tapa toda la parte frontal, como quedó probado.

Precisó que el Dr. ALEJANDRO ECHAVARRIA, abogado que representa la parte actora en la Litis, como abogado externo de la compañía, siempre tuvo contacto con el Señor JAMES CALDERON desde su correo electrónico y de manera personalizada, presentando una propuesta verbal y por escrito, para la firma de la resciliación. La Juez debió tener en cuenta, que todos los testigos, incluyendo al Representante legal, los trabajadores de S48 TOWER, PATRICIA SANTA y ANDRES FUENTES, y la Señora RUBIELA LEZCANO, sumado a los

correos electrónicos aportados, se logró probar que se hicieron varios borradores, intentando un acuerdo, el cual fue perfeccionado el 02 de marzo de 2.018, cuando el Señor JAMES CALDERON firmó la resciliación, documento que obra en el expediente.

Determinó que en atención a los artículos 870 del C.Co. y 1.546 del C.C., frente a la ACCION RESOLUTORIA y/o de CUMPLIMIENTO, la demandante no cumplió, por lo tanto, su pretensión no debió haber prosperado, pues sólo la parte cumplida o allanada a cumplir puede dirigir la acción en contra de la parte incumplida; y el Señor JAMES CALDERON siempre cumplió, incluso pagó antes de lo acordado.

Indicó que S48 TOWER hizo dos propuestas: realizar tratamiento al muro y hacer devolución de los recursos consignados en la fiducia más un interés del 0.66% mensual, reconociendo que el demandado pagó el valor total; opción que fue aceptada por el Señor JAMES CALDERON, en los valores que fueron determinados en la contestación de la demanda.

Concluyó que explicó, fundamentó y probó, que la parte demandante es la parte incumplida y que el demandando cumplió con su obligación, por lo que, el valor probatorio dado por la Señora Juez, no se ajusta a la realidad y la interpretación que da al contrato se aparta de sus prescripciones, sin ajustarse a las normas que rigen la materia; en consecuencia, se debe condenar a la parte demandante a pagar en favor del Señor JAMES CALDERON la cláusula penal y acceder a la totalidad de las pretensiones de la demanda de reconvencción.

## **II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

La demanda fue recibida en este Despacho el 08 de septiembre de 2021 y a la fecha no se ha recibido solicitud adicional en esta instancia, por parte de los recurrentes.

Sea lo primero indicar que este Despacho es el competente para conocer y dar trámite a la apelación de sentencia proferida por el Juzgado de primera instancia.

Previo a penetrar en el asunto que concita la atención del Despacho debe advertirse que el legislador dispuso que el recurso de apelación debe ser sustentado, y que para ello el apelante debe exponer las razones de su inconformidad, lo que delimita el pronunciamiento del Juez de segundo grado, quien, en consecuencia, resuelve la alzada en relación con las alegaciones del recurrente.

En este caso, se conoce de la apelación de la sentencia de la parte demandante S48 TOWER S.A.S. y del codemandado JAMES R.H. CALDERÓN DÍAZ, luego de conformidad con el mandato contenido en el artículo 328 del Código General del Proceso, se proveerá teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la sustentación del recurso, mismos que sólo podían versar sobre los **REPAROS CONCRETOS** expuestos en primera instancia.

Lo anterior pues de conformidad con el Código General del proceso, existe en el apelante el deber de precisar los REPAROS CONCRETOS de la decisión al momento de apelar la sentencia, los que limitarán la sustentación que hace ante el Juez de segundo grado, como expresamente lo señala el artículo 327 del CGP.

Cumplido lo anterior, es la oportunidad para tomar la decisión que en segunda instancia corresponde, no sin antes realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**1.** Lo pretendido aquí es la declaratoria de incumplimiento del contrato denominado "Encargo Fiduciario para vinculación al Fideicomiso Recursos S48 TOWER" optando la parte contratante de la demanda principal, por el cumplimiento del contrato. Por su parte, el beneficiario de área codemandado no sólo invocó el incumplimiento de la demandante como condición que le impedía iniciar la acción de cumplimiento contractual, sino que incoó demanda de reconvención en busca de la resolución del contrato. En consecuencia, el problema jurídico principal radica en los siguientes interrogantes ¿Se demostró el cumplimiento del contrato por parte de la demandante S48 TOWER S.A.S.?, ¿Se probó el incumplimiento de las obligaciones por parte del demandado JAMES R.H. CALDERÓN DÍAZ? Correlativamente, con base en las anteriores premisas se decidirá lo relativo a la prosperidad de las pretensiones

consecuenciales; es decir, a lo concerniente al pago de la cláusula penal pactada.

