

CONSTANCIA: A Despacho de la señora Juez, le informo que la presente demanda le correspondió conocer a este Juzgado por reparto que hizo la Oficina Judicial el 09 de diciembre de 2021. Consta del escrito contentivo de la demanda, solicitud de medidas cautelares, el poder y anexos. Además, le informo que en la fecha consulté en la página web de la Rama Judicial, la T.P. No. 213.690 del C.S.J., perteneciente a la Dra. Laura Robledo Manrique, apoderada especial de la entidad demandante y se constató que se encuentra vigente. Sírvase proveer.

Luisa Gaviria

Luisa Fernanda Gaviria
Sustanciadora

Proceso	Ejecutivo
Radicado	05001 31 03 022 2021 00452 00
Demandante	Alianza Fiduciaria S.A. como vocera y administradora del Fideicomiso Carnaval Centro Comercial.
Demandadas	Victoria Eugenia Pérez Roldan y otra
Auto interlocutorio	692
Asunto	Niega mandamiento de pago

**REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA
JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



JUZGADO VEINTIDÓS CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD

Medellín, trece (13) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Se procede a decidir sobre la admisibilidad de la actual demanda ejecutiva, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

En el presente asunto se formula demanda ejecutiva, con fundamento en un contrato de encargo fiduciario para vinculación al Fideicomiso Carnaval Centro Comercial, celebrado el día 23 de agosto de 2016, entre las sociedades ALIANZA FIDUCIARIA S.A. en calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Carnaval Centro Comercial y Crearcimientos Propiedad Raíz S.A. (Hoy S.A.S.) en calidad de apoderada de los beneficiarios en el Fideicomiso Carnaval Centro Comercial y las señoras VICTORIA EUGENIA PÉREZ ROLDAN y KAREN YARCE PUERTA en calidad de constituyentes y beneficiarias de área, donde estas últimas se vincularon para la adquisición del Local No. 1010 -hoy 1019- en el Centro Comercial Carnaval. Así mismo, se presentó modificación al mentado contrato mediante Otrosí, suscrito por las partes el día 13 de marzo de 2017, en el cual se modificó el plan de pagos de los aportes.

Con los mentados títulos de ejecución se pretende el cobro del saldo de capital adeudado por las

beneficiarias del área por concepto de la adquisición del local comercial, los intereses adeudados sobre este capital y el pago de la cláusula penal por el incumplimiento del mentado contrato.

Pues bien, precedido de las anteriores precisiones, es menester indicar que la característica esencial de los procesos ejecutivos es la certeza, determinación y claridad del derecho sustancial rogado por el accionante, certidumbre eminentemente objetiva que otorga el título ejecutivo allegado con la demanda. Entonces, ante la existencia de dicho documento, estamos en un campo donde en principio se reclama un derecho cierto, e indiscutido que constituye plena prueba de la obligación en cabeza del deudor, entendida esta como la que por sí misma obliga al juez a tener por cierto el hecho a que ella se refiere, o en otras palabras, la que demuestra sin lugar a dudas un hecho, brindándole al juez convencimiento suficiente para ordenar su ejecución, y que contiene una prestación de dar, hacer o no hacer.

De manera que, para que se pueda adelantar una pretensión ejecutiva, debe existir un documento que de manera autónoma y sin tener en consideración aspectos subjetivos o de otra índole, sea suficiente para establecer la prestación debida o insatisfecha en él contenida.

Respecto de las características del título ejecutivo, nuestro Estatuto Procesal Civil ha establecido en su artículo 422 que dichos documentos deben contener una obligación que, en primer lugar, debe ser expresa, es decir, que el deudor la manifieste de manera patente y la obligación esté debidamente determinada, identificada y especificada.

En segundo lugar, la obligación debe ser clara, este elemento se refiere a la relación detallada y coherente que se inserta en el documento contentivo de la obligación respecto a quién es el deudor, el acreedor, así como el objeto de la obligación; lo que implica que sus alcances, condiciones y elementos constitutivos se entiendan perfectamente con la sola lectura del título, sin necesitar mayores esfuerzos interpretativos para determinar las circunstancias que rodean la obligación.

