

República de Colombia

Rama Judicial



JUZGADO QUINCE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre del año dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA DE MERITO:

De conformidad con lo dispuesto en audiencia de instrucción y juzgamiento de fecha 09 de abril de 2021, dentro del proceso de la referencia, se impone al despacho emitir la correspondiente decisión de mérito o **SENTENCIA ESCRITA DE PRIMERA INSTANCIA.**

ACCION PRETENSION Y SU CAUSA.

El ciudadano: **ALFONSO SAFI ALUF**, mayor de edad, domiciliado en esta ciudad, a través de abogado, mediante un proceso **DECLARATIVO – VERBAL – INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO**, demanda a la sociedad: **CABO TORTUGA SAS**, representada por el señor **EDUARDO SARAVIA CALDERON**, y la sociedad: **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, representada legalmente por el señor **GABRIEL URIBE TELLEZ**, a efectos que se condenen a los demandados a pagar al actor la cláusula penal pecuniaria y los gastos de la copropiedad e impuestos prediales, causados **POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO No. 10043105420-1 DE VINCULACION COMO BENEFICIARIO DE AREA EN EL FIDEICOMISO CABO TORTUGA**, celebrado el 21 de marzo de 2014, entre **CABO TORTUGA SAS** como Fideicomitente – Propietario y **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, como vocera

del FIDEICOMISO CABO TORTUGA S.A.S., y el actor señor ALFONSO SAFI ALUF, como beneficiario de Area; cuyo objeto era la transferencia del derecho de dominio y la posesión de la Unidad Inmobiliaria, respecto del Apartamento 1105 Piso Once, Torre dos, y el derecho al uso exclusivo del depósito 10 y los garajes 98 y 99 de la torre dos; que hacen parte del proyecto denominado CONDOMINIO CABO TORTUGA, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 080-120575, de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Marta, departamento del Magdalena.

Solicita se hagan las siguientes declaraciones:

1 – Se declare el incumplimiento del contrato No. No. 10043105420-1 DE VINCULACION COMO BENEFICIARIO DE AREA EN EL FIDEICOMISO CABO TORTUGA, celebrado el 21 de marzo de 2014, por la demora y retardo injustificado en la ejecución de la obligación pactada en la cláusula tercera de “el contrato” consistente en la transferencia de dominio y posesión a título de beneficiario en fiducia mercantil.

2 – Como consecuencia, se condene solidariamente a los demandados CABO TORTUGA SAS, y la sociedad: ALIANZA FIDUCIARIA S.A., a pagar a ALFONSO SAFI ALUF la CLAUSULA PENAL PECUNIARIA, por valor de \$271.302.000,00, pactada en el título estimación anticipada de perjuicios en la cláusula décima Séptima del el contrato, equivalente al 20% del precio de la compra de \$1.356.510.000,00, M/cte.

3 – Como consecuencia de la sentencia que declare el incumplimiento, se condene al pago de la suma de \$47.141.775.000,00, indexada desde la fecha de pago de cada una de las cuotas y hasta la fecha que los demandados efectúen el pago, por gastos de la copropiedad, e impuestos prediales pagados por el demandante, desde abril de 2016, hasta mayo de 2018, fecha ésta última en los

demandados lo hicieron propietario a título de beneficiario, mediante el registro de la escritura pública No.436 otorgada en la notaría 73 del Círculo de Bogotá, el día 8 de febrero de 2016.

4 – Se condene a los demandados al pago de las costas, gastos y agencias en derecho.

Como hechos, narró en resumen los siguientes:

1 – Que entre demandante y demandados, celebraron CONTRATO No. 10043105420-1 DE VINCULACION COMO BENEFICIARIO DE AREA EN EL FIDEICOMISO CABO TORTUGA, el 21 de marzo de 2014, entre CABO TORTUGA SAS como Fideicomitente – Propietario y ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como vocera del FIDEICOMISO CABO TORTUGA S.A.S., y el actor señor ALFONSO SAFI ALUF, como beneficiario de Area; cuyo objeto era la transferencia del derecho de dominio y la posesión de la Unidad Inmobiliaria, respecto del Apartamento 1105 Piso Once, Torre dos, y el derecho al uso exclusivo del depósito 10 y los garajes 98 y 99 de la torre dos; que hacen parte del proyecto denominado CONDOMINIO CABO TORTUGA, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 080-120575, de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Marta, departamento del Magdalena.

2 – Alianza Fiduciaria, se obligó en la cláusula TERCERA, del contrato, con el demandante a transferirle la propiedad mediante el otorgamiento de escritura pública.