**2.** Pues bien, debe precisarse desde ya que el primer problema jurídico a despejar tiene que ver con la demostración de la estricta observancia de las obligaciones derivadas del contrato cuyo cumplimiento se pretende, en la medida en que la acción aquí intentada, que no es otra que la contemplada en el artículo 1546 del Código Civil, presupone que sólo el **contratante cumplido** podrá pedir a su arbitrio (obligación alternativa) el cumplimiento del contrato o su resolución con indemnización de perjuicios.

Así lo ha señalado con insistencia por la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia del 31 de mayo de 2010, MP Dr. William Namén Vargas, recordó:

*"... en presencia de un contrato válido, "bilateral" o de prestaciones correlativas, el incumplimiento o renuencia a cumplir de una de las partes y el cumplimiento o disposición a cumplir de la otra, otorga al contratante cumplido o presto al cumplimiento, la acción alternativa para exigir su cumplimiento o su resolución con indemnización de perjuicios, es decir, la obligación misma (prestación in natura) o su equivalente pecuniario (subrogado, a estimatio pecunia) con la plena reparación de daños comprensiva del damnun emergens y el lucrum cessans (artículos 1613 y 1614 del Código Civil, 871 Código de Comercio), ya de manera principal (artículos 1610 y 1612 del Código Civil) ora accesoria y consecuencial (artículos 1546 y 1818 del Código Civil), bien en forma autónoma e independiente de la resolución, por tratarse de responsabilidad contractual, consecuencia legal del incumplimiento de la obligación, o sea, de un deber de conducta, referido "a la desatención por parte del deudor de sus deberes de prestación, que tiene como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor" (sentencia sustitutiva de 18 de diciembre de 2009, exp. 41001-3103-004-1996-09616-01).*

*"Para ser más precisos, un contratante incumplido o renuente a cumplir, por regla general, carece de legitimación e interés para exigir el cumplimiento o resolución del contrato con indemnización de perjuicios frente a la parte cumplida o presta a su deber negocial, y por ende, con interés para invocar la excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpletis contractus, artículo 1609, Código Civil), y si bien "en atención a lo establecido en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, en concordancia con el artículo 871 del Código de Comercio, mientras el contrato no se haya extinguido por las causas legales o por el consentimiento de las partes, los deberes de prestación que del mismo hayan*

*surgido conservan vigencia y exigibilidad, y deben ser ejecutados de buena fe” (sentencia sustitutiva de 18 de diciembre de 2009, exp. 41001-3103-004-1996-09616-01), tampoco el contratante incumplido podrá exigir el simple cumplimiento sin resarcimiento de daños, mientras no cumpla o se allane a cumplir sus obligaciones.”*

Para despejar los argumentos de la apelación presentados tanto por el demandante en la demanda principal como por el codemandado JAMES R.H. CALDERÓN DÍAZ, demandante en reconvención, es preciso definir que no existe duda sobre la existencia y validez del contrato de encargo fiduciario para vinculación a fideicomiso celebrado entre las partes el 11 de septiembre de 2014.

Lo que procede ahora es, por el objeto de los recursos de apelación, desatar el primer lugar aquél que busca la revocatoria de la sentencia de primer grado; y, en caso de despejar desfavorablemente dicha apelación, decidir si era procedente o no condenar al demandado en la demanda principal al pago de la cláusula penal.

Para ello, se hace imperioso descender a las cláusulas contractuales, y definir frente a ellas, si el demandante en la demanda principal fue o no contratante cumplido, pues de allí se derivan otras consecuencias para la definición de los recursos de apelación.

**A).** Frente al objeto del contrato.

*"PRIMERA. OBJETO. El objeto del presente contrato consiste en establecer las condiciones por las cuales EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA se vinculan al FIDEICOMISO RECURSOS **mediante la entrega de recursos en dinero, que les confieren el derecho a recibir como beneficio la propiedad que le será transferida por el FIDEICOMISO LOTE y la entrega material de la(s) unidad(es) inmobiliaria(s) respecto de la(s) cual(es) se vinculan.** EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA suscriben el presente contrato, el cual reglamenta el actuar de las partes en el presente negocio, bajo el entendido de que las funciones de ACCION están circunscritas al cumplimiento de las instrucciones que en el contrato de fiducia mercantil se establecen, con total independencia del desarrollo del proyecto, la cual es responsabilidad única y exclusiva de EL FIDEICOMITENTE.*

**La descripción, especificaciones, diseños, descripciones y demás características del inmueble ya han sido definidas por EL**

***FIDEICOMITENTE y aceptadas por EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA, en el ANEXO UNO, que hace parte del presente contrato. EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA aceptan que EL PROYECTO inicial pueden ser objeto de modificaciones en razón de las exigencias que puedan formular las autoridades competentes al expedir la licencia de construcción, por razones de mejor comercialización o en razón de situaciones imprevistas generadas en el mercado de materiales, que obliguen a realizar cambios, que no sean de calidad inferior a los inicialmente previstos. No es obligación de ACCION el control de los cambios o modificaciones que pueda sufrir el Proyecto, pues las mismas son responsabilidad única y exclusiva de EL FIDEICOMITENTE.***

