REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y TRES (43) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

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

RADICACIÓN: 110014003043-**2019**-0**0821**-00

I. ASUNTO

Dentro del término previsto en el inciso 3º numeral 5º del artículo 373 C.G.P. y rituado el asunto procede esta judicatura a emitir la decisión que clausure la instancia.

II. ANTECEDENTES

1. Rafael Humberto Otalora Pineda, actuando a través de apoderado judicial, promovió acción ejecutiva contra la Sociedad Promotora Lab Colombia - Prolabco S.A.S.**,** a fin de obtener el recaudo de las sumas determinadas en el mandamiento de pago de fecha **19/11/2019** (fl.172, Cd.1), las cuales corresponden a los auxilios de cánones mensuales de arrendamiento causados a partir del 31 de julio de 2017, por los valores específicos incluidos en la demanda y en la aludida orden de apremio. Como soporte para tales pretensiones se adosaron los siguientes documentos: (i) el Memorando de Entendimiento de fecha 24 julio de 2013; (ii) "Otro sí" No. 01 Memorando de Entendimiento suscrito el 10 noviembre de 2014; (iii) el Contrato de Vinculación del 14 de abril de 2014; (iv) "Otro sí" No. 1 al Contrato de Vinculación suscrito el 3 octubre de 2014; y (v) "Otro sí" No. 02 al Contrato de Vinculación.

2. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte actora esgrimió que las obligaciones ejecutadas tienen su origen en un negocio fiduciario en el que se comprometió a aportar un inmueble (apartamento 101 del Edificio Pineda de la ciudad de Bogotá), sometido a propiedad horizontal, para luego de la demolición del antiguo edificio y la construcción de uno nuevo, la demandada como promotora y responsable del proyecto le restituyera el dominio de un predio nuevo con similares características al que inicialmente fue entregado.

Precisó que mientras perduraba ese proceso de demolición y construcción, la demandada asumió la obligación de pagarle un auxilio por cánones de arrendamiento, el que inicialmente se pactó en la suma de $3.000.000 mensuales, los cuales debían ser incrementados anualmente conforme al IPC. Dicho auxilio, según las condiciones contractuales, debía ser pagado por la demandada desde la entrega del inmueble a la promotora del proyecto, lo cual ocurrió el 18 de noviembre de 2014, y hasta tanto no se le hiciera la entrega efectiva del nuevo apartamento al ejecutante.

De igual manera, señaló que la ejecutada cumplió a cabalidad con dicha obligación hasta el mes de junio de 2017 y que a partir de julio de ese mismo año incurrió en mora en el pago del auxilio de arrendamiento, por lo que promovió la presente demanda ejecutiva.

Por lo demás, memoró la existencia de otro proceso ejecutivo iniciado por el mismo demandante, pero con el objetivo de recaudar el monto de las cláusulas penales incluidas tanto en el Memorando de Entendimiento como en el Contrato de Vinculación, trámite

judicial del que conocieron en sus respectivas instancias el Juzgado 26 Civil del Circuito y la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

Finalmente, hizo referencia al hecho relativo a la ausencia entrega del inmueble objeto de la negociación y que, si bien la demandada a mediados de 2017 quiso cumplir con esa obligación, el actor se rehusó a recibir el apartamento, porque éste no cumplía con las condiciones esenciales planteadas en el Memorando de Entendimiento. Particularmente, reprochó el hecho de que el bien puesto a su disposición por la demandada sólo contaba con dos (2) habitaciones y no con tres (3), como originalmente se pactó.

III. TRÁMITE PROCESAL

1. Por auto del **19/11/2019** (fl. 172, C.1.), se profirió la orden de pago conforme al petitum de la demanda.

2. La accionada, a través de apoderado judicial, se notificó personalmente de la orden compulsiva (fl.182), procediendo a interponer recurso de reposición contra el mandamiento de pago, tras considerar la falta de requisitos del título ejecutivo y, por ende, alegar "inepta la demanda" y "el incumplimiento del requisito formal del título".

Una vez se surtió el traslado del aludido, frente al que se manifestó oportunamente el extremo activo, mediante auto del **27/01/2021** (fls.246-249, Cd.1) se desestimó lo planteado por el ejecutado y se resolvió no reponer la orden de apremio. No obstante, en dicha providencia se dejó claro que dicha decisión no impedía revisar de manera oficiosa en la sentencia el carácter ejecutivo del título, teniendo en cuenta la jurisprudencia allí citada y las pruebas que serían practicadas en el plenario.