En tercer lugar, debe ser actualmente exigible, es decir, que su cumplimiento pueda ser reclamado de forma inmediata, por no estar sometido a modo, plazo o condición, esto es, ser una obligación pura y simple, o que de haber estado sujeta a plazo o a condición se haya vencido aquel o cumplido ésta; elemento sin el cual no sería posible determinar con certeza el momento en que puede solicitarse su cumplimiento.

Ante la eventual existencia de un título ejecutivo, lo primero que debe hacer el Juez es efectuar un examen del documento aportado como título de ejecución. Se puede decir, que la primera aproximación para constatar la existencia de un título ejecutivo es que del cuerpo del documento y de su lectura, el fallador en forma sencilla encuentre de inmediato la existencia de la obligación y su forma de cumplimiento, sin que tenga que pasar por una larga y dispendiosa cognición. Dicho en otras palabras, de un examen básico debe quedar certeza quien es el acreedor, el deudor, cuánto o qué cosa se debe y desde cuándo, como bien lo concluye el doctrinante Juan Guillermo Velásquez *“la certidumbre del documento aportado como título ejecutivo no debe ser forzada, de ser así, desde ese mismo instante el proceso ejecutivo quedaría desvirtuado, pues la certidumbre con presión únicamente puede obtenerse como consecuencia de un proceso de conocimiento, sujeto a debates de las partes y al aporte de las pruebas pertinentes al derecho sustancial que se reclama, pero no a priori con razonamientos ajenos o extraños al propio texto del título de ejecución”*.

Podemos entonces afirmar, que en esta clase de procesos es indispensable un documento que faculta al acreedor accionar ejecutivamente para satisfacer uno o varios derechos ciertos que consten en él, sin que haya lugar a una interpretación subjetiva de las partes y terceros para saber la prestación debida y el modo de hacer efectivos esos derechos. Lo anterior quiere significar, ha de tener la capacidad suficiente de producir la certeza necesaria para que pueda ser satisfecha mediante un proceso de ejecución.

Ahora, cuando se trata de la ejecución de obligaciones contractuales, como en el sub lite, es condición ineludible que el título presentado como base de ejecución contenga expresamente las obligaciones debidas en dicha relación negocial.

Frente a la cláusula penal, la doctrina y jurisprudencia nacionales coinciden en que ésta constituye principalmente una estimación anticipada de los perjuicios que el incumplimiento de obligaciones emanadas del contrato pueda irrogar al contratante obsecuente con las suyas, según se desprende de los artículos 1594, 1596 y 1600 del Código Civil. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha enseñado que ella sirve de apremio al deudor, al tiempo que provee a los contratantes de una garantía y permite valorar por anticipado los eventuales perjuicios que podrá acarrear el incumplimiento de cualquiera de los contratantes y, en este último caso, provee a éstos de evidentes ventajas procesales, pues quien la reclama, por el simple incumplimiento del otro se halla liberado de demostrar la existencia de los perjuicios, su monto y la culpa del contratante incumplido.

Sobre tal modo anticipado de estimación de perjuicios, el alto Tribunal tiene dicho lo siguiente:

“1. La institución de la cláusula penal, denominada así en el artículo 1592 del C. Civil, cuyos verdaderos alcances están en esencia previstos en el artículo 1594 ibídem, en los asuntos civiles, y que igualmente se presentan en los de naturaleza mercantil en virtud de la aplicación armónica e integral que impone darse a esos preceptos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 822 y 867 del C. de Comercio, se halla concebida, como pacto constitutivo de una obligación accesoria que, por serlo, accede a otras obligaciones derivadas de un contrato cuyo cumplimiento precisamente garantiza. Y puede cumplir distintas funciones, según sea el designio de las partes que convienen en ella, entre las que se destaca, no solo por su importancia sino por ser pertinente a este caso, la de servir de medio para prefijar la indemnización de perjuicios que deriva del incumplimiento de las obligaciones del contrato respecto del cual se pacta.

