 **Rafael E. Fierro Méndez**

 **Abogado**

Calle 61 No. 52-47, Teléfono (5) 3531454

Correo electrónico: rafaelfierromendezabogado@gmail.com

 Barranquilla, Colombia

**Señores**

**Magistrados**

**Tribunal Superior del Distrito Judicial (Sala Civil-Familia)**

**Magistrado Ponente: Doctor Alfredo de Jesús Castilla Torres**

**E. S. D.**

**Ref.** Ejecutivo singular de Promociones y Construcciones del Caribe Limitada y Compañía Sociedad Comanditaria por Acciones -Promociones y Construcciones del Caribe Ltda. y Cía. S.C.A. -En Liquidación- contra Inversiones Eilat SAS y otro. **Radicación**: 42.208. **Sustentación del recurso de apelación**.

**resumen**

**¿Por qué se demandó al Patrimonio Autónomo Fideicomiso Centro Comercial Villa Country si este no es deudor del demandante?**

**Sin título ejecutivo en su contra ¿es constitucionalmente válido seguir adelante la ejecución?**

Estos interrogantes obligan a revisar, aun oficiosamente[[1]](#footnote-1), el título ejecutivo, empezando por establecer, en este asunto, quién es acreedor y quién es deudor.

La hipótesis de trabajo es que ni el demandante es acreedor del demandado, ni el demandado es deudor del demandante[[2]](#footnote-2), para demostrar que la sentencia reclamada que se muestra con verdad legal es contraevidente, pues se le otorga un alcance que no tiene[[3]](#footnote-3).

**Rafael E. Fierro Méndez**, mayor, de este municipio, abogado con C.C. 8.695.646 de Barranquilla y T.P. 32.740 del C.S. de la J., en mi calidad de apoderado especial del Fideicomiso Centro Comercial Villa Country, codemandado en el epígrafe, hago uso del traslado concedido mediante auto de 11 de junio actual, a efectos de sustentar la apelación incoada.

**1. Fines del Recurso:**

Que se revoque la sentencia recurrida en la parte que desfavorece al Fideicomiso Centro Comercial Villa Country y, en su defecto, que sea reemplazada bien por una sentencia absolutoria dada la *carencia de legitimidad en la causa*, ya que el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country no debió ser demandado puesto que no existe ningún vínculo jurídico entre este y el demandante, o bien, por una sentencia que acoja las excepciones probadas, con las consecuencias de ley, esto es, condena en costas y perjuicios a la parte demandante.

**2. Precisión Necesaria:**

La sentencia apelada ordenó llevar adelante la ejecución contra el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country y se abstuvo de seguirla contra Inversiones Eilat S.A.S. (Minuto 34.30 del audio). De ambas demandadas soy apoderado especial.

Debido a las decisiones tomadas en la sentencia esta fue apelada por ambas partes, por lo que se trata de una *apelación conjunta*. Consecuencia de lo anterior es la aplicación del *sistema de la libre apelación* por lo que este Tribunal tiene competencia para “resolver sin limitaciones” (Art. 328, inciso 2º. del CGP).

**3. El Problema Jurídico:**

El problema jurídico planteado desde el inicio y, así quedó plasmado al fijarse el objeto del litigio, es si existe o no existe, título ejecutivo (Art. 422 del CGP).

En el caso del Fideicomiso Centro Comercial Villa Country no existe título ejecutivo que le obligue puesto que no tiene ningún vínculo jurídico con el demandante, es decir, el documento que en su contra se esgrime no contiene una obligación clara, expresa y exigible que provenga de este en favor del demandante.

**4. Sustentación del recurso de apelación:**

Los extremos resueltos en la sentencia de primera instancia están referidos, en cuanto al extremo pasivo, al Fideicomiso Centro Comercial Villa Country y a Inversiones Eilat S.A.S. Dado que la sentencia desfavorece al Fideicomiso Centro Comercial me dedicaré a sustentar el recurso respecto de este.

**4.1.** **Motivos de la inconformidad:**

Los motivos de la inconformidad están referidos a que se sigue la ejecución contra Fideicomiso Centro Comercial Villa Country

* Sin que este sea deudor del demandante, razón por la cual hay *inexistencia de la obligación* o *carencia de legitimidad en la causa por pasiva*.
* Sin que exista título ejecutivo en cuanto a sus requisitos de forma (*Inexistencia o insuficiencia del título ejecutivo*) y,

* Sin que exista título ejecutivo en cuanto a sus requisitos de fondo (*Inexistencia o insuficiencia del título ejecutivo*).

**4.1.1. Primer motivo de la inconformidad:**

* Que se sigue la ejecución contra el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country sin que este sea deudor del demandante, razón por la cual hay *inexistencia de la obligación* o *carencia de legitimidad en la causa por pasiva*.

