

**INFORME SECRETARIAL:** Pasó a Despacho de la Señora Juez la presente demanda **EJECUTIVA**, la cual fue recibida por reparto para el estudio de su admisión.

Sírvase proveer.

Manizales, 26 de junio de 2023.

**LUZ VIVIANA CASTAÑEDA ARIAS** SECRETARIA

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE MANIZALES**  
**Veintiséis (26) de junio de dos mil veintitrés (2023)**

**Auto Interlocutorio No. 1404**

**PROCESO:** EJECUTIVO

**DEMANDANTE:** DIEGO GARCÍA

**DEMANDADA:** CONSTRUCTORA BERLÍN S.A.S.

**RADICADO:** 170014003005-2023-00395-00

## **I. OBJETO DE LA DECISIÓN.**

Visto el informe secretarial que antecede, procede el Despacho a negar el mandamiento de pago solicitado, previas las siguientes

## **II. CONSIDERACIONES**

La parte actora presentó como título para el cobro judicial CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO, reclamando el pago de la cláusula penal allí contenida, partiendo del incumplimiento contractual en que al parecer incurriera la ejecutada, devolviendo los dineros pagados más rendimientos y dando por terminado el encargo.

Señala la parte ejecutante que, de tal incumplimiento de lo pactado deriva el pago de la cláusula penal establecida por la constructora en el numeral décimo segundo del contrato, la cual corresponde al diez por ciento del total del valor del bien en concordancia con la cláusula décima cuarta del contrato.

Frente al contrato de fiducia tenemos que el Art. 1226 del Código de

Comercio lo define como "aquel por el cual una persona, llamada **fiduciante o fideicomitente**, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada **fiduciario**, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado **beneficiario o fideicomisario**."

En tal sentido, tenemos que en el contrato de encargo fiduciario base de ejecución se contempla como cláusula penal la siguiente:

" (...)

**DÉCIMA SEGUNDA.- CLÁUSULA PENAL** Salvo en los casos señalados en los numerales 1º, 4º, 5º, 6 y 7 de la cláusula Décima Cuarta (cláusula de terminación) del presente contrato, el **FIDEICOMITENTE acepta que en caso de desistimiento o incumplimiento del contrato por causas exclusivamente atribuibles al mismo, se aplicará una cláusula penal en favor del BENEFICIARIO** cuyo valor se establecerá en la firma del presente contrato en el numeral sexto de carátula, y que corresponde a: (i) un porcentaje establecido sobre: el valor de la unidad inmobiliaria o los dineros depositados dentro del encargo fiduciario o el valor establecido en el numeral tercero de la carátula o (ii) un valor fijo, lo anterior, según disposición del BENEFICIARIO. Dicho valor será deducido directamente de las sumas de dinero entregadas por el FIDEICOMITENTE ante la solicitud que en tal sentido le formule el BENEFICIARIO a la FIDUCIARIA. El saldo de las sumas entregadas será restituido por la FIDUCIARIA al FIDEICOMITENTE.

**PARÁGRAFO:** La cláusula penal aquí prevista continuará vigente, hasta tanto no se haya firmado el contrato de promesa de compraventa entre el FIDEICOMITENTE y el BENEFICIARIO constructor, pero sin que supere un periodo máximo de tres meses contados a partir de la entrega de los recursos del encargo fiduciario al BENEFICIARIO. En este evento, la aplicación de la cláusula penal será directamente efectuada por parte del beneficiario." /Negrillas del Despacho/

En tal virtud tenemos que, para que una obligación preste mérito ejecutivo, debe reunir primeramente los requisitos establecidos en el artículo 422 del Código General del Proceso, a saber:

**"ARTÍCULO 422. TÍTULO EJECUTIVO.** Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones **expresas, claras y exigibles** que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que

*en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.”*

Independientemente del origen de la obligación contenida en el documento público o privado, para poder demandar ejecutivamente se requiere de ciertas características a saber:

**a). QUE LA OBLIGACIÓN SEA EXPRESA:** quiere decir, que en él esté identificada la prestación debida, de manera que no haya duda alguna de que existe una acreencia a cargo de un deudor y en favor de un acreedor<sup>1</sup>.