Posteriormente, la ejecutada contestó la demanda (fls.258-267, Cd.1), refiriéndose a cada uno los hechos, oponiéndose a las pretensiones y alegando como excepciones de mérito las siguientes: (i) *"inexistencia de título ejecutivo"*; (ii) *"incumplimiento de la demandante"*; (iii) *"excepción de contrato no cumplido"*; (iv) *"mala fe y temeridad"*; (v) *"pago"*; (vi) *"cosa juzgada"*; y (vii) *"genérica"*.

3. El demandante descorrió el traslado de las excepciones y el Despacho en auto del **08/07/2021** (fls.306-307), citó para audiencia inicial y decretó pruebas en la actuación, conforme a lo solicitado por ambos extremos procesales. Finalmente, el día 29 de abril de 2022 se llevó a cabo la referida audiencia inicial de manera virtual, en la que se cumplieron con las etapas previstas en el artículo 372 C.G.P., esto es, interrogatorio a las partes, conciliación, fijación del litigio.

Por otra parte, el 28 de junio y 4 de agosto de 2022 se adelantó la audiencia de instrucción y juzgamiento prevista en el artículo 373 C.G.P. En la última de las fechas indicadas se recibieron alegatos de conclusión y luego del receso, atendiendo lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 373 ibidem, este Juzgador anunció el sentido del fallo, en este caso, desestimatorio de las pretensiones, destacando la ausencia de exigibilidad de las obligaciones reclamadas.

Por lo anterior, dentro del término previsto en el reseñado numeral 5º, se procede a dictar la sentencia respectiva, con sustento en las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales:

Se encuentran dadas las condiciones para emitir una decisión de fondo que dirima la controversia jurídica, pues los llamados presupuestos procesales entendidos como las condiciones de orden jurídico-procesal se cumplen a cabalidad, toda vez que este Juzgado es competente para conocer del presente rito, las partes son capaces y comparecieron legalmente, al igual que no se observa algún vicio con entidad suficiente que haga nula la actuación, por lo que se resolverá sobre el mérito del asunto sometido a la jurisdicción.

2. Problema jurídico

De acuerdo con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, el problema jurídico en el presente asunto se contrae a determinar si hay lugar o no a seguir adelante con la ejecución en el presente asunto, interrogante que involucra la necesidad de resolver sobre las excepciones de mérito planteadas por el extremo pasivo, se memoran, (i) "inexistencia de título ejecutivo"; (ii) "incumplimiento de la demandante"; (iii) "excepción de contrato no cumplido"; (iv) "mala fe y temeridad"; (v) "pago"; (vi) "cosa juzgada"; y (vii) "genérica".

Sea este el momento prudente para recordar que, según el inciso 3º del artículo 282 C.G.P., *"[s]i el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes"*.

3. Fundamentos jurídicos y fácticos

Precisamente, con la advertencia establecida en el citado artículo 282, el Despacho evidencia que, como ya se dijo en la audiencia del 04/08/2022, no se podrá seguir adelante con la ejecución, por cuanto se advirtió que la obligación aquí perseguida se torna inexigible.

Y esa inexigibilidad, a juicio del fallador, ineludiblemente, comporta el hecho que, por lo menos, dos (2) de las excepciones planteadas por el extremo pasivo se declararan probadas, en estricto sentido, la de "*inexistencia del título ejecutivo*" y "*cosa juzgada*", pero cabe advertir por razones disímiles a las planteadas por la demandada, como pasará a explicarse.

3.1. En cuanto a la **"inexistencia del título ejecutivo"**, en la contestación se adujo que se configuraba por tres (3) razones: "no existe un título ejecutivo complejo", "no existe un título ejecutivo" y "la obligación no tiene el carácter de exigible".

Frente a la primera de esas razones, este Despacho reiterará lo dicho en el auto de fecha 27/01/2021 por medio del cual se resolvió el recurso de reposición contra el mandamiento de pago, pues allí se dejó sentado el criterio que se asumió respecto a los documentos aportados para iniciar la acción ejecutiva. En dicha providencia, luego de hacerse referencia a lo estipulado en el Memorando de Entendimiento, el Contrato de Vinculación y sus respectivos "Otros sí", en materia obligacional y con relación a la presente acción de cobro, se determinó que *"si el demandante concib[ía] como títulos ejecutivos base de la ejecución el memorando de entendimiento y el contrato de vinculación génesis, no puede este Despacho obviar que ambos han sido objeto de modificaciones insertadas a través de sus otros sí, y en tal medida, que sean títulos compuestos, entendiendo que las obligaciones emergen de documentos conexos, íntimamente ligados, conllevando una unidad jurídica, donde no pueden mirarse de manera aislada dichos acuerdos modificatorios rubricados por las partes; en otras palabras, los otros sí no tienen vida*

autónoma, cuelgan necesariamente de los documentos del que se desprendieron" (fl.248, Cd.1). de ahí que no exista duda de que nos encontramos frente a un título complejo.