3 – En el PARAGRAFO QUINTO de la cláusula tercera del contrato, el fideicomitente propietario (CABO TORTUGA S.A.S) Y EL FIDEICOMITENTE GERENTE (la sociedad Arias, Serna y Saravia S.A.S.)

fueron autorizados por el BENEFICIARIO DE AREA, para realizar los trámites ante la notaría y la oficina de Registro.

4 – El día 8 de febrero de 2016, el demandante firmo la escritura pública en presencia de un delegado de la notaría 73, en las oficinas de la firma Arias Serna & Saravia SAS, la escritura pública 436 mediante el cual Alianza Fiduciaria S.A., le transfiere el dominio a título de beneficio en fiducia mercantil del apartamento y el uso exclusivo del depósito y los garajes objeto del contrato de vinculación.

5 – Conforme a la cláusula CUARTA del contrato el VALOR DE LOS APORTES para la adquisición de las unidades objeto de transferencia es la suma de \$1.356.510.000,00, recibidos a entera satisfacción. Los valores de gastos notariales y de registro fueron pagados por el demandante, y recibidos por CABO TORTUGA S.A.S, el día 4 de febrero de 2016, por la suma de \$27.988.933.00.

6 – En comunicación fechada 13 de abril de 2018, dirigida a las demandas, el demandante les presentó el reclamo escrito por el incumplimiento de la obligación de efectuar el registro de la escritura pública 436 otorgada el 8 de febrero de 2016 de la notaría 73 del Círculo de Bogotá, exigiéndole la entrega de la copia debidamente registrada, sin perjuicio de la reclamación de los daños y perjuicios, por el incumplimiento de la obligación de hacer la tradición del inmueble.

6 – Por intermedio de apoderado el día 26 de abril de 2018, reclamó formalmente los perjuicios por el daño emergente y el lucro cesante.

7 – Pasados 27 meses de la firma que el demandante hizo de la escritura pública, desde el 8 de febrero de 2016, y que conforme a certificación solo hasta el 9 de

mayo de 2018, le fue devuelta por los demandados debidamente firmada, y las respectivas copias para el registro fueron expedidas el día 10 de mayo de 2018 en un claro desconocimiento a lo dispuesto en el artículo 10 del decreto 2148 de 1983, lo cual le impone un plazo de 2 meses, contados a partir de la firma de la escritura para que sea incorporada al protocolo, so pena de dejarla sin efecto.

8 - Alianza fiduciaria en carta del 18 de junio de 2018, dio respuesta a los requerimientos escritos del demandante, y le remitió una copia del certificado de tradición correspondiente a los bienes objeto del contrato de compraventa, en la que consta que con fecha 18 de mayo de 2018, (pasados 27 meses después de la firma de la escritura pública) fue inscrita en la oficina de registro, y contentiva de la cancelación de la hipoteca en mayor extensión que afectaba el inmueble adquirido; siendo solamente el demandante propietario hasta el 18 de mayo de 2018. El demandante asumió desde el día 31 de marzo de 2016, por acta de entrega al Cliente – Obra, terminada el 31 de marzo de 2016.

- **Contestación Demanda.**

Las sociedades demandadas: CABO TORTUGA S.A.S., y ALIANZA FIDUCIARIA S.A., por conducto de abogado, en tiempo dieron contestación a la demanda, oponiéndose a su prosperidad, para lo cual formulan excepciones de mérito denominadas: “CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION EN CABEZA DE LAS DEMANDADAS- EXCEPCIONES SUBSIDIARIAS – COBRO DE LO NO DEBIDO y objetan el Juramento Estimatorio, conforme a escrito de contestación visto a folios 224 A 238.

TRAMITE PROCESAL

La demanda fue admitida con fecha 25 de abril de 2019, (folio 109), y notificada en debida forma al extremo demandado, quienes acudieron al proceso a través

de abogado formulando sus medios de defensa con fecha 18 de octubre de 2019; se corre traslado de las excepciones de mérito, la cual es contestada en tiempo por el extremo actor; por auto de fecha 16 de diciembre de 2019, se tiene por contestada en tiempo la demanda, y se CONVOCA a audiencia de que trata el art. 372 del C.G.P.; se interpone de recurso de reposición contra esta providencia respecto al monto de la caución ordenada, el que es decidido por auto de fecha 3 de marzo de 2020. (flo.254 a 256).

Por auto de fecha 30 de septiembre de 2020, se fija fecha para audiencia inicial, la que se celebra el día 17 de noviembre de 2020, quedando surtida todas sus etapas, y se decretan las pruebas del proceso.