A este respecto se destaca que dentro de las excepciones de mérito propuestas está *inexistencia de la obligación reclamada* la cual fue desestimada en la sentencia que se revisa (Minuto 6.46. en adelante del audio).

Al desestimar esta excepción discurrió el *a-quo* yendo directamente a la cláusula quinta del contrato de fiducia, es decir, a su contenido o “clausulado” como expresa la sentencia, sin parar en mientes quiénes son las *partes* en dicho contrato (*partes* *sustanciales*, esto es, los titulares de la relación contractual[[4]](#footnote-4), es decir, las personas que concurriendo a su celebración cumplen el doble requisito de prestar consentimiento contractual y ser, a la vez, el titular del crédito o de la deuda nacida del contrato[[5]](#footnote-5), las que, necesariamente han de ser las *partes procesales,* esto es, “los sujetos de los derechos y de las cargas procesales”[[6]](#footnote-6), caracterizadas por la *legitimación en la causa*[[7]](#footnote-7)), por lo que omitió hacer el análisis detallado del título ejecutivo y, más exactamente, a cargo de quién corre la obligación demandada y, en tal caso, a favor de quién[[8]](#footnote-8).

De haberse tenido en cuenta en la sentencia recurrida quiénes son las *partes* en este contrato de Fiducia se habría percatado que el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country NO contrajo con la demandante la obligación que le reclama por este medio, ni en nombre propio, ni en representación del Fideicomitente[[9]](#footnote-9), ya que no es *parte* en el mismo y, por consiguiente, a conclusión contraria habría arribado.

Si bien la pretensión impugnaticia no se refirió a este hecho lo cierto es que debe revisarse en esta instancia al menos por las siguientes razones:

* Se trata de un asunto de Derecho y no de hecho que debe oficiosamente examinarse para poder dictar sentencia de fondo válida (Art. 328, inc. 1º. del CGP).
* En la aventurada hipótesis de que se mirase como un hecho este resulta ser exceptivo del grupo de los que no requieren alegarse para ser declarados (Art. 282 del CGP).
* El Derecho sustancial prevalece sobre el Derecho instrumental (Art. 228 Constitucional), por lo que se trata es de hacer de los fallos “*una obra de justicia más que una obra de legalidad formal*”[[10]](#footnote-10).
* No estudiar este aspecto implicaría, bajo este respecto, mantener en firme la decisión apelada en contra de la evidencia del título ejecutivo otorgándole un alcance que no tiene (Corte Constitucional, Sentencia T-587/17).
* El titulo ejecutivo fue atacado en la anterior instancia por la parte demandada y es precedente judicial[[11]](#footnote-11), que:

“[T]odo juzgador, sin hesitación alguna, […] sí está habilitado para estudiar, aun oficiosamente, el título que se presenta como soporte del pretenso recaudo ejecutivo, pues tal proceder ha de adelantarlo tanto al analizar, por vía de impugnación, la orden de apremio dictada cuando la misma es rebatida, y ello indistintamente del preciso trasfondo del reproche que haya sido efectuado e incluso en los eventos en que las connotaciones jurídicas de aquel no fueron cuestionadas, como también a la hora de emitir el fallo de fondo con que finiquite lo atañedero con ese escrutinio judicial, en tanto que tal es el primer tópico relativamente al cual se ha de pronunciar a fin de depurar el litigio de cualesquiera irregularidad sin que por ende se pueda pregonar extralimitación o desafuero en sus funciones, máxime cuando el proceso perennemente ha de darle prevalencia al derecho sustancial (artículo 228 Superior) (…)” (Subrayas añadidas).

* La apelación fue presentada por ambas partes en *litis* lo cual autoriza que en esta instancia se resuelva sin limitaciones (Art. 328, inc. 2º. del CGP).

La aseveración de que el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country NO contrajo con la demandante la obligación que se le reclama por este medio, ni en nombre propio, ni en representación del Fideicomitente se apoya en la Escritura Púbica 5868 del 21 de septiembre de 2009 de la Notaria Quinta de Barranquilla traída como título ejecutivo en la que se observa que **el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country no es parte en ninguno de los contratos contenidos en la citada Escritura** (v. Ampliación en *infra* 4.1.1.3.).

No obstante, la sentencia en examen ordenó seguir adelante la ejecución contra el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country con base en la cláusula quinta, en relación con las cláusulas primera, sexta y décima del contrato de fiducia (minuto 9.38 del audio), cláusulas que le son ajenas en virtud del *principio de la relatividad del contrato* (Art. 1602 del CC).

