

Medellín, veinticinco (25) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Proceso	<b>DECLARATIVO NULIDAD ABSOLUTA Y CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL</b>
Radicado	<b>05266 31 03 001 2019 00024 01</b>
Demandantes	<b>CRUZ ELENA HERRERA RAMÍREZ JORGE ALONSO MORENO SALDARRIAGA</b>
Demandados	<b>CONSTRUCTORA CONVIVIENDA S.A.S. FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO LUXOR</b>
Juzgado Origen	<b>PRIMERO CIVIL CIRCUITO ENVIGADO</b>

Decide la Sala la apelación de la sentencia en el proceso de la referencia.

**1. ANTECEDENTES.**

**1.1 DEMANDA<sup>1</sup>.**

Pretenden los demandantes la declaración de nulidad absoluta del acto jurídico de terminación del contrato de encargo fiduciario para vinculación al Fideicomiso Luxor, que no se cumplieron los presupuestos contractuales para la aplicación de la cláusula penal y tener como pago la suma de \$56’000.000; consecuentemente, ordenar a las demandadas recibir el saldo pendiente de pago, traditar el derecho real de dominio y entregar completamente las unidades inmobiliarias objeto de contrato y; subsidiariamente, traditar y entregar un cuarto útil y parqueadero de similares condiciones a los inicialmente ofrecidos.

Expusieron que el 15 de mayo de 2014, con la finalidad de desarrollar un proyecto constructivo denominado “LUXOR”, la Constructora Convivienda S.A.S., como fideicomitente y la Fiduciaria Corficolombiana S.A., como vocera y administradora del Fideicomiso Luxor, celebraron contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria y, en virtud del mismo, el 24 de junio de 2014 se transfirió a la fiduciaria la titularidad de dominio sobre los inmuebles con matrícula inmobiliaria No 001-547091, 001-282586 y 001-1155981.

Refirieron que el 18 de septiembre de 2014 los demandantes, en calidad de beneficiarios de área, celebraron con las demandadas contrato de encargo fiduciario para la vinculación al Fideicomiso Luxor, con el objeto de adquirir el apartamento 1604, el parqueadero 42 y el cuarto útil 51, estipularon como precio la suma de \$280’000.000, cuyo pago se efectuaría conforme a un plan de aportes.

<sup>1</sup> Ver carpeta 08. ExpedienteRemitidoNuevamente13Julio2021 / archivo 02. DEMANDA

Indicaron que se pactó la entrega material de las unidades inmobiliarias para el 15 de diciembre de 2015, lo que no ocurrió. Además, que, para tal fecha habían pagado la suma de \$18'015.852, pero que ello no constituía incumplimiento de su parte pues, conforme a lo estipulado en la cláusula primera, el fideicomitente debía requerirlos por escrito previamente para la transferencia de saldo de los aportes y ellos contaban con un plazo de quince días desde tal requerimiento para solicitar un crédito ante una entidad financiera, requerimiento que nunca se efectuó.

Señalaron que, mediante escritura pública del 2 de abril de 2016, se constituyó el régimen de propiedad horizontal del edificio, originándose la matrícula inmobiliaria No 001-1239295, nomenclatura que, a su vez, se asignó al cuarto útil No 23, efectuándose una indebida individualización jurídica de los bienes lo que constituía incumplimiento de las demandadas.

Precisaron que al cuarto útil No 51 y al apartamento 1604 se les asignaron las matrículas inmobiliarias No 001-1239361 y 001-1239232, respectivamente, y que la fiduciaria transfirió el dominio de dichos inmuebles a terceros, circunstancia que también constituye incumplimiento.

Relataron que para el 31 de diciembre de 2016 ya habían realizado aportes por \$73'221.833,14 y que la entrega material de las unidades inmobiliarias se realizó parcialmente en marzo de 2017, puesto que, solo se entregó el apartamento 1604 y no se elaboró acta de entrega, así como tampoco se otorgó escritura pública para transferirles el dominio, pese a contar con las condiciones para ello.

Adujeron que el 8 de agosto de 2017 las demandadas decidieron terminar el contrato de vinculación celebrado por presunta mora en el pago de los aportes por más de 60 días, decisión que ratificaron en comunicados del 5 de septiembre de 2017 y 8 de agosto de 2018; además, en diferentes misivas informaron la aplicación automática de la cláusula penal y en comunicación del 12 de marzo de 2018 la aplicación de intereses de mora liquidándolos a una tasa superior a la permitida.

Añadieron que, en junio de 2018 solicitaron un crédito de vivienda con Bancolombia que fue aprobado y que el 24 de agosto de 2018 intentaron llegar a un acuerdo con las demandadas, pero no se concretó por diferencias surgidas en cuanto a sus términos y porque el Fideicomitente no lo suscribió por falta de autorización de la Fiduciaria.

Finalmente, indicaron que las actuaciones surtidas por Luis Fernando Yepes Calle consistentes en la terminación del contrato de vinculación informada en misivas de fecha 8 de agosto de 2017, 12 de marzo y 8 de

agosto de 2018, se encuentran viciadas de nulidad absoluta porque desde el 22 de noviembre de 2016, cuando asumió la condición de representante legal de la constructora, tenía un límite en la capacidad negocial hasta por cuantía de 100 SMMLV que superaba el valor del negocio.