2. Tal función indemnizatoria tiene hondo significado práctico, pues, amén de que presupone la existencia de tales perjuicios ante un eventual incumplimiento, dispensan al acreedor de la carga de demostrar su monto.

Ahora bien, quien se beneficia de su aplicación es el acreedor en contra del deudor incumplido, y justamente por ser así no puede levantarse como barrera que, en vez de otorgarle provecho a aquél, conduzca a disminuir el derecho que le asiste en todos los casos a obtener la plena indemnización de perjuicios”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 7 de junio de 2002, Exp. 7320).

Acorde con lo dicho, a sabiendas que la cláusula penal ha sido estipulada por las partes como una sanción para el incumplimiento de las obligaciones contractuales, su exigibilidad se encuentra condicionada a la existencia de una situación de incumplimiento generada por cualquiera de ellas; de allí que la condena al pago de dicha sanción surge como consecuencia necesaria de la declaratoria de incumplimiento; luego, la posición jurisprudencial más generalizada ha sostenido que su pago debe perseguirse a través del proceso declarativo

correspondiente, y en consecuencia la acción ejecutiva resulta a todas luces improcedente.

CASO CONCRETO

En el escrito de demanda se elevan las siguientes pretensiones. Que se libre mandamiento de pago en contra de las demandadas Victoria Eugenia Pérez Roldan y Karen Yarce Puerta por la suma de \$40.000.000, correspondiente al saldo faltante por pagar para la adquisición del Local No. 1019 en el Centro Comercial Carnaval; que se libre también orden de pago en contra de las mismas por un equivalente a \$25.000.000, que corresponde al valor de los intereses de mora causados sobre la suma de capital indicada, desde el 31 de diciembre de 2020, fecha en la cual se efectuó el último pago por las demandadas a las cuotas adeudadas, hasta la presentación de la demanda, más los intereses de mora liquidados desde la presentación de la demanda hasta el pago total. Así mismo que se libre orden de apremio para el recaudo de \$14.080.000, por concepto intereses de subrogación sobre el saldo adeudado por las demandadas, pactados en el contrato de encargo fiduciario; y finalmente que se ordene el pago de una suma equivalente a \$74.744.260, que corresponde al valor pactado como cláusula penal en el contrato de encargo fiduciario.

Como se indicó antes, en el presente litigio se arrimaron como títulos ejecutivos el contrato de encargo fiduciario para vinculación al Fideicomiso Carnaval Centro Comercial, celebrado el día 23 de agosto de 2016, entre las sociedades ALIANZA FIDUCIARIA S.A. en calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Carnaval Centro Comercial y Crearcimientos Propiedad Raíz S.A. (Hoy S.A.S.) en calidad de apoderada de los beneficiarios en el Fideicomiso Carnaval Centro Comercial y las señoras VICTORIA EUGENIA PÉREZ ROLDAN y KAREN YARCE PUERTA en calidad de constituyentes y beneficiarias de área, donde estas últimas se vincularon para la adquisición del Local No. 1010 -hoy 1019- en el Centro Comercial Carnaval. Así mismo, el Otrosí, suscrito por las partes el día 13 de marzo de 2017, en el cual se modificó el plan de pagos de los aportes.

Argumentó el promotor de la acción un incumplimiento contractual por parte de las citadas a proceso, pues se comprometieron estas al pago de una suma de dinero equivalente a \$747.442.600 por la adquisición del mentado local comercial, que según se indica, les fue entregado desde el 12 de julio de 2018. Sin embargo, de acuerdo con el estado individual de cartera que se anexó a la demanda, y que fue elaborado por Alianza Fiduciaria como vocera del Fideicomiso Carnaval Centro Comercial, las beneficiarias del área, no cumplieron con el pago de la totalidad de las cuotas, pues tienen un saldo pendiente a la fecha por valor de \$40.000.000.