En la citada audiencia inicial se señala fecha para audiencia de instrucción y juzgamiento, la que se verifica el día 09 de abril de 2021; se receptionan los interrogatorios de parte al extremo actor y al extremo pasivo; las pruebas testimoniales no se practican al no comparecer los testigos; se oyen a las partes en alegatos en conclusión, y con la facultad prevista en el artículo 373 del C.G.P., se decide que la sentencia se profiere por escrito.

La Demanda se tramita por los senderos procesales vigentes, agotando cada una de sus etapas procesales en sus correspondientes audiencias- inicial y de juzgamiento, y Alegatos de conclusión; por lo que agotado el trámite procesal se impone dictar sentencia de mérito, que en derecho corresponda.

CONSIDERACIONES:

PRESUPUESTOS PROCESALES. Dentro del presente proceso se encuentran a cabalidad los llamados presupuestos procesales; dado que las partes son capaces, han comparecido representadas por abogado, la jurisdicción y la competencia se encuentran radicadas en este despacho judicial, y la

demanda reúne los requisitos de forma previstos por disposiciones de orden legal.

- Acción Propuesta:

Pretende el señor: **ALFONSO SAFI ALUF**, se declare el incumplimiento del contrato No.10043105420-1 DE VINCULACION COMO BENEFICIARIO DE AREA EN EL FIDEICOMISO CABO TORTUGA, celebrado el 21 de marzo de 2014, por éste y la sociedad CABO TORTUGA SAS como Fideicomitente – Propietario y ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como vocera del FIDEICOMISO CABO TORTUGA S.A.S por la demora y retardo injustificado en la ejecución de la obligación pactada en la cláusula tercera de “el contrato” consistente en la transferencia de dominio y posesión a título de beneficiario en fiducia mercantil.

- A las excepciones de mérito denominadas “CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION EN CABEZA DE LAS DEMANDADAS - EXCEPCIONES SUBSIDIARIAS – COBRO DE LO NO DEBIDO”

Verificado el estudio respectivo, menester es considerar que la acción aquí intentada se ubica dentro del tema de la responsabilidad civil contractual y que ella propende por el resarcimiento de los perjuicios –cláusula Penal, gastos de la copropiedad e impuestos prediales, derivados del incumplimiento del contrato No. 10043105420-1, de VINCULACION, celebrado entre el demandante ALFONSO SAFI ALUF, como Beneficiario de Area, y la demandada CABO TORTUGA SAS, como fideicomitente – propietario y ALIANZA FIDUCIARIA S.A., vocera del fideicomiso CABO TORTUGA.

De suyo, entonces, propio es poner de presente que a voces del artículo 1602 del Código Civil, “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los

contratantes” y que, por tanto, mientras el acuerdo no sea invalidado por causas legales o por la mutua voluntad de los contratantes -parte final de la misma norma-, se impone para ellos el deber de su cumplimiento, lo que deberán hacer de buena fe quedando obligados no sólo a lo que reza el contrato sino también a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que la ley declare como pertenecientes a ella (art. 1603 ibídem).-

A su vez, el artículo 1609 de la misma obra, informa que “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”, y bajo el entendimiento de que son contratos bilaterales -o sinalagmáticos- aquellos en que “las partes se obligan recíprocamente” (art. 1496 de la última obra citada).-

Armoniza con lo expuesto el precepto del art. 1608 ejusdem, que enseña que el deudor está en mora “cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora”, o “cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla” y “en los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”, quedando así delimitados los supuestos en que debe entenderse como incumplido el contrato por parte de alguno de los contratantes.-

De dichas reglas legales se extracta que para la prosperidad de la pretensión contractual semejante supone la presencia y comprobación plena de los elementos que doctrinaria y jurisprudencialmente se han tenido para tal efecto, como son: (i) que exista un vínculo jurídico válido y concreto de la naturaleza indicada entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); (ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o

defectuosa de una prestación emergente de la obligación contraída la que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culpable) y, en fin, (iii) que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la injusta privación de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño), justamente por mediar la relación comercial de marras mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño).-

Dentro de la clasificación de los contratos hay una que los encuadra atendiendo a las prestaciones que de ellos se derivan para las partes, es así como se tienen los contratos de prestaciones correlativas y los que tienen prestaciones a cargo de uno solo de los contratantes, contratos bilaterales o unilaterales, respectivamente (1496 C.C.)