Aclarado lo anterior, emerge entonces la necesidad de verificar si el título compuesto presta o no mérito ejecutivo (art. 422 C.G.P.), es decir, hacer el estudio a partir de la argumentación esbozada por la ejecutada en las otras dos (2) razones aducidas para la inexistencia de título ejecutivo. Especialmente, se hará el análisis de la exigibilidad de las obligaciones por las cuales se libró mandamiento de pago.

Sobre el particular, se alegó en la contestación que el título no era exigible, porque el demandante está en mora de recibir el inmueble objeto de la negociación desde el 10 de julio de 2017 y desde esa misma fecha el demandado se allanó a cumplir con la obligación consistente en escriturar y entregar materialmente el reseñado predio. Sin embargo, más allá del análisis acerca del cumplimiento o no de la obligación de recepción o entrega del apartamento, debate que nos trae a colación la demandada, lo cierto es que resulta necesario memorar el contenido de la obligación que se pretende ejecutar.

Para ello resulta oportuno citar el texto de la cláusula 3ª del Memorando de Entendimiento suscrito el 24/07/2013 (fl.5 vto, Cd.1) que reza:

> *"EL(LOS) PROPIETARIO(S) como contraprestación por la transferencia de su apartamento que hace parte del EDIFICIO PINEDA PROPIEDAD HORIZONTAL recibirá (n) una unidad privada con un área en obra gris de 150 M2, exterior, en una sola planta, con tres (3) habitaciones, en el quinto piso del Edificio que PROLABCO proyecta desarrollar en el lote de terreno sobre el cual se encuentra construido el EDIFICIO PINEDA (50C-333001) y el EDIFICIO GONZALEZ Y MORALES PROPIEDAD HORIZONTAL (50C-1653095). El propietario recibirá adicionalmente tres garajes, dos en línea y uno individual y un depósito.*
>
> *Durante el lapso que transcurra entre la entrega material y física de su apartamento, la cual se deberá realizar una vez alcanzadas las condiciones de viabilidad para iniciar la construcción del proyecto, según lo establecido para tal fin en el contrato de fiducia de que trata el numeral 4.1 de la cláusula cuarta del presente contrato y hasta la fecha en que se le(s) efectúe la entrega a EL (LOS) PROPIETARIO (S) de la unidad privada que le corresponde en el proyecto que construirá PROLABCO, PROLABCO pagara a El (LOS) ROPIETARIO(S) una suma mensual de TRES MILLONES DE PESOS ($3.000.000,oo), suma que se indexará en el IPC mes inmediatamente anterior, a partir del mes 13 de entregado el apartamento por EL (LOS) PROPIETARIO(S), sin que se le haya entregado inmueble que le corresponde como contraprestación por la transferencia de su apartamento*
>
> *(…)*
>
> *Parágrafo: EL(LOS) PROPIETARIO(S) en forma libre y voluntaria y en ejercicio de la autonomía de la voluntad ha solicitado a PROLABCO que le entregue como contraprestación un apartamento de menor área al aportado por el para el desarrollo del PROYECTO y que el mismo le sea entregado en Obra Gris y que PROLABCO le compense la diferencia en dinero, para lo cual las partes han acordado que a la obtención del Punto de Equilibrio, PROLABCO le pagara a EL(LOS) PROPIETARIO(S) la suma de $161,720,000".*

Dicha cláusula 3ª del Memorando de Entendimiento, posteriormente, fue modificada mediante “Otro sí” No. 1 del 10 de noviembre de 2014 (fl.9 Cd.1) quedando de la siguiente manera:

> *“Durante el lapso que transcurra entre la entrega real y física de su apartamento, la cual se deberá realizar una vez hayan sido firmados los contratos de vinculación equivalentes mínimo al sesenta por ciento (60%) del área construida total de los apartamentos del Proyecto la cual será certificada por la FIDUCIARIA, área que equivale a 2.742 m2. Así mismo el promotor deberá contar, al momento de la cancelación del reglamento de propiedad horizontal del edificio pineda con la aprobación del crédito constructor por mínimo el 40% de los costos totales financiables del proyecto, y hasta la fecha en que se les efectué la entrega a EL (LOS) PROPIETARIOS (S) de la unidad privada que les corresponda en el proyecto que construirá PROLABCO, PROLABCO pagará a EL (LOS) PROPIETARIO (S), una suma mensual de TRES MILLONES DE PESOS ($3.000.000.oo), suma que se indexara en el IPC del mes inmediatamente anterior a partir del mes 13 de entregado el apartamento por parte a de EL (LOS) PROPIETARIO (S), sin que se le haya entregado el inmueble que le corresponde como contraprestación por la trasferencia de su apartamento”.*