En los términos anteriores quedan plasmadas las pretensiones de la parte demandante y respecto de las cuales, de manera anticipada se advierte que la orden ejecutiva solicitada al Despacho no reúne las condiciones para que pueda accederse a lo deprecado, tal y como pasa a explicarse.

En primera medida, de la mera lectura del contrato de encargo fiduciario y el otro sí en que se modificó el plan de pagos, no se observa que las partes mínimamente hubieren previsto el mérito ejecutivo para dicho instrumento, y ello es así, porque incluso para el evento del incumplimiento contractual, que es el supuesto sobre el cual se erige la pretensión ejecutiva, se previeron las siguientes alternativas en la cláusula novena:

NOVENA: Incumplimiento de EL BENEFICIARIO DE ÁREA: Sin perjuicio de los eventos especiales previstos de manera expresa en otras cláusulas del presente contrato, en el evento en que EL BENEFICIARIO DE ÁREA incurra en mora superior a sesenta (60) días calendario en la entrega de los recursos o en las demás obligaciones que se generan a su cargo en virtud de este contrato, además de la posibilidad de cobro de los intereses moratorios previstos y/o el cobro de la cláusula penal establecida más adelante, LOS BENEFICIARIOS podrán optar por terminar o resolver por incumplimiento este contrato o porque se enajenen a título oneroso los derechos de

EL BENEFICIARIO DE ÁREA derivados del mismo, dando la correspondiente instrucción a ALIANZA, y para ello se procederá así:

I- Si se opta por terminar o resolver el contrato. En este evento, LOS BENEFICIARIOS requerirán por comunicación escrita a EL BENEFICIARIO DE ÁREA para que éste dentro de los ocho (8) días hábiles cumpla con su obligación. Transcurrido este plazo si EL BENEFICIARIO DE ÁREA no ha cumplido o no se ha allanado a cumplir, LOS BENEFICIARIOS darán por terminado o resuelto el presente contrato por incumplimiento y notificarán de esta decisión por comunicación escrita tanto a EL BENEFICIARIO DE ÁREA como a ALIANZA y ésta, actuando en calidad de vocera del FIDEICOMISO CARNAVAL CENTRO COMERCIAL o EL BENEFICIARIO, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de tal notificación, procederán a devolver, sin intereses de ninguna clase, las sumas recibidas como anticipo a cuenta de este negocio, menos la comisión de LA FIDUCIARIA; en este mismo evento, si ya se hubiere hecho entrega material de los inmuebles a EL BENEFICIARIO DE ÁREA, éste deberá restituirlos simultáneamente al reembolso por parte de LA FIDUCIARIA o de LOS BENEFICIARIOS de la suma de dinero que le corresponde, sin derecho a que se le reconozcan mejoras, salvo que para ello hubiere obtenido autorización previa y escrita de LOS BENEFICIARIOS. Si EL BENEFICIARIO DE ÁREA no comparece a recibir las sumas a restituir, éstas serán consignadas a su orden en un fondo de la cartera colectiva abierta administrado por LA FIDUCIARIA. Para este efecto, EL BENEFICIARIO DE ÁREA confiere mandato especial y expreso a LOS BENEFICIARIOS y a la Gerencia del proyecto, para que éstos, (conjunta o separadamente), abran en su nombre, el mencionado fondo de la cartera colectiva abierta. Quedan LOS BENEFICIARIOS facultados a reclamar el valor de la cláusula penal por el incumplimiento del presente acuerdo y en libertad de vincular con relación a las unidades de que trata el presente contrato, a nuevos BENEFICIARIOS DE ÁREA a partir de la fecha en que LOS BENEFICIARIOS le notifiquen a EL BENEFICIARIO DE ÁREA la terminación del contrato y se haya dado apertura al fondo con los recursos mencionados.

naya dado apertura al fondo con los recursos mencionados.

II- Si se opta por la enajenación a título oneroso de los derechos de EL BENEFICIARIO DE ÁREA derivados de este contrato, los cuales se entienden extendidos, ipso jure, sin lugar a división alguna, a los que le puedan corresponder en el Fideicomiso por tener la condición de BENEFICIARIO DE ÁREA del mismo. Esta es una orden incondicional e irrevocable, toda vez que el mandato se confiere en interés de terceros.