## 1.2 CONTESTACIÓN<sup>2</sup>.

La sociedad fiduciaria como vocera y administradora del Fideicomiso Luxor reconoció como cierta la celebración de los negocios jurídicos mencionados, las unidades inmobiliarias ofrecidas en el contrato de encargo fiduciario, el precio y fecha de entrega pactados, la escrituración del cuarto útil No 51 y parqueadero 42 a terceros, la asignación de matrículas inmobiliarias para el cuarto útil No 51 y el apartamento 1604, el reflejo de aportes al 31 de diciembre de 2016, la decisión de terminación del contrato de vinculación y las comunicaciones indicadas. Negó otros hechos, aclaró y explicó las obligaciones a cargo de los contratantes y las circunstancias de incumplimiento que era atribuibles a los demandantes.

Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó:

1. *"Falta de legitimación en la causa por pasiva"*, toda vez que, los demandantes incumplieron con las obligaciones contractuales, de manera que, no tienen legitimación en lo concerniente al derecho sustancial.
2. *"Ausencia de causa para pedir por incumplimiento en el pago del valor de vinculación al fideicomiso"*, pues existe confesión sobre el incumplimiento en el pago de la cuota inicial y no acreditaron el pago restante con el crédito aprobado o una garantía ofrecida al fideicomiso.
3. *"Cumplimiento de los demandados"*, puesto que ejecutaron y legalizaron las obras proyectadas, recibieron el precio parcial y requirieron para el cumplimiento, teniendo que declarar el desistimiento del contrato.
4. *"Excepción nemo auditor propiam turpitudinem allegans"*, debido al reproche moral y social al invocar incumplimiento de los demandados sobre hechos que no son ciertos.
5. *"Temeridad y mala fe de los demandantes"*, puesto que no actuaron conforme la buena moral, no honraron su palabra y el contrato.
6. *"Buena fe precontractual, contractual y postcontractual"* por parte de los demandados en actuaciones anteriores a la formación del contrato de fiducia mercantil y encargo de vinculación, así como las posteriores.
7. *"Prescripción y caducidad de la acción ordinaria"*.

---

<sup>2</sup> Ibid. archivo 05. CONTESTACIÓN DEMANDA

La contestación a la demanda proveniente de la Constructora Convivienda S.A.S., se rechazó por extemporánea mediante auto del 12 de agosto de 2019.

### 1.3 PRIMERA INSTANCIA<sup>3</sup>.

El 17 de marzo de 2021 el juzgado de origen profirió sentencia desestimatoria de las pretensiones.

Consideró la improsperidad de la pretensión de nulidad absoluta del acto jurídico de terminación del contrato de encargo fiduciario. Señaló que, sobre la violación de los límites establecidos para los representantes legales de los entes societarios, la jurisprudencia y la doctrina han indicado que no da lugar a nulidad absoluta del acto o contrato, sino a la inoponibilidad y la legitimación para alegarla recae en la sociedad.

Precisó que, según el artículo 1741 del Código Civil, la nulidad absoluta es generada por objeto ilícito, causa ilícita o por omitir formalidades que las leyes prescriban para el valor de ciertos actos o contratos y no por la calidad de las personas que lo ejecutan. También que, de tratarse de una nulidad relativa, conforme el artículo 1743 esta no puede ser declarada de oficio, siendo la única legitimada para alegarla la sociedad y que puede sanearse por el paso del tiempo o ratificación expresa o tácita de ésta.

Añadió que, según actas que reposan en el expediente, la junta directiva de la sociedad constructora demandada en reunión del 14 de mayo del 2014 autorizó al representante legal para suscribir el contrato de fiducia mercantil para el desarrollo del proyecto Luxor con la sociedad fiduciaria, así como la suscripción de actos y/o contratos como escrituras públicas de transferencia de inmuebles, encargos fiduciarios de vinculación de áreas al fideicomiso, entre otros, sin límite en la cuantía. Autorización que se entendía no solo para el representante de la época, sino a cualquiera que fuere hasta la culminación del proyecto Luxor.

Con relación a las pretensiones relativas a declarar el incumplimiento contractual de las demandadas, adujo que, pese a encontrarse acreditada la existencia de un contrato bilateral válido, el cumplimiento contractual deprecado igualmente sería desestimado por ausencia del presupuesto consistente en demostrar que los demandantes cumplieron con las obligaciones a su cargo o que estuvieron dispuestos a cumplirlas.

Explicó que, los actores se vincularon al Fideicomiso para que se realizara la transferencia del derecho de dominio sobre el apartamento 1604, el parqueadero 42 y el cuarto útil 51, para lo cual se comprometieron al pago

---

<sup>3</sup> Ibid. archivos 14. AUDIENCIA 17 DE MARZO y 15. ACTA AUDIENCIA 17 DE MARZO

de \$280'000.000, según un plan de aportes que comprendía una cuota de \$12'000.000 para el 30 de agosto de 2014, 13 cuotas de \$5'000.000 de pesos desde el 30 de septiembre del 2014 hasta el 30 de septiembre del 2015, \$7'000.000 el 30 de octubre del 2015 y, el resto, esto es, la suma de \$196'000.000 con la consecución de un crédito. Obligaciones que debían cumplirse previamente a la entrega y otorgamiento de escrituras públicas, sin embargo, conforme a los informes o rendición de cuentas semestrales, al 15 de diciembre de 2015 el total de aportes fue de \$18'015.852, concluyendo así que los actores inicialmente incumplieron con las obligaciones a su cargo.