Hay una especie de contrato que puede asumir alguna de las aristas mencionadas anteriormente, es decir, que de él bien pueden derivarse prestaciones correlativas, así como para una sola de las partes. Es el caso del contrato preliminar, de la promesa de contrato o contrato preparatorio, negocio que “se presenta cuando ambas partes o una de ellas (según se trate, respectivamente de contrato preliminar bilateral o unilateral) *se obligan a estipular luego un contrato, que por contraste se suele llamar definitivo*. Cuando las dos partes que intervienen en el acto asumen la obligación de celebrar el *contrato definitivo* estamos en presencia de un contrato de promesa bilateral, frente al cual, y como sucede en todos los contratos bilaterales, ante el incumplimiento de uno de los contratantes “podrá el otro pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, la conocida condición resolutoria contractual, tácita o implícita del artículo 1546 del Código Civil, que va atada a los contratos bilaterales como elemento natural.

El contrato preliminar encuentra protección frente al incumplimiento de uno de los contratantes, no sólo por lo dispuesto en el artículo 1546 de la normativa civil cuando se estipule como contrato bilateral, sino también por la vía del 1610 *ibid.*, por cuanto de él emana obligación de hacer (861 C. de Co.), específicamente la de contratar, que en caso de ser incumplida otorga al contratante cumplido o presto a cumplir, entre otras, la posibilidad de exigir lo debido junto con la indemnización de los daños irrogados, llegando hasta el caso de obtener, a través del concurso jurisdiccional, el consentimiento faltante para el perfeccionamiento del contrato definitivo a través de la sentencia constitutiva.

El carácter principal del precontrato se hace presente una vez celebrado el contrato prometido, en cuanto aquél ya no es capaz de influir en este último; ni para transmitirle efectos, ni para imprimirle vicios. El preparatorio se agota con la celebración del definitivo. No accede a otro, ni depende de otro.

En el *sub-judice* se encuentra acreditada la legitimidad de las partes, tanto por pasiva como activa, lo que, por contera, evidencia la satisfacción del primero de los presupuestos axiológicos de la acción de responsabilidad civil contractual de que se trata, esto es, la existencia del contrato que ató a las partes.

Se trae con la demanda un “*contrato de vinculación por beneficio de área*”, el cual a grandes rasgos se puede definir como un contrato de fiducia mercantil de la modalidad inmobiliaria, por medio del cual el beneficiario de área se vincula a un fideicomiso inmobiliario con el propósito de que a la terminación del proyecto inmobiliario el fideicomitente le haga entrega material de una unidad inmobiliaria cuyas características generales fueron determinadas desde la celebración del contrato y que la compañía fiduciaria administradora del fideicomiso le haga *transferencia del derecho de dominio mediante escritura pública*; es un contrato accesorio que depende de la existencia de una fiducia mercantil que constituya un fideicomiso inmobiliario, sin el cual no puede

vincularse el beneficiario de área al proyecto inmobiliario; comporta para la fiduciaria obligaciones de hacer teniendo en cuenta que se encuentra a su cargo la obligación de administrar los dineros que a favor del fideicomiso aporte los beneficiarios de área, así mismo tiene la obligación de transferir el dominio de la unidad inmobiliaria a través de una escritura pública una vez el beneficiario de área cumpla con sus obligaciones, y la entrega de la unidad inmobiliaria; estas obligaciones se desarrollan con total independencia del desarrollo del proyecto. Para el beneficiario de área tiene obligaciones de dar, teniendo en cuenta que se obliga a entregar los aportes que ha convenido en el contrato, igualmente comporta la obligación de otorgar escritura pública con el propósito de recibir la transferencia del dominio de parte del fiduciario y de recibir la unidad inmobiliaria. Como causales para la terminación del contrato, se tiene: i) La terminación del contrato de fiducia mercantil que da origen al fideicomiso inmobiliario ii) Por haberse cumplido completamente el objeto iii) Por el incumplimiento de las obligaciones convenidas entre las partes.

El contrato de vinculación por beneficio de área, es de aquellos que son catalogados como un "*contrato preparatorio*", pues de acuerdo a su definición tiene en final el propósito de realizar la transferencia del dominio a favor del beneficiario de área, y la entrega del mismo; que cumplido éste se termina el mismo.

Queda establecido que Alianza Fiduciaria, se obligó en la cláusula TERCERA, del contrato, con el demandante señor ALFONSO SAFI ALUF, a transferirle la propiedad mediante el otorgamiento de *escritura pública*.