Para la determinación del valor base sobre el cual ALIANZA iniciará la oferta de los derechos de EL BENEFICIARIO DE ÁREA incumplido, se tendrá en cuenta el valor que se obligó a pagar el BENEFICIARIO DE ÁREA indicado en el parágrafo de la cláusula primera de este encargo y el valor de las mejoras, para las cuales hubiere obtenido autorización previa y escrita de LOS BENEFICIARIOS, y procederá de acuerdo con las siguientes instrucciones:

1. Ofrecerá en venta los derechos, mediante una publicación en un diario local, por el valor en mención. Si pasado un (1) mes no se hubiere logrado la enajenación, ALIANZA reducirá este valor al noventa por ciento (90%) de la suma inicial; y por cada mes adicional en que no se logre la enajenación, ALIANZA reducirá el valor en un diez por ciento (10%), hasta lograrse la enajenación, pero sin reducir el valor de enajenación a menos del cincuenta y uno por ciento (51%) del valor en mención.
2. ALIANZA cobrará a EL BENEFICIARIO DE ÁREA una comisión del tres por ciento (3%) del valor de enajenación, si la efectúa directamente, o del uno por ciento (1%) si la efectúa con intervención de un tercero, y sin perjuicio de la comisión de éste.
3. Durante el tiempo que requiera el trámite previsto anteriormente, continuarán a cargo de EL BENEFICIARIO DE ÁREA todas las obligaciones económicas previstas en este contrato.
4. LOS BENEFICIARIOS podrán reclamar el valor de la cláusula penal por el incumplimiento del presente acuerdo, por parte de EL BENEFICIARIO DE ÁREA.
5. EL BENEFICIARIO DE ÁREA tendrá derecho a que ALIANZA, una vez se haya efectuado y legalizado la enajenación de los derechos y se haya recaudado su valor, le reembolse las sumas que quedasen después de efectuadas las deducciones a que se refiere los numerales anteriores. Y si ya se hubiese hecho entrega material de los inmuebles a EL BENEFICIARIO DE ÁREA, este deberá restituirlos simultáneamente al reembolso por parte de LA FIDUCIARIA de las sumas de dinero que le correspondan a EL BENEFICIARIO DE ÁREA según lo antes señalado. Si EL BENEFICIARIO DE ÁREA no comparece a recibir las sumas a restituir, éstas serán consignadas a su orden en un fondo de la cartera colectiva abierta administrado por LA FIDUCIARIA. Para este efecto, EL BENEFICIARIO DE ÁREA confiere mandato especial irrevocable y expreso a LOS BENEFICIARIOS y a la Gerencia del proyecto, para que éstos, (conjunta o separadamente), abran en su nombre, el mencionado fondo de la cartera colectiva abierta.
6. Efectuada la negociación, se entenderá que todos los derechos y obligaciones que le correspondían a EL BENEFICIARIO DE ÁREA en este encargo serán ejercidos y asumidas por el adquirente de los derechos, terminando así todo su interés jurídico o económico en el contrato y en EL FIDEICOMISO.

De la cláusula en cita, se colige que para el evento del incumplimiento contractual por parte de

quienes fungen como beneficiarios del área, se previeron las mentadas alternativas y en esa medida el proceso ejecutivo no sería la senda procesal para tramitar la pretensión que se formula, máxime que el documento en sí mismo, no contiene las obligaciones que se reclaman, de manera clara, expresas y exigibles que permita el ejercicio de la acción ejecutiva. Véase como la obligación de capital por valor de \$40.000.000 que se enuncia en la pretensión primera, y que constituye la base del recaudo de la pretensión segunda y tercera por concepto de intereses, consta en un documento aparte, que es el estado individual de cartera elaborado por Alianza Fiduciaria, a sabiendas que no es dable que el propio extremo litigioso se haga a su propio título de ejecución; y es que no constituye tal, puesto que el mismo no viene suscrito por parte de quienes se reputan como obligadas. Y tal circunstancia genera por rebote que el documento, no sea exigible porque si la obligación que se reclama, no consta plenamente en el título base de ejecución, deviene que no pueda emitirse una orden en los términos que reclama la parte ejecutante