**4.1.1.2. Segundo motivo de inconformidad:**

* Que se sigue la ejecución contra el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country sin que el titulo ejecutivo cumpla con los requisitos de forma -*Carencia de legitimidad en la causa por activa-*:

El documento traído al cobro ejecutivo no dice quién es el acreedor de la obligación demandada. Este es un requisito de forma que establece la Ley y, más exactamente, el artículo 80 del Decreto 960 de 1970, modificado por el Decreto 2163 de 1970, artículo 42, que dispone:

“Toda persona, tiene derecho a obtener copias auténticas de las escrituras públicas. Pero si se tratare de un instrumento en fuerza del cual pudiere exigirse el cumplimiento de una obligación, cada vez que fuere presentado, el notario señalará la copia que presta este mérito, que será necesariamente la primera que del instrumento se expida, expresándolo así en caracteres destados, <sic> junto **con el nombre del acreedor a cuyo favor la expide**” (Énfasis añadido).

Este defecto formal fue alegado mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo razón por la cual, a tenor del artículo 430, inciso 2º. del CGP puede considerarse dentro de las excepciones de mérito. Asimismo, este hecho exceptivo fue alegado en oportunidad posterior con la solicitud de sentencia anticipada siendo decidido negativamente en la sentencia que se examina (minuto 34.35 del audio).

En todo caso, el examen del título ejecutivo en esta instancia lo autoriza el precedente judicial[[12]](#footnote-12), aun oficiosamente, en los términos que siguen:

*“En conclusión,* ***la hermenéutica que ha de dársele al canon 430 del Código General del Proceso no excluye la «potestad-deber» que tienen los operadores judiciales de revisar «de oficio» el «título ejecutivo» a la hora de dictar sentencia, ya sea esta de única, primera o segunda instancia***(…)*,* ***dado que****, como se precisó en CSJ STC 8 nov. 2012, rad. 2012-02414-00, «****en los procesos ejecutivos es deber del juez revisar los términos interlocutorios del******mandamiento de pago, en orden a verificar que a pesar de haberse proferido, realmente se estructura el título ejecutivo*** *(…) Sobre esta temática, la Sala ha indicado que “****la orden de impulsar la ejecución, objeto de las sentencias que se profieran en los procesos ejecutivos, implica el previo y necesario análisis de las condiciones que le dan eficacia al título ejecutivo, sin que en tal caso se encuentre el fallador limitado por el mandamiento de pago proferido al comienzo de la actuación procesal***(…)” (Énfasis añadido).

Este defecto formal impide la existencia, validez y eficacia del título ejecutivo lo que demuestra la excepción de *inexistencia o insuficiencia de título ejecutivo* (Art. 422 del CGP).

**4.1.1.3. Tercer motivo de la inconformidad:**

* Que se sigue la ejecución contra el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country sin que el título ejecutivo cumpla con los requisitos de fondo (*Inexistencia o insuficiencia del título ejecutivo*).

La Escritura Púbica 5868 del 21 de septiembre de 2009 de la Notaria Quinta de Barranquilla que se esgrime como título ejecutivo en contra del Fideicomiso Centro Comercial Villa Country contiene dos (2) actos jurídicos típicos, autónomos, independientes y heterogéneos, los cuales, son:

* Contrato de Compraventa:[[13]](#footnote-13) En este contrato son **partes** Promociones y Construcciones del Caribe Limitada y Compañía Sociedad Comanditaria por Acciones -Promociones y Construcciones del Caribe Ltda. y Cía. S.C.A. -En Liquidación-, aquí demandante, allá **tradente o vendedor** e Inversiones Eilat SAS, aquí codemandada y, allá **comprador o adquirente**, en relación con los bienes que hoy día conforman el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country con el cual se dio cumplimiento a la promesa de compraventa entre las mismas partes celebrado (cláusulas cuarta, quinta y sexta de la compraventa[[14]](#footnote-14) y clausulas primera, numeral 6 y octava de la fiducia[[15]](#footnote-15)).
* Contrato de Fiducia mercantil:[[16]](#footnote-16) En la especie de administración y pago en el que son **partes** Inversiones Eilat SAS, como **Fideicomitente** y Alianza Fiduciaria S.A. como **fiduciaria** (cláusula tercera del Contrato de Fiducia)[[17]](#footnote-17).

En el primer contrato, es decir, el de compraventa, se pactó por las partes celebrantes el precio de la compraventa y la forma de pago.

En el segundo, esto es, el contrato de fiducia se pactó que el Fiduciario, es decir, Alianza Fiduciaria S.A., recaudara unos fondos a partir de los frutos civiles del Fideicomiso Centro Comercial Villa Country (Contratos de arrendamiento), para pagar “por cuenta del fideicomitente”, a su vez, deudor del aquí demandante, el saldo adeudado por el Fideicomitente al tradente, con ocasión del contrato de compraventa antedicho, previa instrucción del Fideicomitente a la Fiduciaria.