**B). QUE LA OBLIGACIÓN SEA CLARA:** significa que tal prestación se identifique plenamente, sin dificultades, o lo que es lo mismo, que no haya duda alguna de la naturaleza, límites, alcance y demás elementos de la prestación cuyo recaudo se pretende<sup>2</sup>.

**C) QUE LA OBLIGACIÓN SEA EXIGIBLE:** tiene que ver con la circunstancia de que pueda demandarse su pago o cumplimiento, lo cual corrientemente ocurre cuando ha vencido el plazo o se ha cumplido la condición a la que estaba sujeta<sup>3</sup>.

En este sentido, si bien el contrato base de ejecución, en principio cumple con los criterios expuestos para prestar mérito ejecutivo, analizada de fondo la cláusula penal de la cual se pretende el cobro, es evidente que la misma solo es exigible en el eventual incumplimiento del objeto del contrato por parte del FIDEICOMITENTE para este caso el demandante, es decir, es una cláusula la que sólo favorece al beneficiario o la aquí ejecutada.

Ello es así que, en la cláusula DÉCIMA PRIMERA del contrato de encargo, en virtud del incumplimiento en el objeto del contrato por parte de la BENEFICIARIA (ejecutada), la FIDUCIARIA, se obliga a restituir el dinero desembolsado más rendimientos al FIDEICOMITENTE sin más penalidades.

Al punto, la Corte Suprema de Justicia- Sala Civil, ha precisado que:

*"(...) son cláusulas abusivas todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y **comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos**, que la doctrina y el*

---

<sup>1</sup> **RAMIRO BEJARANO GUZMÁN.** PROCESOS DECLARATIVOS, ARBITRALES Y EJECUTIVOS. SEXTA EDICIÓN. EDITORIAL TEMIS. PAG 446.

<sup>2</sup> Ibídem

<sup>3</sup> Ibídem

*derecho comparado trata bajo diversas locuciones polisémicas, tales las de cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas con criterios disimiles para denotar la ostensible, importante, relevante, injustificada o transcendente asimetría entre los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los contratantes, la falta de equivalencia, paridad e igualdad en el contenido del negocio o el desequilibrio 'significativo'”<sup>2</sup>./Negrillas del Despacho/*

Con todo, de tal estipulación no puede predicarse la exigibilidad por parte del FIDEICOMITENTE frente al FIDEICOMISARIO y al ser un requisito exigido por el artículo 430 del Código General del Proceso, no es posible por el librar mandamiento de pago en la forma solicitada; ello sin perjuicio de las demás acciones que el demandante considere pertinentes en la defensa de sus derechos económicos y como consumidor.

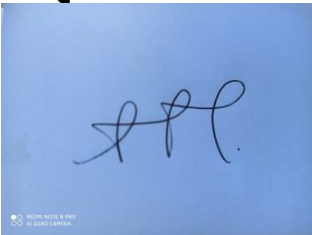
Por lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE MANIZALES**,

**III. RESUELVE:**

**PRIMERO: NEGAR EL MANDAMIENTO DE PAGO** dentro del presente proceso ejecutivo por las razones anteriormente expuestas.

**SEGUNDO:** Ejecutoriada esta providencia, archívense las diligencias.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ALEXANDRA HERNÁNDEZ HURTADO  
LA JUEZ**

**JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL**  
  
Por Estado No. 092 de esta fecha se notificó el auto anterior.  
  
Manizales, 27 de junio de 2023  
  
LUZ VIVIANA CASTAÑEDA ARIAS  
Secretaria

<sup>2</sup> Sentencias de 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462)