En lo atinente al extrañado requerimiento por parte del Fideicomitente, que se adujo como base en los hechos de la demanda, indicó el fallador que la cláusula primera no puede tener los alcances pretendidos, puesto que, no tiene sentido que el constructor tenga que requerir a los beneficiarios de área para que adquieran un crédito, pues resulta ilógico exigir un requerimiento para la gestión del crédito si debía encontrarse listo para proceder con la entrega o, a lo sumo, debían haberse pagado al menos las cuotas hasta octubre de 2015, las cuales no estaban sujetas a un crédito y; que la lectura correcta del contrato es la que indica que tal requerimiento solo era necesario en caso de que los demandantes necesitaran un crédito para pagar los \$196'000.000 restantes.

Agregó, que los beneficiarios de área aceptaron que la mora en la transferencia de los aportes por más de 60 días generaba justa causa para que el contrato fuera terminado unilateralmente en forma conjunta por el Fideicomitente y la Fiduciaria, sin necesidad de requerimiento alguno, motivos por los cuales, estimó que los demandantes como beneficiarios de área fueron los primeros que incumplieron las obligaciones del contrato y, por tanto, no era posible imputar incumplimiento a los demandados.

Por otro lado, desestimó la pretensión referente a que se declare que no se cumplieron los presupuestos para la aplicación automática de la cláusula penal ejercida por las sociedades accionadas, porque mediante carta del 12 de marzo de 2018 se requirió a los demandantes para que, previamente a su aplicación, en un término de diez días pagaran los aportes e intereses moratorios adeudados, luego, se cumplió con lo acordado en la cláusula decimoprimera para hacerla efectiva.

Resaltó que el 12 de junio del 2018, tres meses después de la comunicación, Bancolombia comunicó a los actores la aprobación de un crédito por \$260'000.000, pero no era dable tenerlo como un allanamiento a cumplir por ser extemporáneo, de ahí que, como los beneficiarios de área no se pusieron al día, la Fiduciaria y el Fideicomitente, de manera conjunta, en comunicado del 8 de agosto del 2018 dieron por terminado el contrato de encargo fiduciario e hicieron

efectiva automáticamente la cláusula penal, tal como fue acordado en el respectivo contrato que es ley para las partes.

Finalmente, precisó que, si bien la constructora no contestó la demanda en la debida oportunidad, no podían tenerse por ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda pues, a su juicio, la consecuencia establecida en el artículo 97 del CGP es una presunción legal y no de certeza en contra del demandado, por tanto, admite prueba en contrario, concluyendo así la improsperidad del reclamo.

#### 1.4 TRÁMITE DE LA APELACIÓN.

La sentencia de primera instancia fue proferida en audiencia y notificada por estrados, siendo apelada oportunamente por parte de la demandante, quien precisó los reparos concretos frente a la decisión.

Considerando el actual estado de emergencia sanitaria, se dio aplicación al artículo 14 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, concediéndole al apelante la oportunidad para sustentar el recurso y a la contraparte para la réplica, derecho del cual solo hizo uso la parte actora y la Constructora.

### 2. CONTROL DE LEGALIDAD Y COMPETENCIA DEL SUPERIOR.

En atención a lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 42 y en el artículo 132 del Código General del Proceso, se aprecian reunidos los presupuestos procesales para emitir sentencia porque se verificó la demanda en forma y su trámite adecuado, la competencia del juez, la capacidad para ser parte respecto de los extremos del litigio; debiéndose destacar que no se advierten vicios ni irregularidades que configuren nulidad, eventuales defectos que tampoco fueron avisados por las partes del proceso.

Cabe resaltar que, contrario a lo indicado por el apelante, no existen hechos modificativos del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio y que vicien la actuación o ameriten pronunciamientos adicionales, toda vez que, bajo el principio de congruencia se impone fallar sobre los contornos establecidos en la demanda y la contestación o los que de oficio ordene la ley, sin que la venta de las unidades inmobiliarias a terceros ajenos a la convención derive en nulidades o varíe la legitimación en la causa que les asiste a las partes por activa y por pasiva por ser los sujetos involucrados en el negocio jurídico en disputa, tampoco la vinculación de personas extrañas al mismo, de tal forma, están dadas las condiciones subjetivas para emitir la decisión correspondiente.

En esa línea, por disposición del artículo 328 de la misma obra, salvo decisiones que se deban adoptar de oficio, esta sala limita el análisis a los reparos concretos efectuados por la parte apelante en contra de la decisión de primera instancia.

### **3. REPAROS CONCRETOS<sup>4</sup>.**

Con el propósito de que se revoque la decisión de primera instancia y se acceda a las pretensiones, la actora formuló los siguientes motivos de inconformidad. Con base en sus intervenciones se establecerán los problemas jurídicos objeto del estudio.

#### **3.1 Indebida valoración probatoria frente a falta de capacidad negocial del representante legal de la Constructora.**

Adujo que el despacho incurrió en error al considerar que por medio de acta del año 2014 se autorizó al representante legal de la Fideicomitente para celebrar el contrato de fiducia mercantil y los demás contratos pues, en su criterio, ello no lo autorizaba para darlos por terminados, pues se probó que en el año 2016 se restringió su capacidad negocial de carácter económico, de tal forma que se extralimitó en la cuantía que le era permitida.

➤ **Réplica Constructora Convivienda S.A.S.** Refutó que es claro el Juzgado en la sentencia, al indicar que el acto realizado por el representante legal de la sociedad Constructora no generaba nulidad absoluta ni relativa, máxime una inoponibilidad, por lo cual no habría lugar a acceder la pretensión solicitada.

#### **3.2 Incumplimiento de las demandadas.**

Censuró la decisión de primer grado por indebida interpretación del contrato de encargo fiduciario que condujo a concluir que las demandadas cumplieron el contrato. Asimismo, destacó la inobservancia de la postura asumida por las demandadas en la ejecución del contrato, a su juicio, no podían terminarlo cuando se continuaron recibiendo recursos.