*Dado que EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA se vincula(n) al FIDEICOMISO RECURSOS únicamente con el propósito de recibir, a la terminación del PROYECTO la(las) unidad(es) inmobiliaria(s) que ha(n) quedado reseñadas al inicio del presente contrato y el porcentaje de copropiedad que a esa unidad le corresponda en las zonas comunes, de acuerdo con el Reglamento de Propiedad Horizontal al cual sea sometido el inmueble sobre el cual se ejecute el PROYECTO, EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA no tendrán derecho a participar en los excedentes o pérdidas que resulten al momento de liquidar FIDEICOMISO RECURSOS y/o el FIDEICOMISO LOTE, y no adquirirán por dicha vinculación el carácter de BENEFICIARIOS con relación a los demás derechos y obligaciones propios de EL FIDEICOMITENTE.” (Negrilla y Subraya fuera del texto)*

Establece el contrato que la descripción, especificaciones, diseños y demás características del inmueble fueron definidas por el fideicomitente y aceptadas por el beneficiario de área, en el **ANEXO UNO**, que hace parte del contrato.

Analizando este documento y como presupuesto para determinar el presunto incumplimiento del señor JAMES R.H. CALDERÓN DÍAZ denunciadas en la demanda inicial, se deja claro que en este no se observa la existencia de las escaleras de emergencia, siendo éste el principal motivo por el cual el BENEFICIARIO DE ÁREA ha fincado el motivo para no recibir el inmueble.

Ahora bien, es cierto que el contrato enuncia a su vez que el BENEFICIARIO DE ÁREA acepta que el proyecto inicial puede ser objeto de modificaciones en razón de las exigencias que puedan formular las autoridades competentes al expedir la licencia de construcción. Pese a ello, revisado el expediente, no se aportó prueba si quiera sumaria donde pueda corroborarse, cuál autoridad hizo tal requerimiento, que diera lugar a la modificación de las

especificaciones del inmueble, como había sido acordado por las partes contratantes.

Sobre este punto, es importante remitirse al acuerdo contractual en el que se estipuló lo siguiente en sus ANTECEDENTES:

*"El proyecto se desarrollará sobre el(los) inmueble(s) mencionado(s) en el numeral primero anterior, consiste en la construcción por parte del EL FIDEICOMITENTE, bajo su cuenta, riesgo y responsabilidad, del PROYECTO inmobiliario denominado S48 TOWER en adelante EL PROYECTO, que consiste en la construcción de 11,70 metros construidos comerciales, entre oficinas y locales ubicados en el Municipio de Envigado. **No obstante la descripción anterior, el proyecto podrá sufrir variaciones o modificaciones. En el evento que las mismas resulten sustanciales, deberá contarse con la autorización escrita del BENEFICIARIO DE ÁREA que resulte afectado, pero si los cambios son sencillos y no afectan o desmejoran las condiciones inicialmente pactadas basta con una carta enviada a EL BENEFICIARIO DE ÁREA notificando la respectiva modificación...**"* (negrilla intencional)

El punto entonces es determinar si la variación que sufrió el inmueble se trató de una variación sustancial o no.

Según lo probado, el BENEFICIARIO DE ÁREA desde el momento en el que pudo percibir los cambios en el inmueble, manifestó por varios medios al FIDEICOMITENTE/CONSTRUCTOR su inconformidad, quien ofreció diversas soluciones hasta el punto de redactar una resciliación del contrato inicial.

Por esta razón, al contestar la demanda principal, se dijo sobre este específico asunto que -contrario a lo afirmado por la parte demandante-, el inmueble no se construyó con las especificaciones del anexo uno del contrato.

Al revisar el material probatorio obtenido en el juicio para desprender de allí las conclusiones debidas, se advierte lo siguiente:

- Obran 4 fotografías, visibles en el expediente físico en los folios 130, 140, 141 y 142 aportadas en la contestación de la demanda principal y que no recibieron reparo de los demandantes: Allí se observa, con absoluta claridad, el cambio que sufrió el inmueble en relación con la vista panorámica que tenía inicialmente, y con la que quedó luego de que fuera construido un muro que

impedía obtener el 100% de la visual anterior. Las fotografías de los folios 140 y 141 son las más dicientes sobre dicho cambio, por tanto, los reproches de la *aquo* referentes a su falta de demostración de los hechos al carecer de medidas y porcentaje de vista obstruida, resulta gravoso cuando dichos documentos representativos no solo son claros en probar el cambio sustancial de una de las características importantes del inmueble, sino que no fueron desconocidas por quienes se pudieron oponer a ellas en el traslado de las excepciones de mérito. El vídeo, aunque corto, sí que es claro para probar este aspecto.