Incluso, el Contrato de Vinculación a la Fiducia como aportante de área, en su cláusula 7ª (fl.12) compendió lo acordado por las partes en materia de “arriendos”, al precisar que:

> *“SEPTIMA: ARRIENDOS: Desde la fecha de restitución de la tenencia del inmueble por parte del COMODATARIO y hasta la entrega del inmueble a restituir, se entregará a EL(LOS) APORTANTES DE AREA un auxilio mensual de arrendamiento por el valor el valor establecido en el ACUERDO PRIVADO, el cual se girará dentro de los cinco (5) primeros días hábiles de cada mes por LOS FIDEICOMITENTES a EL (LOS) APORTANTES DE AREA. Para este efecto LOS FIDEICOMITENTES impartirán instrucción irrevocable a, Acción fiduciaria, de realizar este pago mensual a favor de EL(LOS) APORTANTES DE AREA”.*

La referencia textual que hace el Despacho a lo contenido en los documentos base de la ejecución tiene como finalidad destacar que el pago del auxilio de arrendamiento, según lo pactado por las mismas partes, tiene un origen claro y preciso, esto es, que mientras se le privara del usufructo del inmueble al aportante de área, se adelantaba el proceso de construcción del nuevo proyecto y se le hacía entrega del inmueble al ejecutante, se haría el reconocimiento del auxilio económico mensual acordado.

3.1.2. Ahora, lo relevante de la situación expuesta es que el pago del mencionado auxilio de arrendamiento pendía, exclusivamente, de que se materializara la entrega del nuevo apartamento al demandante, es decir, únicamente, podría exigirse la satisfacción de tales emolumentos en caso de que la demandada no cumpliera con esa obligación de entrega tanto jurídica como material.

Con esa finalidad, el abogado de la parte ejecutante arguyó en su escrito de demanda, en especial en los hechos Nos. 1.7, 4.1., 20, 24 y 25 (fls.135 y ss. Cd.1), que si bien la pasiva ofreció escriturar y entregar materialmente el inmueble objeto del convenio, el señor Rafael Humberto Otalora Pineda (demandante) se rehusó a recibir, principalmente, porque, en su criterio, tanto la escritura pública 1116 del 10 de julio de 2017 de la Notaría 35 de Bogotá D.C. como la descripción que se le había informado del apartamento no cumplían con lo acordado en el Memorando de Entendimiento, en tanto el bien que se le

iba a entregar sólo contaba con dos (2) habitaciones y no tres (3), como se estableció en la cláusula 3ª del aludido memorando y en la aceptación de diseños que aprobó el 27/11/2013 (fl.25 Cd.1).

Específicamente, según el hecho No. 24 de la demanda (fl.152), las inconformidades planteadas frente a la escritura pública 1116 de 2017 y relacionadas con la distribución del apartamento fueron las siguientes:

> *"(…) II. Que no acepta la transferencia del Apartamento 504 por ser contrario a lo establecido en el Memorando de Entendimiento y en el Contrato de Vinculación como Aportante de Área, ya que en la escritura pública 666 del 28 de abril de 2017 de la Notaria 35 de Bogotá se expresa claramente que el mencionado apartamento solo cuenta con dos (2) habitaciones.*
> *III. Que de esta situación, (que e! apartamento 504 solo había sido aprobado por parte de la Curaduría Urbana No. 5 de Bogotá D.C. con dos (2) habitaciones y un hall de alcobas, y que por lo tanto no podían cumplir con las obligaciones contenidas en Los Contratos), tenían conocimiento ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como FIDUCIARIA, PROMOTORA LAB COLOMBIA PROLABCO S.A.S. como FIDEICOMITENTE PROMOTOR y KUBIK LAB S.A.S. como FIDEICOMITENTE CONSTRUCTOR, desde el 14 de agosto de 2015, fecha de expedición de la Resolución RES 15-5-1381 expedida por la Curaduría Urbana No. 5, y que al respecto guardaron silencio.*
> *IV. Que no acepta la cláusula OCTAVA de la minuta presentada, en la cual se declaran ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., PROMOTORA LAB COLOMBIA PROLABCO S.A.S. y KUBIK LAB S.A.S. cumplidas con sus obligaciones (…)".*