Estimó visible el incumplimiento de la constructora al demostrar que no hubo acta de entrega del apartamento, sumado a la falta de entrega del cuarto útil 51 y el parqueadero 42 y destacó la ausencia de requerimientos que, en su criterio, debían efectuar las demandadas.

Citó un aparte de la sentencia SC1662-2019 de la Corte Suprema de Justicia para señalar que, la existencia de un incumplimiento recíproco

---

<sup>4</sup> Ibid. archivo 15. ACTA AUDIENCIA 17 DE MARZO y

posibilita la solicitud de resolución sin lugar a indemnización de perjuicios y cobro de la cláusula penal, circunstancia que, en su sentir, es aplicable al caso concreto.

- **Réplica Constructora Convivienda S.A.S.**<sup>5</sup>. Sostuvo que los únicos contratantes incumplidos fueron los demandantes, pues se probó que no cumplieron con el cronograma de pagos estipulado, ni con el valor total a pagar, además, tampoco gestionaron en debida forma el crédito hipotecario.

### 3.3 Indebida interpretación de la cláusula penal.

Discute que se presentó una indebida interpretación con relación a la aplicación automática de la cláusula penal y de la decimoprimería del contrato, puesto que no medió el requerimiento que le era exigible según dicha estipulación y; que recibir los dineros por parte de los demandantes resultaba indicativo de la intención de continuar con la ejecución del negocio, por consiguiente, de mala fe se realizó la aplicación de la sanción contractual.

- **Réplica Constructora Convivienda S.A.S.** Señaló que se realizaron varios requerimientos a los demandantes por el incumplimiento del contrato, además, Julio Cesar Gil Herrera, quien era representante legal de la Constructora en su momento e hijo de la demandante, realizó supuestos aportes al pago de los inmuebles, pero con dineros de la misma Constructora, por ende, le asistía la razón a la sociedad demandada al aplicar la cláusula penal al demostrarse que los demandantes incurrieron varias veces en incumplimiento contractual.

### 3.4 Problemas Jurídicos.

Conforme a lo expuesto, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

1. Si la terminación unilateral del contrato fiduciario emanada del representante legal de una sociedad, sin facultades para ello, es causal de nulidad absoluta, de ser así, si se probó tal supuesto.
2. Si como lo indicó el *a quo* no les asistía a los demandantes el derecho a reclamar el cumplimiento forzoso del contrato de encargo fiduciario por falta de cumplimiento en las obligaciones a su cargo en la forma y tiempo debidos o, si por el contrario, debió estimar la pretensión al acreditarse los presupuestos axiológicos de la acción de cumplimiento contractual.

---

<sup>5</sup> Ver archivo 37MemorialContestacionRecurso



3. Si la aplicación de la cláusula penal se ajustó a las estipulaciones contractuales.

## 4. FUNDAMENTO JURÍDICO.

### 4.1 Nulidad absoluta.

La nulidad absoluta es un instituto jurídico concebido para aniquilar los convenios que se han celebrado en contravía de los intereses superiores, cuya protección ampara el ordenamiento jurídico.

El estudio de configuración de la nulidad absoluta comprende verificar que los hechos planteados se subsuman en alguna de las causales taxativamente señaladas por el legislador. Es así como el artículo 1741 del Código Civil contempla que los actos y contratos con objeto o causa ilícitos, los que omiten alguno de los requisitos o formalidades legales para su validez y los celebrados por personas absolutamente incapaces son nulos absolutamente y, *"cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa"*<sup>6</sup>.

En similares términos, el artículo 899 del Código de Comercio dispone que el negocio jurídico será nulo absolutamente: *"1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz"*.

### 4.2 Cumplimiento contractual.

Por disposición de los artículos 1494 a 1496 del Código Civil, se entiende por contrato el acuerdo de voluntades en virtud del cual un sujeto se obliga con otro a dar, hacer o no hacer alguna cosa, prestaciones que se pueden establecer a cargo de ambos contratantes y entonces se denomina bilateral.

El artículo 1602 del mismo estatuto establece que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales y el artículo 1603 consagra que el principio de buena fe debe regir su ejecución, de tal forma, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a

---

<sup>6</sup> "ARTICULO 1741. <NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA>. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato".

todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen.

El artículo 1546 del mismo ordenamiento<sup>7</sup> y el 870 del Código de Comercio<sup>8</sup> consagran que, en caso de incumplimiento en los contratos bilaterales, el contratante cumplido cuenta con la facultad alternativa para reclamar judicialmente del incumplido la resolución o el cumplimiento del contrato, ambas con indemnización de perjuicios.

Tradicionalmente ha establecido la Corte Suprema de Justicia que, para la prosperidad del cumplimiento forzoso o resolución, el demandante estará llamado a acreditar la existencia de los siguientes supuestos:

*"i) que verse sobre contrato bilateral válido; ii) que el demandante haya cumplido las obligaciones a su cargo, o se haya allanado a cumplirlas, y iii) que el demandado se haya separado de sus compromisos contractuales total o parcialmente"*<sup>9</sup>.

Esta acción alternativa tiene especial respaldo en el artículo 1609 del Código Civil, conforme al cual, *"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 allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos"*.

En ese orden, la jurisprudencia ha sostenido que se entiende por contratante cumplido,

*"... aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió; así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; y puede demandarla en el evento de desacato recíproco y simultáneo si se funda en el desacato de todas las partes, en este evento sin solicitar perjuicios..."*<sup>10</sup> (Negrilla fuera del texto).