Ahora, aunque en el contrato no se definió que el inmueble tendría una "vista específica" como lo alegó con insistencia el apoderado de la fideicomitente, resulta que, éste sí se torna en un aspecto importante de toda edificación que no puede ser desconocida ahora por la sociedad constructora. No tiene igual valor comercial aquél inmueble que cuenta con una buena visibilidad, y por ende, luminosidad exterior natural, con aquél que está privado de ella. Un cambio sustancial en este aspecto, sí debe contar con el aval del beneficiario de área quien accedió a pagar el valor asignado al inmueble, conforme a las características ofrecidas por el constructor, entre ellas, sin lugar a dudas, el de la vista con la que contaba la oficina.

Así las cosas, no comparte este Despacho la decisión de primera instancia que le restó la importancia debida a este sustancial cambio en la construcción anotando que a ello no se comprometió "expresamente" la fideicomitente constructora pues resulta contrario a la realidad negocial implícita. No es lo mismo, la negociación y comercialización de un bien que cuente con una buena vista exterior y por ende luminosidad natural que aquélla que carece de ésta. Aún más cuando no fue puesto de presente al adquirente para contar con su aval, y ser del caso, renegociar las condiciones del contrato.

- También obra copias del anexo uno del contrato, en el que no se describe la existencia del muro, situación que fue pacíficamente admitida al interior del proceso, y la que se le informó al beneficiario de área desde la comunicación visible en el folio 41 del expediente físico en la que se le informa "*...es importante anotar que esta estructura no estaba contemplada inicialmente en el proyecto, pero por un requerimiento de Bomberos se exigió adecuar una segunda ruta de evacuación en la torre*"

Y, aunque la parte actora informó al demandado que este muro se realizó por exigencia de autoridad competente (bomberos), dicha afirmación no fue probada al interior del proceso, lo que correspondía a la carga probatoria de quien se pretendía hacer valer de la cláusula que permitía hacer las variaciones sin contar con la autorización del beneficiario del área.

De allí se desprende que el objeto del contrato (características físicas de los inmuebles), sí fue modificado sustancialmente, generando así el incumplimiento de las obligaciones, de quienes asumieron la construcción del proyecto inmobiliario ofrecido.

La anterior conclusión conlleva a que el demandado en la demanda principal logró probar que quien ejerció la acción de cumplimiento contractual no estaba legitimado para incoarla, pues la parte actora incumplió con sus obligaciones, en cuanto al objeto del contrato, dado que el muro de salida de evacuación, no se incluyó en los planos del proyecto que fue vendido, como se puede observar en el anexo uno del contrato, lo que cambió de manera sustancial el inmueble a entregar, sin que se hubiera probado en el expediente, que existía por parte del demandante, causal justificante para dicho cambio, teniendo en cuenta que no se aportó prueba si quiera sumaria del requerimiento de autoridad competente para tal fin.

De esta manera pues, el fundamento de la sentencia de primera instancia, según la cual la entidad demandante era contratante cumplido, cae al vacío.

Y, aunque este incumplimiento contractual resulta suficiente para los efectos procesales esperados, también se demostraron otros que pasan a verse:

**B).** Frente a la entrega de los inmuebles:

*"DÉCIMA SEGUNDA. ENTREGA MATERIAL. EL FIDEICOMITENTE manifiesta a EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA que la fecha de entrega material de la unidad inmobiliaria, está prevista **para 23 meses desde el cumplimiento del punto de equilibrio**. En caso que EL FIDEICOMITENTE **terminara de manera anticipada la construcción, deberá notificar por escrito a EL BENEFICIARIO DE AREA con una anticipación no inferior a quince días hábiles para que concurra a la entrega de la unidad inmobiliaria.***

No obstante, la estimación anterior, expresamente se pacta entre LA BENEFICIARIA y EL BENEFICIARIO DE AREA y/o EL CONSTITUYENTE un **plazo de gracia de ciento veinte (120) días hábiles, contados a partir de la fecha antes estipulada**. Transcurrido el plazo de gracia adicional **sin que se hubiere efectuado la entrega, LA BENEFICIARIA deberá reconocer y pagar** a EL BENEFICIARIO DE AREA y/o EL CONSTITUYENTE **durante un término máximo de tres (3) meses, a título de compensación por todos los perjuicios** que pudieren sufrir en razón del retardo, **una suma mensual equivalente al cuatro por ciento anual (4%) del total de las sumas que EL BENEFICIARIO DE AREA y/o EL CONSTITUYENTE haya pagado al Fideicomiso**.

**Pasado el cuarto mes** de estarse reconociendo por LA BENEFICIARIA la suma compensatoria anterior y **sin que se produzca la entrega efectiva del inmueble, se entiende que hay incumplimiento** de LA BENEFICIARIA y EL BENEFICIARIO DE AREA y/o EL CONSTITUYENTE **podrá exigir la aplicación de la cláusula penal** prevista en el PARÁGRAFO de la CLAUSULA NOVENA.