Averiguado está que todo contrato tiene como función engendrar obligaciones para las *partes*, esto es, originar *efectos jurídicos*[[18]](#footnote-18) y, en este caso, en ninguno de los dos contratos, es *parte* el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country, Por esta razón, no puede producir efectos contra el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country, esto es, no engendra ninguna obligación para con este.

Igualmente, averiguado está, que toda obligación comprende, como fenómenos separados, la deuda y la responsabilidad. La deuda “indica el deber de realizar una prestación”[[19]](#footnote-19). La responsabilidad, “es la sumisión o sujeción al poder coactivo del acreedor[[20]](#footnote-20)”, por lo que el acreedor goza de la posibilidad de “agresión sobre su patrimonio (del deudor), para la satisfacción forzosa de su interés”[[21]](#footnote-21). De allí que el contrato es un instrumento de poder[[22]](#footnote-22).

En este orden de ideas, a la sumisión del deudor solo puede recurrir el acreedor, cuando realmente lo es, es decir, cuando pesa a cargo de aquel el deber de prestación respecto de este. ¡Antes no!

Así las cosas, el hecho párrafos anteriores descrito se enmarca en la *carencia de legitimidad en la causa* ya que no hay identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (*legitimación activa,* que responde a la pregunta *¿*quién puede ejercer la acción?) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (*legitimación pasiva,* la cual responde a la pregunta ¿en contrade quién es posible intentarla?), lo que presupone la existencia de un derecho del actor correlativo a la obligación del demandado[[23]](#footnote-23) o como lo previene Alvarado Velloso[[24]](#footnote-24), si la *legitimación en la causa* determina “en rigor, quién debe sufrir o gozar de los efectos de la sentencia de mérito”, ¿por qué debe sufrirlas el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country si ninguna obligación contrajo para con el demandante?[[25]](#footnote-25).

**4.1.1.3.1. Del error judicial en la interpretación de las cláusulas contractuales:**

Establecido el error de la sentencia recurrida en cuanto a la *legitimidad en la causa*, se impone la revisión de las cláusulas contractuales atinentes al asunto a efectos de demostrar el yerro en la interpretación de estas en la mima sentencia apelada.

**- Primero:**

Al inicio del proceso se alegó mediante excepción de mérito que el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country no es deudor del demandante (v. Excepciones de mérito).

Y, no lo es, porque, directamente no se obligó para con él, ni por virtud de la compraventa a su vez causa de la obligación reclamada puesto que no es *parte* en este contrato (Art. 1602 del CC), ni por virtud del contrato de Fiducia mercantil (Art. 1226 del C. de Co.), puesto que este tampoco es *parte*, ni puede serlo a la luz de la ley[[26]](#footnote-26).

De allí que el documento que en su contra se esgrime no contiene una obligación en favor del demandante que provenga de este, es decir, del Fideicomiso Centro Comercial Villa Country cuyo vocero es Alianza Fiduciaria S.A. Por consecuencia, no existe título ejecutivo que permita sostener la ejecución en su contra (Art. 422 del CGP).

O expresado de otro modo:

La obligación que surgió del contrato de Fiducia mercantil lo fue en cabeza de Alianza Fiduciaria S.A. y no del Fideicomiso Centro Comercial Villa Country y, en todo caso, es una obligación de medio (recaudar fondos para pagar una vez lo instruya el fideicomitente) y no de resultado (pagar), como claramente se estableció en la cláusula décima primera, numeral 11.2.

Por tanto, el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country no es sujeto de la relación jurídica sustancial por la cual se demanda (saldo del precio de la compraventa) y, por ello no es sujeto pasivo de la obligación que mediante este procedimiento se le reclama puesto que tal pago debe hacerlo el Fideicomitente y, en su caso, Alianza Fiduciaria S.A. como mandatario con representación, es decir, en nombre y por cuenta de EL FIDEICOMITENTE[[27]](#footnote-27), como se desprende del tenor literal de la cláusula quinta en relación con la cláusula décima, numeral 10.2, aparte 2 y numeral 10.3.3., del *supra* indicado contrato de Fiducia mercantil, en el cual, se insiste, el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country no es *parte*.

Por este motivo resulta acreditada la excepción de ***inexistencia de la obligación*** o ***carencia de legitimidad en la causa por pasiva***, respecto del Fideicomiso Centro Comercial Villa Country.

Esta argumentación la comparte el demandante solo que compartiéndola la distorsiona, en desmedro del *principio de la solidaridad social* “exigible al Estado y a toda persona integrante de una sociedad”[[28]](#footnote-28), el cual principio, impone límite a los derechos propios[[29]](#footnote-29).