De manera que, cobra relevancia para la prosperidad de la acción determinar el orden prestacional y si quien la instauró ha honrado sus compromisos contractuales en la forma y tiempos acordados o, en caso de

---

<sup>7</sup> Código Civil "ARTICULO 1546. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios."

<sup>8</sup> ARTÍCULO 870. <RESOLUCIÓN O TERMINACIÓN POR MORA. "En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios".

<sup>9</sup> Cfr. CSJ, SC 11 mar. 2004, exp. 7582

<sup>10</sup> CSJ, sentencia SC1662 de 2019 reiterada en sentencias SC4801 de 2020 y SC3666 de 2021.

no hacerlo, si su omisión se justificó en una prestación desatendida preliminarmente por el otro extremo de la relación negocial.

#### 4.3 Cláusula penal.

La cláusula penal es definida en el artículo 1592 del Código Civil como *"aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal"*.

Señala también la ley civil que en todos los casos en que se hubiere estipulado la cláusula penal, habrá lugar a exigirla, sin que pueda alegarse por el deudor que el incumplimiento de lo que se pactó no le produjo perjuicio al acreedor<sup>11</sup>.

La Corte Suprema de Justicia la ha definido como:

*"El acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de "cláusula penal compensatoria" y en el segundo, "cláusula penal moratoria"; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación"*<sup>12</sup>.

De tal forma, la cláusula penal es una obligación accesoria y condicional que subordina el pago de la pena al incumplimiento de la obligación principal que, de ser positiva, conforme el artículo 1595<sup>13</sup> requiere la constitución en mora del deudor.

En materia mercantil, el artículo 867 del Código de Comercio indica que cuando se pacta cláusula penal se entiende que las partes no pueden retractarse, además que, en tratándose de una prestación principal determinada o determinable en una suma de dinero, la pena no podrá superar del monto de aquella.

#### 4.4 Contratos coligados.

Los contratos coligados son aquellos acuerdos de voluntad que, pese a estar regulados típica e individualmente, su perfeccionamiento concomitante o inmediato al perfeccionamiento de otros contratos

---

<sup>11</sup> Código Civil Art. 1599.

<sup>12</sup> SC3047-2018. MP. Luis Alonso Rico Puerta.

<sup>13</sup> "ARTICULO 1595. <CAUSACION DE LA PENA>. Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva".

celebrados para alcanzar un propósito, implica que operen mutuamente y dependan funcionalmente los unos de los otros en virtud del convenio de las partes, de modo que un imprevisto o contingencia relevante de uno de ellos puede afectar a los demás y al funcionamiento del negocio en su conjunto.

Al respecto, ha dicho la Corte que:

*"En los contratos coligados, según enseña la doctrina, no hay un único contrato atípico con causa mixta '... sino una pluralidad combinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja, luego el criterio de distinción no es aquél, formal, de la unidad o de la pluralidad de los documentos contractuales, ya que un contrato puede resultar de varios textos y, por contra, un único texto puede reunir varios contratos. El criterio es sustancial y resulta de la unidad o pluralidad de causas...' (Francesco Galgano. El Negocio Jurídico. Cap. IV. Sección 2ª. Núm. 26); en otras palabras, habrá conexión contractual cuando celebrados varios convenios deba entenderse que desde el punto de vista jurídico no pueden ser tratados como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza y estructura así lo exija, o bien porque entonces quedaría sin sentido la disposición de intereses configurada por las partes y articulada mediante la combinación instrumental en cuestión' (Cas. Civ., sentencia de 6 de octubre de 1999, exp. No. 5224).*

*(...) Sin pretender elaborar un concepto terminado del fenómeno de que se trata, sino con ánimo, más bien, de destacar los elementos que lo estereotipan, cabe decir que él opera, así parezca obvio señalarlo, en el supuesto inexorable de una pluralidad de contratos autónomos (dos o más), entre los cuales existe un ligamen de dependencia que, jurídicamente, trasciende o puede transcender en su formación, ejecución o validez, o como bien lo puntualiza el doctrinante Renato Scognamiglio, 'dos elementos se tornan necesarios para que pueda hablarse de negocios coligados: una pluralidad de negocios y la conexión entre ellos mismos'."*<sup>14</sup>

En tales términos, para establecer la existencia de contratos coligados, se requiere constatar los vínculos entre multiplicidad de contratos con finalidades y funciones de relevancia jurídica, a tal punto que uno, varios o todos ellos tengan influencia sobre el otro u otros. Esta influencia puede

---

<sup>14</sup> CSJ, sentencia SC del 25 de septiembre de 2007, rad. 2000-00528-01 reiterado en sentencia SC5690 del 19 de diciembre de 2018, rad. 2008-00635-01.

ser recíproca o bien derivarse de un concurso simultáneo o de una secuencia de actos cronológicamente dispuestos.

Nótese que la característica que configura el coligamiento contractual es que los distintos contratos se relacionan como un todo, tal rasgo diferencia la coligación contractual de la simple existencia de varios contratos entre las mismas partes o con la celebración de diferentes actos jurídicos en el mismo documento; pues, se insiste, lo que distingue el coligamiento contractual no es el número de acuerdos sino los lazos que unen los varios tratados con un propósito común o interrelacionado. Esta finalidad debe ser evidente para considerar el negocio como uno solo.