De tal estirpe fue la inconformidad por el número de habitaciones que, como se señaló en el acápite de antecedentes, antes de dar inicio a este proceso ejecutivo adelantó otro juicio coercitivo contra la demandada por el cobro de las cláusulas penales contenidas en el Memorando de entendimiento y el Contrato de Vinculación, trámite conocido bajo el radicado 2017-00071 por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá y en segunda instancia por la Sala Civil del Tribunal de Bogotá. Empero, resultó de suma importancia para el demandante la situación acaecida con el número de habitaciones del inmueble que procedió a reformar la demanda ejecutiva en ese proceso y a solicitar el pago de la cláusula penal prevista en el Memorando de Entendimiento, no solo por el hecho de haberse incumplido en el pago de los incrementos de los auxilios de arrendamiento, sino además *"en lo referente a una propiedad privada con un área de 133 M2, exterior, en una sola planta, con tres (3) habitaciones, en el quinto piso correspondientes al apartamento 504, pues según los planos PH-08 112 y Plano A-108 de 118 registra el apartamento 504* ***consta de dos (2) habitaciones y un (1) hall de alcobas"*** (Hecho No. 25 de la demanda, fl.153, Cd.1). (Subrayado y negrilla intencional)

Esa propia manifestación del ejecutante en los hechos números 24 y 25, que además se coteja del expediente remitido como prueba trasladada por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, en el que se vislumbra la reforma de la demanda en tal sentido, permite colegir que la razón principal para no firmar la escritura ni recibir el apartamento, situación que, como ya se explicó, es la que sostiene la obligación de pagar el auxilio económico de arrendamiento, consistió en el hecho del incumplimiento que se le imputa a la ejecutada de no estar presta para la entrega de un inmueble con tres (3) habitaciones, sino dos (2), contrariando lo estipulado por las partes.

Y es que, una vez iniciado este proceso, la conducta procesal de la demandante también ha sido inequívoca para exaltar ese incumplimiento que le enrostró a su contraparte

y desencadenó en la decisión de no recibir el apartamento, por cuanto, insistió en la situación referente al número de habitaciones cuando descorrió el traslado para la reposición (numerales 14-19 y 24 del escrito visible a fl.219) e, igualmente, cuando se pronunció sobre las excepciones de mérito en el memorial obrante a folios 284 y siguientes. Cabe destacar que, si bien el extremo actor en estos últimos dos escritos agregó una inconformidad por el área del inmueble a recibir, aduciendo que los 133 M2 correspondía a área construida y no privada, lo cierto es que en la demanda en ningún momento se hizo referencia a esa circunstancia como una de las razones para no recibir el apartamento, por lo que, en sujeción al principio de congruencia (inciso 2º, art. 281 C.G.P.[1]), no será posible entrar a analizar ese hecho como desencadenante de la no recepción del apartamento.

3.1.3. Así las cosas, ante la alusión expresa y reiterada que hace la demandante en tal sentido, para pretextar la no recepción del inmueble de su parte, es dable entrar a verificar si la razón aducida es válida y justificada al momento de incoarse la presente demanda.

Para cumplir con ese propósito, resulta oportuno traer a colación lo acontecido en el proceso 2017-00071, porque, como ya se mencionó, la inconformidad relacionada con el número de habitaciones también fue expuesta en aquel procedimiento. En estrictez, se hará mención a lo decidido por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá cuando dictó sentencia de primer grado en la audiencia llevada a cabo el 29/08/2018, así como también lo resuelto por la Sala Civil del Tribunal de Bogotá el 23/05/2019.

En punto a esta queja, luego de analizar los dos hechos (pago de incrementos al auxilio de arrendamiento y el número de habitaciones) que darían lugar a la cláusula penal derivada del Memorando de Entendimiento (pretensión 1ª de esa demanda), el *a quo* concluyó la necesidad de revocar el mandamiento para el pago de dicha cláusula penal, por cuanto advirtió que los incrementos se habían pagado en el transcurso del proceso y la cuestión relativa al número de habitaciones era un tema *"superado"*. Sobre esto último, literalmente dijo: *"el aspecto correspondiente de la entrega de una propiedad privada con un área de 133 metros y que, el reproche apunta generalmente a las habitaciones y a un hall de alcobas, o sea a puntos de habitabilidad, pues claramente se establece que ese aspecto fue superado con el reconocimiento del plano que obra a folio 21 del Cuaderno numero 1 y que reconoció el demandante en desarrollo de audiencia de instrucción"* (Min 1:35:00). La otra pretensión, relativa al pago de la cláusula penal contenida en el Contrato de Vinculación, estimó que sí era procedente su cobro, por cuanto la ejecutada no cumplió con la obligación de entregar el nuevo apartamento al ejecutante dentro del plazo acordado por las partes (18/01/2017).

Inconforme, particularmente, con la primera parte de esa decisión, el demandante apeló tal pronunciamiento y, como reparo concreto, insistió en que el incumplimiento en el número de habitaciones desconocía lo pactado en el Memorando de Entendimiento y, por ende, se abría paso el cobro de la cláusula penal allí contenida (Min 2:07:00). Manifestación que reiteró en la sustentación de la alzada ante la Sala Civil del Tribunal de Bogotá en la audiencia del 23/05/2019, cuando señaló, nuevamente, que la demandada construyó un apartamento de dos (2) y no de tres (3) alcobas (Min 16.50:00).