Si el inmueble está listo para su entrega material y no se ha otorgado la escritura de transferencia del dominio de éste, es facultativo para LA BENEFICIARIA dicha entrega, evento en el cual, ésta se hará a título de mera tenencia.

(...)

A partir del mes al que corresponda el día en que se entregue materialmente la unidad inmobiliaria serán del cargo de EL BENEFICIARIO DE AREA la totalidad de las obligaciones inherentes a la tenencia del inmueble, tales como servicios públicos, impuestos, intereses tasa y contribuciones, cuotas ordinarias y extraordinarias de administración, etc.

No podrán abstenerse EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE AREA de recibir la unidad inmobiliaria, por razón de no aceptar el estado de acabados o detalles, para lo cual podrán dejar las constancias que consideren pertinentes en el acta de entrega. Por tanto, **si se abstienen de recibir la unidad sin causa justificada, ésta se tendrá por entregada para todos los efectos a satisfacción**. En este evento, la llave de la unidad quedará a disposición de EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE AREA en las oficinas de EL FIDEICOMITENTE.

(...)

PARÁGRAFO TERCERO: **Cuando el inmueble esté terminado y listo para su entrega material, LA BENEFICIARIA lo hará saber por escrito a EL BENEFICIARIO DE AREA y/o EL CONSTITUYENTE a la dirección suministrada por éste, quien deberá comparecer a recibirlo el día indicado en la carta de aviso**, la cual se le entregará bajo recibo personal o se le enviará por correo certificado. **La entrega material se hará constar en el acta suscrita por ambas partes**, y en la misma se indicarán aquellos detalles de acabado o funcionamiento que sean susceptibles de ser corregidos como garantía que otorgan LA BENEFICIARIA, sin que las observaciones que se

*hicieren al respecto, constituyan motivo para abstenerse de recibir el bien o de pagar los dineros adeudados por EL BENEFICIARIO DE AREA y/o EL CONSTITUYENTE, por cualquier concepto (excepto que guarden relación con inhabilidad del inmueble). **Si EL BENEFICIARIO DE AREA y/o EL CONSTITUYENTE no se presentare a recibir los bienes, o si presentado no los recibe por causas diferentes a inhabilidad, LA BENEFICIARIA tendrán derecho a considerar que tal inmueble ha sido recibido a satisfacción por EL BENEFICIARIO DE AREA y/o EL CONSTITUYENTE desde el día de vencimiento del plazo para presentarse a recibirlo, quedando las llaves del mismo a su disposición, en las oficinas de LA BENEFICIARIA, cumpliendo así éstas con su obligación de entregar y desde este momento serán de cargo de EL BENEFICIARIO DE AREA y/o EL CONSTITUYENTE todos los gastos, impuestos e intereses que de acuerdo con este contrato corren de su cuenta desde la fecha de entrega material.**" (Negrilla y Subraya fuera del texto)*

Se observa en el contrato en la parte inicial que la fecha de entrega material del inmueble, así como la de firma de la escritura pública de transferencia a título de beneficio fiduciario, se debía notificar por el FIDEICOMITENTE al BENEFICIARIO DE AREA, mediante comunicación escrita enviada a la Manzana 26 casa 10 primera etapa, barrio villa café Ibagué, Colombia.

Descendiendo a lo probado en este proceso, se observa que: primero, que dado que la fecha del contrato es del 11 de septiembre de 2014 y que la cláusula décima segunda establece que la entrega debía hacerse 23 meses desde del cumplimiento del punto de equilibrio, una vez dada dicha condición, se debía poner en conocimiento al beneficiario de área de ésta, para así, tener a ciencia cierta, la fecha en que se haría la entrega material de los inmuebles; segundo, que previamente se debía notificar al beneficiario de área, la fecha en que debía presentarse con tal fin; requerimiento aportado con la demanda, donde le indican que debe presentarse el martes 02 de mayo de 2017, escrito enviado el jueves 27 de abril de 2017, por correo certificado, a la dirección dada por el demandado en el contrato, la cual se encuentra ubicada en una ciudad diferente a la de los inmuebles a recibir, esto es, en la ciudad de Ibagué, comunicación que fue recibida por el demandado, el mismo día que debía comparecer, esto es, el **02 de mayo de 2017**, siéndole físicamente imposible, cumplir la cita.

En segundo lugar, frente a la entrega material, la cual debió haber sido 23 meses después de logrado el punto de equilibrio, con un plazo de gracia de 120 días; resultó ser una fecha incierta y que no fue de conocimiento del demandado, como quiera que no existe prueba de cuándo se cumplió el punto de equilibrio y cuándo se le notificó, para haber determinado la misma; aunado a que una vez enviado el requerimiento para la citación a la entrega, no se tuvo en cuenta la distancia a la que se encontraba el beneficiario de área, para poder dar cumplimiento de la misma, siéndole físicamente imposible asistir.