## 5. CASO CONCRETO.

En el presente asunto se encuentra probada la celebración de múltiples contratos interrelacionados y dependientes entre sí con ocasión del desarrollo de un proyecto inmobiliario denominado "Luxor": i) el de encargo fiduciario para vinculación al Fideicomiso Luxor<sup>15</sup>; ii) el de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos Fideicomiso Luxor<sup>16</sup> y; iii) un contrato de promesa de compraventa suscrito entre la Constructora Convivienda y los demandantes<sup>17</sup>.

Se demostró que, el 15 de mayo de 2014 la Constructora Convivienda S.A.S., y la Fiduciaria Corficolombiana suscribieron un contrato de fiducia mercantil para la administración de los bienes fideicomitidos durante la etapa preliminar, ejecución, construcción, escrituración y liquidación del proyecto "Luxor".

También, que el 18 de septiembre de 2014 los demandantes como beneficiarios de área celebraron contrato de encargo fiduciario para la vinculación al fideicomiso con las sociedades demandadas, cuya finalidad fue la adquisición de unas unidades inmobiliarias una vez finalizado el proyecto constructivo y; por último, un contrato de promesa de compraventa, celebrado en el año 2015 entre la constructora como promitente vendedora y los demandantes como promitentes compradores, mediante el cual se prometió la venta de las mismas unidades inmobiliarias del encargo fiduciario.

Adicionalmente, se encuentra probado que, en el marco de la ejecución contractual, mediante comunicado del 8 de agosto de 2017, el señor Jaime Andrés Toro Aristizabal, como representante legal de la Fiduciaria Corficolombiana S.A., vocera y administradora del fideicomiso Luxor y el señor Luis Fernando Yepes Calle, como representante legal de la

---

<sup>15</sup> Ver ruta 08. ExpedienteRemitidoNuevamente13Julio2021 / archivo 01. ANEXOS DEMANDA páginas 8 - 23

<sup>16</sup> Ibid. archivo 06. ANEXOS CONTESTACIÓN DEMANDA páginas 18 - 48

<sup>17</sup> Ibid. páginas 94 - 100

Constructora Convivienda S.A.S, notificaron a los demandantes la terminación del contrato de encargo fiduciario de vinculación al fideicomiso Luxor<sup>18</sup>. Comunicado que fue ratificado en misiva del 5 de septiembre del 2017 por la directora de Fideicomisos de la fiduciaria demandada<sup>19</sup>.

Asimismo, se acreditó que en comunicación del 12 de marzo de 2018 el representante legal de la constructora fideicomitente requirió a los demandantes para ponerse al día en los pagos adeudados<sup>20</sup> y, por escrito del 8 de agosto de 2018 se notificó de nuevo la terminación del contrato de encargo fiduciario<sup>21</sup>.

### **5.1 Nulidad absoluta de la terminación unilateral del contrato de encargo fiduciario.**

El apelante refutó la decisión de primera instancia por incurrir en indebida valoración frente a la falta de capacidad del representante legal de la constructora para finiquitar el contrato fiduciario, en su sentir, carecía de facultades provenientes del ente societario para ello, en razón de la cuantía, toda vez que su margen negocial se limitaba a 100 SMMLV y el negocio jurídico superaba con creces tal monto y, por ende, la terminación contractual comunicada en las diferentes misivas se encontraba viciada de nulidad absoluta.

El inconforme señaló que el juez de primer grado incurrió en error al entender que, el acta del año 2014 extendía sus efectos al representante que emitió las comunicaciones, pues se probó que en el año 2016 se restringió su capacidad negocial.

La nulidad absoluta fue despachada desfavorablemente por el *a quo* al advertir que, el supuesto de hecho planteado no es generador de nulidad absoluta, sino que es un asunto de inoponibilidad y que corresponde alegarla a la sociedad. Agregó que, en caso de tratarse de una nulidad relativa no era dable declararla de oficio y que puede sanearse, además, el acta del año 2014 que autorizaba al representante legal de la época extendía sus efectos a quien ejerciera la representación hasta la culminación del proyecto inmobiliario.

La Sala considera que, contrario al razonamiento del *a quo*, en el caso particular, el instituto jurídico que rige el asunto no corresponde a la inoponibilidad, por cuanto la terminación se produjo respecto de un

---

<sup>18</sup> Ver ruta 08. ExpedienteRemitidoNuevamente13Julio2021 / archivo 01. ANEXOS DEMANDA páginas 114-115

<sup>19</sup> Ibid. 116-117

<sup>20</sup> Ibid. páginas 117 - 118

<sup>21</sup> Ibid. páginas 182 y 190

contrato celebrado por las partes y tal fenómeno aplica para terceros, es decir, aquellas personas extrañas a la relación negocial.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

*"Es decir que según esta disposición la figura de la inoponibilidad de los actos celebrados por los administradores de la sociedad sin facultades estatutarias para ello está circunscrita a los terceros a quienes no puede perjudicar la falta de publicidad de las restricciones del representante.*

*Luego, la figura de la inoponibilidad no se aplica para resolver las controversias jurídicas suscitadas entre las partes contratantes cuando una de ellas solicita la aniquilación del acto o negocio jurídico que adolece de vicios."*<sup>22</sup>.

En ese orden, la extralimitación en las funciones del representante legal de una sociedad no es subsumible en la figura de la inoponibilidad, pues está concebida como una garantía para terceros ajenos al negocio jurídico.

Lo medular, para resolver el reproche, es comprender que tal hipótesis fáctica no está concebida por el ordenamiento jurídico como causa de nulidad absoluta, como bien lo indicó el *a quo*, circunstancia que deriva en el fracaso de la pretensión.