Miren si no:

En el numeral 4.19. de la demanda reformada dice así[[30]](#footnote-30):

“Ahora bien, la **Fiduciaria**, dentro de las obligaciones adquiridas a través de la constitución del fideicomiso, estipuló:

“*la de realizar los pagos por cuenta del FIDEICOMITENTE INVERSIONES EILAT) a favor del tradente (Promocon)), que instruya el FIDEICOMITENTE” visible en el numeral 11.1., de la página 62 y 63 de la escritura*” (Énfasis añadido).

En el numeral 4.20. de la demanda reforma, expone:

“Cabe anotar, que así mismo de la propia literalidad del contrato de fiducia (cláusula 10.3.3. página 62)”, la instrucción de pago “fue dada desde el mismo momento en que se suscribió el contrato de fiducia”.

La distorsión:

La fiduciaria NO es el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country. La Fiduciaria es Alianza Fiduciaria S.A.[[31]](#footnote-31)

En cuanto a que de “la propia literalidad del contrato de fiducia (cláusula 10.3.3. página 62”, la instrucción de pago “fue dada desde el mismo momento en que se suscribió el contrato de fiducia”.

Si en gracia de discusión la cláusula dijera lo que el actor dice que dice, a lo sumo habría un incumplimiento en el pago por parte de Alianza Fiduciaria S.A. (no del Fideicomiso Centro Comercial Villa Country, el cual nació a la vida jurídica en el mismo acto en el que Alianza Fiduciaria S.A. asumió las obligaciones propias de su objeto social al celebrar el contrato de Fiducia mercantil con Inversiones Eilat S.A.S, en su calidad de Fideicomitente, pero ese incumplimiento es, a lo más, respecto del Fideicomitente en cuyo nombre debe pagar bajo la *condición* de que sea instruida por aquel, pero nunca respecto del demandante puesto que la obligación de Alianza Fiduciaria S.A. (No del Fideicomiso Centro Comercial Villa Country) no es en relación con este, es decir, el demandante, sino en referencia con el fideicomitente.

Sobre el punto el propio demandante expresó renglones antes que dentro de las obligaciones asumidas por “la Fiduciaria”[[32]](#footnote-32), esto es, Alianza Fiduciaria S.A. (No el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country) a través de la constitución del fideicomiso, está

“*la de realizar los pagos por cuenta del FIDEICOMITENTE (INVERSIONES EILAT*“.

Esta argumentación de la parte actora no solo peca de principio al poner a decir a la cláusula lo que no dice, pues ni el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country, ni el demandante, son partes en el contrato de fiducia mercantil, sino que, además, contraría el *principio de relatividad de los contratos*.

En efecto, si el contrato

“es considerado como una manifestación de la autonomía privada en orden a la reglamentación de los propios intereses, resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en línea de principio tan sólo a la esfera jurídica de sus autores, porque sólo respecto de ellos por hipótesis la autonomía existe”[[33]](#footnote-33).

Lo anterior es así, puesto que si un contrato, fuente de obligaciones y creador de la *lex privata* o *lex contrata* (arts. 1494 y 1602 del CC), tuviera eficacia directa o inmediata en la esfera jurídica de terceras personas, ya no sería *res inter alios acta*, esto es, un asunto hecho entre otros, sino sería “una invasión de la esfera jurídica ajena”[[34]](#footnote-34).

De allí, entonces, que el contrato para el caso el de Fiducia mercantil, *“es asunto de contratantes, y no podrá alcanzar intereses ajenos”* [[35]](#footnote-35)*.*

**- Segundo:**

Bajo un estudio sistemático, pero incompleto y des armonioso del contrato que constituye el título ejecutivo, la sentencia ordenó seguir adelante la ejecución contra el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country con base en la **cláusula quinta** del contrato de fiducia[[36]](#footnote-36), en relación con las cláusulas primera, sexta y décima de este, como antecedentemente se indicó.

De allí lo sistemático.

Lo incompleto, porque, al escudriñar la cláusula décima no la atendió ni en su integridad, ni en su literalidad.

Lo des armonioso, porque, dejó de lado en este estudio a la cláusula décima primera del citado contrato.

Estas anomalías interpretativas generaron el error de la decisión judicial apelada.

Veámoslo:

1. En si misma considerada la cláusula no dice que el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country deba pagar el dinero que se reclama con la demanda. Lo que literal y claramente dice la cláusula quinta es:

“OBJETO. Consiste en que **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**

…

“**.** --- Recaudar los recursos provenientes de los cánones de arrendamiento de los contratos cedidos por EL TRADENTE al FIDEICOMITENTE… destinados a los pagos a favor del TRADENTE (Énfasis añadido).