En síntesis, resulta claro para el Despacho que ni en el plazo máximo acordado por las partes, ni en el plazo de gracia donde se reconocía una compensación por retardo, se pudieron establecer, teniendo en cuenta, que no se tiene conocimiento de la fecha en que empezó a correr dicho término, es decir, fecha en que se cumplió la condición del cumplimiento del punto de equilibrio.

Así las cosas, no puede predicarse un cumplimiento de la sociedad demandante principal.

**C).** Frente al otorgamiento de la escritura pública:

*"DECIMA PRIMERA. OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PUBLICA. La escritura pública mediante la cual se transfiera el derecho de dominio y la posesión a título de beneficio fiduciario de la(s) unidad(es) a la(s) que constituye(n) el beneficio en este contrato, la cual se efectuará como cuerpo cierto, junto con los coeficientes de copropiedad que le correspondan de acuerdo con el reglamento de Propiedad Horizontal, será otorgada por ACCION como vocera del FIDEICOMISO LOTE, EL FIDEICOMITENTE como responsable de la Gerencia y Construcción y por EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA o por sus Cesionarios, **en la fecha y notaria que informen EL FIDEICOMITENTE a EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA; con al menos Quince (15) días calendario de anticipación**, de acuerdo con lo previsto en la primera hoja de este contrato, **siempre y cuando EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA haya cumplido todas las obligaciones a su cargo emanadas del presente contrato, especialmente haber cancelado la totalidad de sus aportes, y, en caso de requerir financiación tener el crédito aprobado, Con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la entidad financiera, o la firma del contrato de leasing con la entidad correspondiente. No obstante lo anterior, la firma de la escritura de transferencia de dominio a título de beneficio podrá aplazarse o adelantarse por acuerdo previo y escrito de las partes; sin perjuicio de que continúen causándose***

*intereses de mora para EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA por la prórroga que EL FIDEICOMITENTE le Concedan en el evento en que aún existan aportes pendientes. ACCION otorgará la escritura pública por fuera del despacho notarial, si es del caso de conformidad con las facultades otorgadas por el Decreto 2148 de 1983. Será responsabilidad de EL FIDEICOMITENTE y de EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA tener listos los documentos que deban protocolizarse con la escritura pública contentiva de la transferencia. **Si EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA se negaren a firmar la escritura de transferencia de dominio a título de beneficio dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se le(s) requiera para tal fin, es decir, si transcurrido este plazo no comparecen a la firma de la citada escritura, EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA se obliga(n) a cancelar a favor de ACCION una remuneración de un (1) salario mínimo legal Mensual Vigente pagadero mes vencido por cada mes o fracción que transcurra entre el Vencimiento de los cinco (5) días y la firma de la escritura pública por su parte. También se causará esta remuneración en el evento en que EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA no solicite(n) ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Correspondiente el registro de la escritura de transferencia de dominio a título de beneficio, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en la que le sean entregadas las copias de le escritura público extendidas para tal fin. En todo caso EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA podrán manifestar razones de fuerza Mayor o caso fortuito, para efectos de eximirse de realizar el pago previsto como sanción.**" (Negrilla y Subraya fuera del texto)*

Dicho esto y revisado el expediente, no se probó que el demandado fuera citado para el otorgamiento de las escrituras públicas, una vez la parte demandante tuvo por entregados los inmuebles para todos los efectos a satisfacción, como establece la cláusula décima segunda, al abstenerse a recibir sin causa justificada.

En consecuencia, no se logró probar el cumplimiento de la parte actora, en cuanto a las obligaciones principales contraídas en el contrato, por lo que no estaría legitimado para presentar la acción contemplada en el artículo 1546 del Código Civil, que reza:

*"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

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

Lo anterior conlleva a que las pretensiones de la demanda principal no podían salir avantes.

**3.** Procede entonces el Despacho a despejar el segundo de los problemas jurídicos expuestos: ¿Se probó el incumplimiento de las obligaciones por parte de demandado JAMES R.H. CALDERÓN DÍAZ?. Para ello es necesario memorar cuales fueron las obligaciones de este:

**A).** Frente al pago:

*OFICINA P10, CUARTOS ÚTILES y PARQUEADEROS 267N, 268N P6; VALOR TOTAL \$329.382.621*

*“SEGUNDA: ENTREGA DE RECURSOS. EL (LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA se obliga(n) o a entregar los recursos o en las cuantías y oportunidades establecidas al inicio del presente contrato. ACCION deberá administrar los dineros que entreguen EL (LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA de conformidad con lo previsto en el presente contrato.*

Dicho esto, se encuentra probado que el demandado cumplió con su obligación pecuniaria, pues en el mismo contrato emitido por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. así se indicó, además del estado de cuenta aportado por JAMES R.H. CALDERÓN DÍAZ, donde se observa que el valor total de la cuota inicial era de \$329.382.621, más el total de la reforma por \$3.140.964, para un total de \$332.523.585, menos un abono de 317.800.529,60, quedando con un descuento de intereses a favor por \$16.177.411,06 con corte al 07 de diciembre de 2016, fecha muy anterior a la notificación para la entrega de los mismos.