Conforme el artículo 21 del Código de Comercio<sup>23</sup>, el negocio jurídico bajo estudio es de carácter mercantil, por tanto, para efectuar el examen correspondiente se deben considerar las disposiciones normativas en materia comercial, sin perjuicio de la aplicación del Código Civil por remisión del artículo 822 del estatuto referido<sup>24</sup>.

En consecuencia, respecto de la nulidad absoluta, el artículo 899 del Código de Comercio dispone en lo pertinente:

*"Art. 899.- Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:*

---

<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC 9184-2017. En el mismo sentido, lo consideró en sentencia SC3251-2020: "Precisamente el referido artículo 901 del estatuto mercantil expresa que «[s]erá inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija», regla predicable solo de quienes no tienen una participación directa en el acuerdo y puedan verse perjudicados, por lo que no es extensiva a los que intervienen ya en forma personal o por representación."

<sup>23</sup> "ARTÍCULO 21. <OTROS ACTOS MERCANTILES>. Se tendrán así mismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales".

<sup>24</sup> "ARTÍCULO 822. <APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL>. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa (...)"

...

### *3. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz."*

En concordancia, el artículo 1504 del Código Civil modificado por el artículo 51 de la Ley 1996 de 2019<sup>25</sup>, define que son absolutamente incapaces los impúberes, las demás personas, se presumen legalmente capaces en virtud de lo previsto en el artículo 1503 de la misma obra<sup>26</sup>.

En esa línea, la hipótesis fáctica alegada, consistente en que el representante legal de la constructora extralimitó su margen negocial en cuanto a la cuantía, no lo enmarca en lo contemplado por la ley como sujeto absolutamente incapaz, luego, el supuesto de hecho planteado por los actores no se ajusta a la previsión normativa de la nulidad absoluta, razón suficiente para descartar la declaración pretendida.

Ahora bien, en la sentencia referida, la Corte concluyó viable la interpretación de la demanda en la que se demandó la inoponibilidad del acto negocial que extralimitó las facultades legales del representante legal que obró en nombre de la persona jurídica e impartió aplicación a la pretensión de rescisión de que trata el artículo 838 del Estatuto Mercantil, disposición que prevé:

*"ARTÍCULO 838. <RESCISIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS REALIZADOS POR EL REPRESENTANTE>. El negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado, podrá ser rescindido a petición de éste, cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero con mediana diligencia y cuidado".*

En tal sentido si, en gracia de discusión y en uso de la interpretación de la demanda, se desentrañara que la intención del actor consistió en la formulación de la rescisión conforme el precepto normativo en cita, lo cierto es que no se abastecen los presupuestos normativos para su configuración, en específico, no se demostró que la terminación unilateral del negocio jurídico contrariara los intereses del ente societario, contrario a ello, la posición negocial muestra la clara intención del extremo pasivo para finiquitar el contrato con ocasión del incumplimiento de los actores y da cuenta de la defensa de los intereses económicos de la sociedad.

---

<sup>25</sup> ARTÍCULO 57. modifíquese el artículo 1504 del Código Civil, que quedará así:

"Artículo 1504. Incapacidad absoluta y relativa. Son absolutamente incapaces los impúberes. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores púberes. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".

<sup>26</sup> "ARTÍCULO 1503. <PRESUNCION DE CAPACIDAD>. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces".



Sumado a ello, dicha norma exige expresamente que la petición provenga del representado afectado con la actuación del administrador, no así de la contraparte contractual, por consiguiente, no están dadas las condiciones normativas para su prosperidad.

Ahora, tampoco podría considerarse la eventual aplicación de la nulidad relativa a tono con el artículo 900 del Código de Comercio, que dispone como anulable *"el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil"*, por cuanto, la limitación del representante legal se estableció específicamente para la celebración de actos o contratos, no así para su terminación.

Al respecto, el certificado de existencia y representación legal de la constructora demandada evidencia que el representante tenía la siguiente atribución y límite:

5. CELEBRAR TODO ACTO O CONTRATO CORRESPONDIENTE AL GIRO ORDINARIO DEL NEGOCIO, Y CONSTITUIR PRENDAS, HIPOTECAS O CUALQUIER OTRO GRAVAMEN QUE AFECTE LOS ACTIVOS DE LA COMPAÑIA, O CELEBRAR ACTOS O CONTRATOS DE DISPOSICIÓN DE ACTIVOS FIJOS O CONTRAER OBLIGACIONES A CARGO DE LA SOCIEDAD, HASTA POR UNA SUMA EQUIVALENTE A CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES AL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL ACTO O CONTRATO.

Se desprende de la estipulación en cita que la limitación en la cuantía por 100 SMMLV, se estableció para la celebración de actos o contratos, no así para su culminación, de ahí que, se encontraba facultado para finiquitar el negocio jurídico relacionado con la existencia y funcionamiento de la sociedad.

Al respecto, dispone el artículo 196 del Código de Comercio:

*"ARTÍCULO 196. <FUNCIONES Y LIMITACIONES DE LOS ADMINISTRADORES>. La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.*

***A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.***

*Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros" (Negrilla fuera del texto).*

Emerge de lo anterior que, la restricción para concluir negocios jurídicos que superen 100 SMMLV no se encontraba prevista en el contrato social inscrito en el registro mercantil, luego, tampoco habría lugar a estimar la anulabilidad prevista en el artículo 900 del Código de Comercio.

En suma, la tesis de alzada que plantean los actores se encuentra por fuera de los contornos de las causas legales para considerar la configuración de una nulidad absoluta, motivo suficiente para despachar desfavorablemente la pretensión primera. Al margen de lo anterior, si bajo la interpretación de la demanda se considerara la aplicación de las consecuencias jurídicas establecidas en los artículos 838 o 900 del Código de Comercio tampoco habría lugar a la prosperidad de la pretensión por ausencia de configuración y prueba de sus presupuestos.