Así pues, resulta evidente que se cuenta con un documento que contenga una obligación clara y expresa que sea exigible, al tenor de lo previsto en el artículo 422 del CGP. Si bien puede estarse ante un evento de incumplimiento contractual, se le recuerda a quien acude a la administración de justicia, que para esos fines se tiene una senda procesal propia que permite exigir el cumplimiento de las obligaciones que las partes asumen en virtud de la celebración de un contrato o aquellas que se derivan de su incumplimiento.

Ahora, frente al pago de la suma de dinero pactada en el contrato en el numeral décimo por concepto de cláusula penal, equivalente a \$74.744.260, coherente con lo indicado en la parte considerativa, estima esta Juzgadora que en vista de que esa cláusula, halla su fuente jurídica en el incumplimiento de uno de los contratantes, su demostración no puede surgir del mismo contrato ni de las meras manifestaciones que se plasman en el sustento factico de la demanda, y por consiguiente cuando se reclama este concepto indemnizatorio, necesariamente ha de cuestionarse el incumplimiento de la obligación de una de las partes y el cumplimiento de quien la exige, para lo cual es escenario ideal el proceso declarativo y no el ejecutivo, argumento que se encuentra al unísono con la tesis que se ha planteado

Esta tesis que se plantea se apoya en que la pena es una obligación condicionada al hecho futuro e incierto del incumplimiento y que, por tanto, resulta necesario probar dicha condición para hacerla exigible. Así, el artículo 1542 del C.C., dispone que "*no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente*"; en el artículo 1592 del mismo código, se establece que la pena se hace exigible cuando el deudor "*no ejecuta o retarda la obligación principal*"; y en el artículo 427 del C.G.P., que prescribe que para hacer exigible ejecutivamente una obligación condicional debe allegarse con la demanda "*la prueba del cumplimiento de la condición*". De cuyas normas se desprende claramente que la prueba del incumplimiento del contrato es un presupuesto ineludible para el cobro de la cláusula penal por la vía del proceso ejecutivo, pues ese debate no es propio de este tipo de trámites y sería una actividad judicial ajena por completo al proceso ejecutivo. En consecuencia, si el actor lo que reclama es la indemnización de perjuicios por el incumplimiento del contrato en mención, debe acudir, previamente, al proceso declarativo, pues mientras no se reconozca en una sentencia el incumplimiento contractual, la cláusula penal no es exigible.

Por lo dicho, resulta también palmario que la ejecución que se pretende de la cláusula penal contenida en el contrato de encargo fiduciario, así como las demás pretensiones por concepto de capital e intereses, no tiene viabilidad y el mandamiento de pago habrá de negarse sobre ese particular, sumado a que, como se ha indicado, al no acompañarse la demanda de documentos

que presten mérito ejecutivo, impone negar la orden de apremio que se demanda.

En virtud de lo anterior, **EL JUZGADO VEINTIDÓS CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN,**

RESUELVE:

PRIMERO: Negar el mandamiento ejecutivo solicitado, conforme las razones expuestas en la parte motivan de esta providencia

SEGUNDO: No se ordenar la devolución de la demanda junto con sus anexos, a la parte demandante por haber sido presentada de manera digital.

TERCERO: Toda comunicación relacionada con la presente demanda debe contener los 23 dígitos de radicación y ser dirigida en formato PDF al correo electrónico: ccto22me@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ADRIANA MILENA FUENTES GALVIS
JUEZ**

LFG



Firmado Por:

**Adriana Milena Fuentes Galvis
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 022
Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3a0d28f78b36a560753e09126db702f5dba887a70b11cb1014306456d1bb2608**

Documento generado en 13/12/2021 10:56:43 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>