**B).** Frente a presentarse a recibir los inmuebles:

Debidamente se probó que el demandado sí fue citado para la entrega material de los inmuebles, pero dicho escrito fue enviado el jueves 27 de abril de 2017, por correo certificado, a la Manzana 26 casa 10 primera etapa, barrio villa café, Ibagué, Colombia, y que dicha comunicación fue recibida el mismo día que debía comparecer, esto es, el 02 de mayo de 2017, siéndole físicamente imposible, cumplir la cita, teniendo en cuenta que los bienes inmuebles a recibir se encuentran en el municipio de Envigado, Antioquia.

**C).** Frente a otorgar escritura pública:

Establece el contrato, que para el otorgamiento de las escrituras públicas se debe citar al beneficiario de área, indicando lugar, y fecha para tal ello, y pese a que en la demanda se indica que fue citado el 03 de agosto de 2017, no se aportó la comunicación escrita enviada a la dirección para notificación establecida en el contrato para tal fin, por lo que no se logró probar que el demandado fuera citado, lo que implica, que frente a dicha obligación, no puede considerarse incumplido.

Y por último, como quiera que no existe en el expediente, prueba de haber notificado al beneficiario de área para hacer escrituración, ni se aportó acta notarial de comparecencia del actor, no se logró demostrar que hubiera cumplido con dicha cláusula del contrato; ni mucho menos, que el demandado sea el incumplido por tal obligación.

**4.** Ahora bien, como no se logró probar que el demandante en la demanda principal hubiera cumplido con el contrato, lo dicho da lugar a que se revoque la decisión de primer grado para en su lugar denegar las pretensiones de dicha demanda. Por el contrario, se probó que el codemandado y demandante en reconvención honró sus compromisos contractuales, de manera que, las pretensiones en la demanda de reconvención sí saldrán avantes, pues fue probado el correlativo incumplimiento del demandado S48 TOWER S.A.S..

**5.** Conforme lo concluido en precedencia, se impone entonces la revocatoria de la decisión de primera instancia y por esa senda, se denegarán las pretensiones de la demanda principal invocada por el contratante incumplido.

**6.** Así las cosas, como quiera que el beneficiario de área, cumplió con sus obligaciones, se declarará próspera la primera pretensión en reconvención, y por ende, se declarará que la sociedad fideicomitente S48 TOWER S.A.S. incumplió con el contrato de encargo fiduciario de vinculación. En ese orden de ideas, se resolverá el contrato, y, en consecuencia, se ordenará a S48 TOWER S.A.S. que devuelva los dineros por la suma de \$317.800.529.60 como capital atendiendo a que ACCION FIDUCIARIA S.A. como vocera del FIDEICOMISO RECURSOS S48 devolvió los dineros al FIDEICOMITENTE S48 TOWER S.A.S. conforme comunicación que obra en el proceso (fl.157 y 158 expediente físico).

No obstante, y aunque en el proceso se demostró que el FIDEICOMITENTE elaboró un borrador de resciliación en el que se reconocían la liquidación de unos intereses a su cargo, lo cierto es que dicho documento no fue firmado por su representante legal y por tanto, no es posible derivar de él efectos jurídicos aparte de la reprochable conducta asumida por esa entidad.

Por tal razón, no es posible acceder a la pretensión de su reconocimiento.

También solicitó el beneficiario de área, demandante en reconvención, el pago de la cláusula penal, en los términos previstos en el parágrafo de la cláusula 9° del contrato, y al pago de \$3.146.225,24 por concepto de compensación de los perjuicios causados por el retardo en la entrega material del inmueble, teniendo en cuenta la cláusula 12° del contrato, en consecuencia, se procederá a definir su procedencia.

#### **a. Frente a la Cláusula Penal.**

Sobre este concepto se tiene que se encuentra definida por el Código Civil como aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal. Se le ha dado el entendimiento que una de las funciones de la cláusula penal es la estimación anticipada de los perjuicios que puedan llegar a sufrir las partes de un contrato como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones pactadas. Con esta estimación anticipada el acreedor queda liberado de la carga de probar que la infracción de la obligación principal le ha ocasionado perjuicio y cual la naturaleza de estos, pues mediando la cláusula penal, dichos perjuicios se presumen *juris et de jure*. De igual forma la cláusula penal le evita al acreedor la carga de probar el monto de los perjuicios, porque en virtud de ella este monto queda fijado de antemano.