Por su parte, el *ad quem* al resolver los reparos formulados frente a la negativa de seguir adelante la ejecución por la cláusula penal del Memorando de Entendimiento determinó que sí hubo incumplimiento en el pago de los incrementos del auxilio de arrendamiento, por lo que era posible cobrar la referida pena, pero no por el valor total de

[1] (…) "No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta".

su estimación ($350.000.000,oo), sino por un monto menor, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 867 del C. de Co., en tanto la obligación dejada de pagar ascendía a $1.102.476, lo que daba lugar a reducir la cláusula penal. De igual manera, precisó que no podía pretenderse el pago de las dos (2) cláusulas penales (Memorando de entendimiento y Contrato de Vinculación), por un mismo hecho, esto es, la no entrega del apartamento, y por ese motivo explicó que lo relacionado con dicho incumplimiento sería objeto de análisis cuando se refiriera sobre la cláusula penal del Contrato de Vinculación (Min 10:00). Y finalmente, sobre este tópico, tras concluir que el inmueble no fue entregado al demandante dentro del término previsto, determinó que era viable el cobro de la totalidad de la cláusula penal derivada del aludido Contrato de Vinculación, es decir, la suma de $350.000.000.

Frente a la decisión de segunda instancia, el ejecutante solicitó adición, porque, consideró que el Tribunal no había resuelto sobre el segundo hecho que daba lugar al cobro de la cláusula penal contenida en el Memorando de Entendimiento, esto es, *"la entrega de un apartamento de 3 habitaciones"* (Min 30:30). Al respecto, la Sala de conocimiento resolvió y de manera expresa reivindicó: *"cuando se concluyó que no prosperaba la ejecución sino en la parte del incumplimiento en el pago del incremento e iba a abordar el numeral 2º de la apelación del demandado, expresamente, dije que ese tema era el mismo que se había discutido en el memorando y que existían dos (2) clausula penales para sancionar el mismo incumplimiento y que ese era el momento en que se abordaba el estudio de ese tema"* (Min 32:10).

En otras palabras, lo que el *ad quem* precisó fue que el segundo hecho que se alegó como sustento para solicitar el pago de la cláusula penal del Memorando de Entendimiento, esto es, el relativo al número de habitaciones, se encontraba subsumido en el evento de la no entrega del apartamento, a tal punto que destacó que no era posible perseguir el pago de dos sanciones por un mismo hecho.

3.1.4. Así las cosas, y si la decisión de la Sala Civil del Tribunal contempló y abarcó el hecho relativo a la inconformidad en el número de habitaciones, como el supuesto incumplimiento de la demandada, a tal punto que lo estimó incorporado en la no entrega del apartamento, lo cual abrió paso para el cobro de la cláusula penal contenida en el Contrato de Vinculación, es lógico y razonable afirmar que el incumplimiento aducido y que sirvió de argumento para no recibir el inmueble en la presente demanda, ya habría sido objeto de indemnización, por cuanto, el pago de la segunda pretensión en el anterior proceso, es decir, de la referida cláusula por $350.000.000,oo, involucra una tasación anticipada de perjuicios.

Ello, por cuanto, si la no entrega del apartamento contenía implícito el hecho de que no contara con las habitaciones acordadas, según explicó el Tribunal, esa determinación también abarca lo relativo a los perjuicios, porque, conforme al texto de la cláusula penal del Contrato de Vinculación, aquella se pactó como una tasación anticipada de perjuicios. Recordemos lo que se estipuló en la cláusula Vigesimocuarta de dicho convenio (fl.14 vto):

> *"En caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de EL (LOS) APORTANTES DE ÁREA o de EL FIDEICOMITENTE, la parte cumplida o que se haya allanado a cumplir tendrá derecho a exigir a la parte incumplida sin necesidad de requerimiento o constitución en mora, el pago de una multa equivalente a TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($350.000.000.oo). El pago de la pena no exime el cumplimiento de la obligación principal y se realizará a título de estimación anticipada pero no definitiva de perjuicios".*

Sobre la cláusula penal, como tasación anticipada de perjuicios, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que:

> *"Implica una liquidación de los perjuicios por la no ejecución o el retardo de la obligación principal, realizada directamente por las partes, de manera anticipada y con un "carácter estimativo y aproximado", que en principio debe considerarse "equitativo" (…) Entendida pues la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad"*[2].

Siendo claro, entonces, que el incumplimiento por el número de habitaciones, a través de una decisión judicial, se ordenó resarcir con fundamento en la tasación anticipada de perjuicios consignada en la cláusula penal del Contrato de Vinculación por la no entrega del inmueble al demandante, evento ante el cual, ineludiblemente, se itera, el perjuicio aparece indemnizado y/o compensado. Por ende, no es una justificación válida para rehusar la entrega del apartamento, como lo reseña el ejecutante en la demanda.