1. Esta cláusula al interpretarse bajo el alero del artículo 1622 del CC, en armonía con la cláusula décima, numeral 10.2., aparte 2, arroja como resultado que, si bien es obligación de la Fiduciaria, esto es, Alianza Fiduciaria S.A. (no el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country), pagar al Tradente (el saldo del precio de la compraventa), no es menos cierto que la misma cláusula **NO dice el momento en el cual deba pagarse el dinero**.

En efecto, dice la cláusula décima, numeral 10.2, aparte 2, lo siguiente: “Pagar la obligación contraída con PROMOCON EN LIQUIDACIÓN”[[37]](#footnote-37).

Ahora bien, interpretada la cláusula quinta en relación con la cláusula décima, numeral 10.3.3., tenemos que la cláusula décima tampoco dice cuándo debe hacerse el pago bajo la segunda opción o, aprovisionamiento, como si lo dice en relación con la primera opción o forma de pago (crédito bancario) que debe pagarse “una vez que la (s) entidad (es) bancaria (s) haya hecho el (los) desembolso (s) correspondiente (s)”[[38]](#footnote-38).

Por estos motivos, la obligación no es exigible.

1. Finalmente, la misma cláusula quinta al ser interpretada en armonía con la cláusula decima primera, aparte 11.1, numeral 4., de la escritura traída como base del recaudo ejecutivo, cláusula posterior a la cláusula décima[[39]](#footnote-39), arroja como resultado que la función de Alianza Fiduciaria S.A. (NO del Fideicomiso Centro Comercial Villa Country) es recaudar para pagar una vez que el fideicomitente (adquirente) le instruya con tal fin.

En efecto, la citada cláusula décima primera expresa[[40]](#footnote-40):

“11.1. OBLIGACIONES DE **LA FIDUCIARIA**; Son obligaciones de la FIDUCIARIA las siguientes:

“4. Realizar los pagos por cuenta del FIDEICOMITENTE, a favor del TRADENTE y/o terceros, que **instruya** al fideicomitente” (resaltado añadido).

Del tenor literal de esta cláusula se desprende que LA FIDUCIARIA, es decir, Alianza Fiduciaria S.A. (No el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country) asumió la obligación de pago (por cuenta del Fideicomitente) sometida a *condición suspensiva*, consistente en la instrucción por el fideicomitente para el pago al tradente o vendedor, aquí, el demandante, en desarrollo del contrato de Fiducia mercantil que celebró el Fideicomitente, esto es, Inversiones Eilat SAS[[41]](#footnote-41) con Alianza Fiduciaria S.A. (No con el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country).

Más aún, para el cometido del pago no basta que el Fideicomitente instruya, sino que hace falta, además, el desarrollo del procedimiento establecido en la cláusula décima segunda de la pluricitada Escritura Púbica 5868 del 21 de septiembre de 2009 de la Notaria Quinta de Barranquilla, para que la Fiduciaria, es decir, Alianza Fiduciaria S.A. (No al Fideicomiso Centro Comercial Villa Country) proceda al pago respecto del demandante, “por cuenta” del Fideicomitente.

**4.1.1.3.2. De las condiciones suspensivas:**

Establecido lo anterior, surgen dos interrogantes obligados:

a.- ¿Se verificó la *condición suspensiva* a la que se sometió el pago de la obligación demandada, esto es, el ingreso de fondos provenientes del Fideicomiso Centro Comercial Villa Country por concepto de cánones de arrendamiento a Alianza Fiduciaria S.A. (No al Fideicomiso Centro Comercial Villa Country), con fines de pago al demandante?

b.- ¿Se verificó la *condición suspensiva* a la que se sometió el pago de la obligación demandada, mediante la instrucción que debe dar el fideicomitente (adquirente) a Alianza Fiduciaria S.A. (NO al Fideicomiso Centro Comercial Villa Country) para el pago de la obligación demandada?

¡La respuesta negativa se impone!

Y, se impone la respuesta negativa, porque, en el caso presente, no se acompañó a la demanda, ni a su reforma, siendo esta una carga procesal del demandante, a la luz del artículo 427 del CGP (i) **el documento privado que provenga del deudor, (ii) el documento público, (iii) la inspección, (iv) la confesión judicial extraprocesal, o (v) la sentencia que pruebe la contravención,** que acrediten que:

a.- Alianza Fiduciaria S.A. (No el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country) recibió ingresos por concepto de arrendamiento de los locales comerciales que lo componen para el pago de la obligación que acá se demanda.

b.- Alianza Fiduciaria S.A. (No el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country) recibió del fideicomitente o adquirente (Inversiones Eilat SAS) la instrucción para el pago que judicialmente le reclama el demandante.