Conforme a las premisas anteriormente anotadas, y teniendo en cuenta que sobre el particular las partes pactaron la cláusula penal en cláusula 9° del contrato de encargo fiduciario, habrá de reconocerse la misma, pero en el porcentaje de lo finalmente pagado por la BENEFICIARIA DEL AREA a la FIDUCIARIA, según la probado en el proceso; es decir, el equivalente del 20% sobre \$317.800.529,00, para un total de reconocimiento por cláusula penal de: **SESENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL CIENTO SEIS**

**PESOS M/L (\$63.560.106).**

**b. De la compensación de los perjuicios causados por el retardo en la entrega material del inmueble.**

Solicitó el demandante en la demanda de reconvención el pago de \$3.146.225,24 por concepto de compensación de los perjuicios causados por el retardo en la entrega material del inmueble, teniendo en cuenta la cláusula 12° del contrato; sin embargo, no se logró probar que el fideicomitente incumpliera la fecha de entrega, como quiera que la misma era incierta, dada la condición de cumplimiento del punto de equilibrio. Y, dado que ha salido avante la pretensión de resolución del contrato que impone devolver las cosas al estado en las que estaban, no es posible reconocer este monto por compensación en el retardo de la entrega si precisamente se ha ordenado la devolución de lo pagado, más la cláusula penal.

**7. De las excepciones**

Ya se ha explicado en precedencia las razones por las cuales considera este Despacho que la sociedad fideicomitente S48 TOWER S.A.S. incumplió el contrato de encargo fiduciario celebrado con el señor JAMES R.H. CALDERON DÍAZ; por tal razón, no podrán declararse probadas las excepciones tendientes a alegar el (i) *Cumplimiento de la sociedad fideicomitente* y de (ii) *"culpa exclusiva del demandado"* en la medida en que la misma no se probó al interior del juicio. Igual suerte corre la excepción denominada (iii) *"mala fe"* dado que no se logró probar el incumplimiento del beneficiario de área, por lo que no es posible imputarle una mala fe en su actuar.

Por las resultas del recurso del demandado en la demanda principal, demandante en reconvención, no es necesario tratar el punto planteado en el recurso de apelación interpuesto por la demandante en la demanda principal al revocarse la decisión en la que se fundamenta.

**7. Las costas.** Se condenará a los demandantes, demandados en reconvención, la sociedad fideicomitente S48 TOWER S.A.S., al pago de las costas y agencias en derecho a favor del demandado, demandante en reconvención el señor JAMES R.H. CALDERON DÍAZ.

## **LA DECISIÓN**

En armonía con los anteriores planteamientos **EL JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE DESCONGESTION DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución,

### **FALLA:**

**PRIMERO:** REVOCAR la sentencia proferida por el JUZGADO 11 CIVIL MUNICIPAL DE MEDELLÍN el 25 de noviembre de 2020, para en su lugar, **DECLARAR** que la sociedad fideicomitente S48 TOWER S.A.S., incumplió el contrato denominado "Encargo Fiduciario para Vinculación al Fideicomiso" celebrado el 11 de septiembre de 2014 con el señor JAMES R.H. CALDERON DÍAZ que recayó sobre los inmuebles identificados como oficina P10 (actualmente Oficina 814), con un área privada construida de 68.00 M2 y dos parqueaderos identificados con los números y letras 267N y 268N. Por lo tanto, se deniegan las pretensiones de la demanda principal.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de la anterior declaración se condena a la sociedad fideicomitente S48 TOWER S.A.S. a pagarle el señor JAMES R.H. CALDERON DÍAZ las siguientes sumas de dinero:

a. La suma de **TRESCIENTOS DIECISIETE MILLONES OCHOCIENTOS MIL QUINIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$317.800.529.60)** como capital.

b. Por concepto de cláusula penal, la suma de **SESENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL CIENTO SEIS PESOS M/L (\$63.560.106)**

**TERCERO:** Se desestiman las demás pretensiones de la demanda en reconvención y se declaran no probadas las excepciones de mérito planteadas por la parte demandada en reconvención, conforme se explicó en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Se condena en costas en ambas instancias a la demandada en reconvención a **S48 TOWER S.A.S.** y en favor de la parte demandante en reconvención, el señor JAMES R.H. CALDERON DÍAZ. Inclúyase como

AGENCIAS EN DERECHO en segunda instancia, la suma de **CINCO MILLONES DE PESOS M/L (\$5.000.000,00)**.

**NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE**

**TATIANA VILLADA OSORIO**  
**JUEZ**

Firmado Por:

Tatiana Villada Osorio  
Juez  
Juzgado De Circuito  
Civil 012 Oral  
Medellin - Antioquia

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: **b5fdbdc3253c3770acd372a90b31a9bbe95960c426a0cc6661235698cd83467a**

Documento generado en 21/06/2022 03:35:40 PM

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