Y no es válida, porque la misma Corte Suprema Justicia[3] ha recalcado la prohibición de la doble reparación por un mismo hecho. Al respecto ha reseñado:

> *"La prohibición de doble indemnización es una aplicación concreta de esta directriz, la cual repele cualquier ventaja que la víctima obtenga del hecho dañoso, diferente al restablecimiento del statu quo: «La indemnización del daño patrimonial tiene como fin remediar el detrimento económico sufrido por la víctima, por lo que una condena excesiva puede ser fuente de riqueza o ganancia injustificada» (CSJ, SC10297, 5 ag. 2014, rad. N.º 2003-00660-01).*
>
> *Total que «[c]uando la víctima es indemnizada, el perjuicio ha desaparecido. Por ello no cabría demandar de nuevo reparación»; así las cosas, «la víctima no puede acumular varias indemnizaciones por el mismo perjuicio». En estos casos, «si el daño se ha restañado de alguna manera, mandarlo indemnizar cual si existiera implica plasmar un enriquecimiento sin causa a favor del reclamante».*
>
> *La jurisprudencia fijó como norte que si ya se satisfizo la obligación del deudor, no es procedente la acumulación de indemnizaciones para lograr una nueva reparación (cfr. SC, 5 dic. 1983), salvo en los casos en que los resarcimientos tengan su fuente en una causa jurídica distinta (cfr. SC, 22 oct. 1998, exp. N.º 4866)".*

Ante la desaparición del perjuicio derivado de la no entrega del apartamento con el número de habitaciones que reprochó el demandante, por cuanto se otorgó el pago de una indemnización por ese hecho (cláusula penal del Contrato de Vinculación), mal haría este Despacho en continuar con la ejecución del auxilio de arrendamiento causado a partir del mes julio de 2017, por cuanto, como se analizó en líneas anteriores, el pago pretendido por esta vía estaba directamente relacionado con la no entrega del apartamento y, obviamente,

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia 23/06/2000. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Referencia: Expediente No. 4823.
[3] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC282/2021, 15/02/2021. Magistrado Ponente. Dr. Wilson Aroldo Quiroz Monsalvo. Exp: 2008-00234-01.

con la decisión del demandante de rehusar la recepción del inmueble. De ahí que, si la inconformidad del accionante era el número de habitaciones, hecho que, se itera, ya se encontraba indemnizado, por consiguiente, el eventual perjuicio habría desaparecido, lo que significa imposibilidad de aducir esa misma razón para no recibir la heredad.

Y no se diga que la causa jurídica para perseguir el pago del auxilio de arrendamiento era distinta y requería nuevos resarcimientos, porque, como se precisó, fue la razón principal que el ejecutante adujo en su demanda y durante todo el procedimiento para no recibir el apartamento y reprochar la mora en la entrega de la ejecutada.

Así las cosas, viable es concluir, como se anticipó en la audiencia de fallo del día 04 de agosto de 2022, que dadas las consideraciones antes descritas la obligación de pago de los auxilios de arrendamiento se torna inexigible, por cuanto la razón para rehusar la entrega que esbozó el extremo demandante no se estima válida ni justificada y, por ende, no puede pretender prolongación indefinida en el tiempo por un hecho que ya fue reparado y desapareció, conforme a lo dicho en la jurisprudencia.

3.2. Lo acotado, es decir, la inexigibilidad de la obligación acá reclamada también guarda estrecha relación con otra de las excepciones que fue planteada por el extremo pasivo, esto es, la de **"*Cosa Juzgada*".** Ello, en razón a que si bien las pretensiones en los dos procesos son disímiles, pues en el 2017-071 pretendió el pago de cláusulas penales contenidas en el Memorando de Entendimiento y en el Contrato de Vinculación, mientras en el presente caso se persigue el pago de los auxilios de arrendamiento causados desde el mes de julio de 2017, lo cierto es que la acción ejecutiva acá tramitada además de recaer sobre los mismos sujetos procesales, tiene causa y objeto idéntico, cual es la no entrega del inmueble por no contar con el número de habitaciones acordado.