A su vez en el PARAGRAFO QUINTO de la cláusula tercera del contrato, el fideicomitente propietario CABO TORTUGA S.A.S., y el FIDEICOMITENTE GERENTE (la sociedad Arias, Serna y Saravia S.A.S.) fueron autorizados por el BENEFICIARIO DE AREA, para realizar los trámites ante la notaría y la oficina de Registro.

Al tenor de lo preceptuado en el artículo 1880 del C.C., las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida.

El artículo 756 del C.C., consagra: Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos Públicos.

El día 8 de febrero de 2016, el demandante firmo la escritura pública 436 de la Notaría 73 del Circuito de Bogotá, mediante el cual Alianza Fiduciaria S.A., le transfiere el dominio a título de beneficio en fiducia mercantil del apartamento y el uso exclusivo del depósito y los garajes objeto del contrato de vinculación.

De acuerdo a las probanzas, se tiene entonces que el perfeccionamiento del contrato de vinculación por beneficio de área quedó finiquitado con el otorgamiento de la escritura de compraventa N° 436 del 08 de febrero de 2016 de la Notaría 73 del Círculo de Bogotá D.C., por lo que no es posible, agotado cabalmente el objeto del contrato, reclamar el pago de sumas de dinero pactadas en el negocio preparatorio dando cuenta de un presunto incumplimiento en torno a las obligaciones acordadas, pues con el otorgamiento de la citada escritura pública, se agotó por el cumplimiento de los fines para los cuales fue suscrito.

Ello traduce, que no se puede hacer efectiva una obligación, que ya no existe. Es preciso recordar, que no pueden confundirse las obligaciones que emanan del contrato de vinculación por beneficio de área, con las que emanan del contrato de compraventa; esto es, no es lo mismo la obligación de celebrar el contrato prometido que emana de aquel contrato preparatorio, con las que surgen de la compraventa.

Como el incumplimiento que se predica de los demandados obedece no al otorgamiento de la escritura de compraventa, sino por el retardo de registrar la escritura pública ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, deviene incuestionable que el supuesto incumplimiento que se presenta es del contrato de compraventa no del contrato de vinculación por beneficio de área, ya que éste último se extinguió con la suscripción de la escritura pública.

Ante esto, no es de recibo pretender obtener la declaración de incumplimiento del contrato de vinculación por beneficio de área, para hacer efectiva una cláusula penal pactada para sancionar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de vinculación, cuando el presunto incumplimiento devendría del retardo en realizar la transferencia del dominio ante la oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente.

Si a ello agregamos, que el soporte esencial del reclamo de la cláusula penal, gastos de copropiedad, impuestos prediales, no fue el incumplimiento del contrato de vinculación como beneficio de área, sino el RETARDO, en registrar la escritura pública de compraventa; lo que no podríamos hablar de incumplimiento del contrato de vinculación, ya que el mismo en últimas fue cumplido, apenas se establece un retardo, pero jamás el incumplimiento.

Ahora, si bien dentro citada cláusula TERCERA, como el parágrafo del contrato de vinculación, el beneficiario autorizó al Fideicomitente – propietario, para que registrara la escritura pública, las partes no establecieron para el registro de la escritura pública alguna condición o tiempo para el Registro de la misma, y las consecuencias de su incumplimiento como la indemnización de perjuicios; si bien la ley establece un periodo de tiempo para incorporar la escritura pública al protocolo, que en nuestro caso el notario guardo silencio procediendo a protocolizar la memorada escritura pública; o para el registro de la misma ante la oficina de registro de dos meses, apenas es una sanción moratoria, no

deviniendo algún incumplimiento bien para el contrato primigenio o preparatorio, o para el contrato final – escritura pública.

Bastan estas consideraciones para declarar probadas las Excepciones de mérito propuestas por el extremo demandado, y como consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

DECISIÓN.-

En mérito de lo expuesto, el suscrito **JUEZ QUINCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS Y PROSPERAS las excepciones de mérito propuestas por el extremo demandado, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia, NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: Condenar en costas de esta instancia a la parte actora, fijando como agencias en derecho la suma de \$ 5'500.000,00 . M/cte., las que se liquidarán en su momento procesal.

CUARTO: ORDENAR la cancelación de las medidas cautelares decretadas en el proceso. Oficiese con los insertos del caso.

QUINTO: En su momento archívese el expediente dejando las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


GILBERTO REYES DELGADO

JUEZ

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
**JUZGADO QUINCE CIVIL DEL CIRCUITO
DE BOGOTÁ, D.C.**

La providencia que antecede se Notificó por Estado No.
072 del 22 OCT 2021

SECRETARIA 