Por tanto, la obligación demandada no es exigible, mucho menos al Fideicomiso Centro Comercial Villa Country, el cual no debió ser demandado, por no ser *parte* en ninguno de los contratos contenidos en la escritura base de la ejecución como viene expuesto.

**5. Conclusiones:**

Probadas están las excepciones de ***inexistencia de la obligación*** o ***carencia de legitimidad en la causa tanto por activa como por pasiva*** e ***inexistencia o insuficiencia del título ejecutivo*** *(inexigibilidad de la obligación),* puesto que:

Primera: La falta del requisito formal del título ejecutivo en cuanto a quién es el acreedor de la obligación objeto de la demanda constituye ***carencia de* *legitimidad en la causa por activa***.

Segunda: Ninguna de las cláusulas del título ejecutivo dice el momento en el que el Fideicomitente (adquirente-deudor) deba dar la instrucción de pago, es decir, cuál es la fecha del pago, lo cual implica que la obligación demandada **no es exigible** (***inexistencia o insuficiencia del título ejecutivo***).

Tercera: Estando sometida la obligación de pago a ***condiciones suspensivas*** (en estado de pendiente) el actor no acreditó con arreglo a la Constitución y a la ley, esto es, **ANTES de la presentación de la demanda** el cumplimiento de estas (Art. 430 del CGP).

Cuarta: Es la razón culminante. **El Fideicomiso Centro Comercial Villa Country no es sujeto pasivo de la obligación que mediante este procedimiento se le reclama puesto que no es *parte* del contrato de compraventa, ni del contrato de Fiducia mercantil arrimados a los autos con la demanda** (como tampoco es *parte* de este el demandante), por lo que resulta acreditada la excepción de ***inexistencia de la obligación*** o ***carencia de legitimidad en la causa tanto por pasiva como por activa***.

En sentido contrario, la sentencia es contraevidente pues le otorga un alcance que no tiene al apartarse del tenor literal del documento base de la ejecución y del *principio de subsunción* -camino natural de la obediencia a las normas jurídicas en la aplicación de estas[[42]](#footnote-42)-, en referencia con el artículo 422 del CGP, sin justificación práctica para su aplicación correcta tanto en cuanto que de su motivación no surge el argumento deductivo cuya premisa mayor es la norma jurídica aplicable y la menor la descripción de los hechos[[43]](#footnote-43). De allí su consecuencia errónea.

A este respecto averiguado está que la *carencia de legitimidad en la causa* conduce a sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda ya que la *carencia de legitimidad en la causa* “no es presupuesto del proceso; ella mira a la pretensión y no a las condiciones para la integración y desarrollo regular de aquel”[[44]](#footnote-44).

Atentamente,



**Rafael E. Fierro Méndez**

C.C. 8.695.646 de Barranquilla

T.P. 32.740 del C. S. de la J.

1. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 14 marzo de 2019 (STC 3298-2019). Radicación: 25000-22-13-000-2019-00018-01. Magistrado ponente: Doctor Luis Armando Tolosa Villabona, entre muchas otras. [↑](#footnote-ref-1)
2. v. *Infra* 5. Conclusiones: cuarta. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, Sentencia T-587/17, entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. Bianca, C. Massimo. *Derecho civil, 3 el contrato*, traducción de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, págs. 75-76. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cfr. Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil,* Volumen II*, novena* edición, Editorial Tecnos, Madrid, pág.120. [↑](#footnote-ref-5)
6. Goldschmidt, James. *Derecho Procesal Civil*, Traducción de Leonardo Prieto Castro, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1936, pág. 191. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 28 de julio de 2005, Magistrado Ponente: Doctor Manuel Isidro Ardila Velásquez. Radicación: 1999-00449-01. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de agosto de 1995, Magistrado Ponente: Doctor Nicolás Bechara Simancas, Expediente 4268. [↑](#footnote-ref-8)
9. v. Escrito continente de las excepciones de mérito. [↑](#footnote-ref-9)
10. Couture, Eduardo J., citado por Masciotra, Mario. *Poderes-Deberes del juez en el proceso civil*, Editorial Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2014, pág. 27. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de septiembre de 2017 (STC14595-2017). Magistrado Ponente: Doctor Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. radicación n° 47001-22-13-000-2017-00113-01, entre muchas otras. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 14 marzo de 2019 (STC 3298-2019). Radicación: 25000-22-13-000-2019-00018-01. Magistrado ponente: Doctor Luis Armando Tolosa Villabona, entre muchas otras. [↑](#footnote-ref-12)
13. Que va de la página 1 a la página 5 de la Escritura que da origen a la ejecución. [↑](#footnote-ref-13)
14. Escritura que da origen a la ejecución, págs. 4 y 5. [↑](#footnote-ref-14)
15. *Ibidem*, pág. 59. [↑](#footnote-ref-15)
16. Que va de la página 5 a la página 75 de la Escritura que da origen a la ejecución. [↑](#footnote-ref-16)
17. Escritura que da origen a la ejecución, pág. 7. [↑](#footnote-ref-17)
18. Fierro Méndez, Rafael E. *Teoría General del Contrato,* segunda edición, Editorial Doctrina y Ley Ltda*.,* Bogotá, 2013,págs. 241 y siguientes. [↑](#footnote-ref-18)
19. Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil, ob. cit.,* pág.120. [↑](#footnote-ref-19)
20. *Ibidem.*  [↑](#footnote-ref-20)
21. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-21)
22. Fierro Méndez, Rafael E. *El contrato ¿libertad o poder?,* EN: *Responsabilidad Civil y Negocio Jurídico.* Tendencias del Derecho contemporáneo*.* Libro colectivo. Álvaro Echeverry Uruburru, Director, José Manuel Gual Acosta y Joaquín Emilio Acosta Rodríguez, Coordinadores, Bogotá, D.C., Universidad Santo Tomás, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2010, págs. 57-62. [↑](#footnote-ref-22)
23. Cfr. Chiovenda, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, traducción de J. Casals Santaló, y A. Salvador Bosque, Madrid, Editorial Reus, 1922, pág. 205. [↑](#footnote-ref-23)
24. Alvarado Velloso, Adolfo. *Introducción al estudio del DERECHO PROCESAL*, segunda parte, Reimpresión, Rubinzal-Culzoni, Editores, Buenos Aires, 2005, pág. 95. [↑](#footnote-ref-24)
25. El error cometido en la sentencia de primera instancia al ordenar seguir adelante la ejecución contra el Fideicomiso Centro Comercial Villa Country no es, ni puede ser -al menos que se quieran martirizar las leyes de la lógica y toda regla de bien juicio-, la justificación a este interrogante. [↑](#footnote-ref-25)
26. Código de Comercio, artículo 1262. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto-Ley 663/93, art. 118). [↑](#footnote-ref-26)
27. *Ibidem*, artículos 832 y 833. [↑](#footnote-ref-27)
28. Sierra Gutiérrez, Abdón*. Estado Social de Derecho y Solidaridad Social, Límites al principio de autonomía* privada, Editorial Uniautónoma, Barranquilla, 2015, pág. 74. [↑](#footnote-ref-28)
29. v. *Ibidem*, pág. 76. [↑](#footnote-ref-29)
30. Demanda Reformada, págs. 4-5. [↑](#footnote-ref-30)
31. v. Escritura que da origen a la ejecución, aparte de la comparecencia de las partes, pág. 4. [↑](#footnote-ref-31)
32. Demanda Reformada, hecho 4.19. [↑](#footnote-ref-32)
33. España: Tribunal Supremo, sentencia de 19 de junio de 2006, RJ 2006, 3710. [↑](#footnote-ref-33)
34. Díez Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* Tomo I, *Introducción Teoría del Contrato,* sexta edición, Editorial Civitas, Madrid, pág. 526. [↑](#footnote-ref-34)
35. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 28 de julio de 2005, Magistrado Ponente: Doctor Manuel Isidro Ardila Velásquez. Radicación: 1999-00449-01. [↑](#footnote-ref-35)
36. Escritura que da origen a la ejecución, pág. 9. [↑](#footnote-ref-36)
37. *Ibidem*, pág. 60. [↑](#footnote-ref-37)
38. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-38)
39. Que la deroga o reemplaza por un nuevo precepto privándola de su efecto vinculante, lo cual implica la cesación de su eficacia. Cfr. Ley 153 de 1887, art. 2º, concordante con los artículos 822 y 1º. del C. de Co. v. Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *Estructura de la forma en el contrato de seguro*, Editorial Temis, Bogotá, 1986, pág. 167. [↑](#footnote-ref-39)
40. Escritura que da origen a la ejecución, pág. 63. [↑](#footnote-ref-40)
41. Código de Comercio, artículos 1226, 832, 833 y 840. [↑](#footnote-ref-41)
42. Guastini, Ricardo. *Interpretar y Argumentar*, segunda edición, traducción de Silvina Álvarez, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pág. . [↑](#footnote-ref-42)
43. Comanducci, Paolo. *Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho* EN: Positivismo Jurídico y neoconstitucionalismo, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pág. 42. [↑](#footnote-ref-43)
44. Corte Suprema de Justicia,Sala de Casación Civil, Sentencia de 4 de diciembre de 1981. Magistrado Ponente: Doctor German Giraldo Zuluaga, entre muchas otras. [↑](#footnote-ref-44)