En relación con la cosa juzgada, el Tribunal de cierre[4] ha reiterado la necesidad de una identidad jurídica de partes, conforme lo preceptuado en el artículo 303 C.G.P. -punto sobre el cual no existe discusión en este caso-, y sobre identidad de causa y objeto, enseñando expresamente que:

> *"Los límites objetivos los configuran la identidad de cosa y causa -eadem res y eadem causa petendi-.*
>
> *La cosa o el objeto atañe a la cuestión de sobre qué litigan las partes. Se ha definido como «el bien corporal o incorporal que se reclama, o sea las prestaciones o declaraciones que se piden de la justicia» (CLXXII, 21). En relación con tal elemento, también ha señalado esta Corporación que:*
>
> *Por el aspecto del objeto consistente en la relación jurídica sobre la cual versa la decisión judicial, el criterio para identificarlo es éste:* ***cuando el derecho ha sido confirmado o negado en un pleito, la identidad del objeto se evidencia si en el nuevo proceso se controvierte el mismo derecho, aun cuando ello se haga para lograr el reconocimiento de una consecuencia que no fue discutida en el primer juicio****. Siempre que por razón de la diferencia de magnitud entre el objeto juzgado y el del nuevo pleito se haga oscura la identidad de ambos, ésta se averigua por medio del siguiente análisis: si el juez, al estatuir sobre el objeto de la demanda contradice una decisión anterior, estimando un derecho negado o desestimando un derecho afirmado por la decisión precedente, se realiza la identidad de objetos. No*

[4] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC433/2020, 19/02/2020. Magistrado Ponente. Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque. Exp: 2008-00266-02.

así en el caso contrario, o sea cuando el resultado del análisis dicho es negativo. (G.J. XLVII, número 1942).

La identidad de causas -eadem causa petendi- trata sobre el por qué litigan las partes (ibídem), esto es, «…el fundamento inmediato del derecho que se ejerce, es decir, el hecho o hechos jurídicos que sirven de fundamento a las pretensiones», es «el motivo o fundamento del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso».

De ahí que si el fundamento o el hecho jurídico que sirve de fundamento de la pretensión en este proceso es la no entrega del apartamento soportada en el hecho que el construido no contiene las mismas tres (3) habitaciones acordadas en el Memorando de Entendimiento, evento igualmente alegado en el proceso anterior[5], y que se entendió implícito en la obligación de pagar la cláusula penal prevista en el Contrato de Vinculación, conforme lo explicó el Tribunal en la audiencia del 23/05/2019, inevitablemente conlleva una identidad plena de la causa y el objeto en los términos que en extenso han sido analizados en esta sentencia.

Y como lo dice la jurisprudencia citada, *"la identidad del objeto se evidencia si en el nuevo proceso se controvierte el mismo derecho, aun cuando ello se haga para lograr el reconocimiento de una consecuencia que no fue discutida en el primer juicio".*

Por consiguiente, así el demandante insista en que el *petitum* de las dos demandas es distinto, al edificar la pretensión de este sumario sobre un hecho ya discutido al interior del proceso precedente, evidentemente se configura la cosa juzgada y, por ende, se itera, la inexigibilidad del título adosado para la presente ejecución.

4. En ese orden de ideas, una vez se establece la configuración de dos medios exceptivos que guardan una estrecha relación y que dan al traste con las peticiones, los mismos serán declarados probados, dando lugar a revocar la orden de apremio con la consecuente terminación de la acción ejecutiva.

Por la desestimación de las pretensiones, se condenará en costas al ejecutante de conformidad con lo previsto en el artículo 365 C.G.P. De igual manera y, como quiera que la terminación del proceso lleva ínsita la necesidad de levantar medidas cautelares, de acuerdo con lo previsto en el inciso 3º del numeral 10º del artículo 597 C.G.P.[6], también se condenará al accionante al pago de perjuicios por la cancelación de las cautelas.

5. En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Tres Civil Municipal de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

V. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de mérito denominadas **"inexistencia de título ejecutivo"** por el carácter inexigible de la obligación reclamada y **"cosa juzgada",** de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

[5] Pretensión primera luego de la reforma a la demanda (hecho 25 de la demanda, Fl. 153, c.1)
[6] "Siempre que se levante el embargo o secuestro en los casos de los numerales 1, 2, 4, 5 y 8 del presente artículo, se condenará de oficio o a solicitud de parte en costas y perjuicios a quienes pidieron tal medida, salvo que las partes convengan otra cosa".

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **REVOCA** íntegramente el mandamiento de pago proferido el 19/11/2019 (fl.172 Cd.1) y se **ORDENA** la terminación del presente proceso ejecutivo.

TERCERO: DECRETAR el levantamiento de las medidas cautelares que hayan sido decretadas y practicadas en el presente asunto.

CUARTO: CONDENAR, en abstracto, al pago de los perjuicios que hayan sido causados a la demandada por la materialización de las medidas cautelares decretadas en el presente trámite, a cargo del extremo demandante.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Por secretaría tásense. Como agencias en derecho se fija la suma de $7.000.000,oo.

NOTIFÍQUESE,

JAIRO ANDRÉS GAITÁN PRADA
Juez