## **5.2 Cumplimiento de obligaciones contractuales de demandantes.**

El apelante sostuvo que el fallador de primer grado incurrió en indebida interpretación del contrato de encargo fiduciario y reiteró que las demandadas incumplieron el mismo, además que, el *a quo* desatendió la postura que asumieron en la ejecución del contrato, pues terminaron el contrato, pero continuaron recibiendo los recursos.

Agregó que, la constructora no demostró la existencia de un acta de entrega del apartamento, ni que hubiesen entregado el cuarto útil 51 y el parqueadero 42, así como tampoco la realización de los requerimientos aludidos en el contrato. Asimismo, señaló que debió aplicarse lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC1662 de 2019.

La razón de la decisión para desestimar las pretensiones alusivas al cumplimiento forzoso del contrato se fundó en el incumplimiento contractual en que incurrieron los demandantes.

Para que se pueda intentar con éxito la acción de cumplimiento contractual, entre diferentes presupuestos, debe acreditarse que los demandantes cumplieron las obligaciones contractuales propias en la forma y tiempos debidos o su allanamiento a cumplirlas, por tanto, el examen inicial debe partir de su verificación previo a analizar el incumplimiento que se predica del extremo pasivo.

Como se indicó previamente, el 18 de septiembre de 2014 los demandantes como beneficiarios de área celebraron un contrato de encargo fiduciario para la vinculación al Fideicomiso con la Constructora Convivienda S.A.S., como fideicomitente y la Fiduciaria Corficolombiana S.A., como vocera y administradora del Fideicomiso, para que, a la terminación del proyecto, el Fideicomitente hiciera entrega material de las

unidades inmobiliarias identificadas como apartamento 1604 con un área de 95 mts<sup>2</sup>, cuarto útil No 51 y parqueadero 42.

Conforme los términos contractuales, se pactaron las siguientes obligaciones a cargo de las partes:

➤ **Para los beneficiarios de área:**

**Pago del precio:**

La cláusula primera del contrato fiduciario contiene la obligación principal a cargo de los demandantes correspondiente al pago del precio, la cual se pactó en los siguientes términos<sup>27</sup>:

PRIMERA: El **BENEFICIARIO DE ÁREA** se obliga irrevocablemente a transferir al **FIDEICOMISO**, la suma de \$ 280.000.000 (\$) (valor de la(s) unidad(es)), que aportará de conformidad con el plan de aportes que se adjunta como **ANEXO No. 1** de este contrato.

Dicho plan de aportes consistió en la realización de los siguientes pagos periódicos<sup>28</sup>:

FORMA DE PAGO	VALOR
08-30-2014	\$ 12.000.000
09-30-2014	\$ 5.000.000
10-30-2014	\$ 5.000.000
11-30-2014	\$ 5.000.000
12-30-2014	\$ 5.000.000
01-30-2015	\$ 5.000.000
02-30-2015	\$ 5.000.000
03-30-2015	\$ 5.000.000
04-30-2015	\$ 5.000.000
05-30-2015	\$ 5.000.000
06-30-2015	\$ 5.000.000
07-30-2015	\$ 5.000.000
08-30-2015	\$ 5.000.000
09-30-2015	\$ 5.000.000
10-30-2015	\$ 7.000.000
CREDITO	\$ 196.000.000
TOTAL	\$ 280.000.000

Con relación al pago del saldo restante de los aportes, seguidamente indica la cláusula:

Para transferir el saldo de los aportes equivalentes al valor de la(s)Unidad(es) Inmobiliaria(s), el **BENEFICIARIO DE ÁREA**, en caso de requerirlo, se obliga a solicitar en un plazo de quince (15) días calendario contados a partir de la fecha en que el **FIDEICOMITENTE** así se lo requiera por escrito, un crédito ante una entidad financiera vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, que en caso de ser aprobado total o parcialmente, se entenderá recibido como aporte en el momento en que se haga efectivo el desembolso o la subrogación por parte de la entidad financiera a favor del **FIDEICOMISO**.

<sup>27</sup> Ver ruta 08. ExpedienteRemitidoNuevamente13Julio2021 / 01. ANEXOS DEMANDA página 11

<sup>28</sup> Ibid. página 25

De tal forma, les asistía a los beneficiarios de área la obligación de pagar por instalamentos la suma de \$84'000.000 en el periodo comprendido entre el 30 de agosto de 2014 y el 30 de octubre de 2015 y, el saldo de \$196'000.000, si así lo necesitaren, con la consecución de un crédito con una entidad financiera, éste último saldo previo requerimiento por escrito por parte del Fideicomitente.

A su turno, en el párrafo quinto de la misma cláusula se estipuló que los aportes serían transferidos por los demandantes a la fiduciaria directamente y que en caso de incumplir con los mismos, se causarían intereses a la tasa máxima permitida por la ley. A continuación, indica la disposición contractual que la Fiduciaria estaría facultada para exigir su cobro sin necesidad de requerimiento.

*"El incumplimiento en la transferencia de los aportes, dará derecho a la FIDUCIARIA para exigir judicial o extrajudicialmente, **sin necesidad de requerimiento alguno** y con la sola presentación de este documento, las sumas adeudadas, junto con sus intereses, sin perjuicio de lo establecido en este contrato"*<sup>29</sup>  
(Negrilla fuera del texto).

Emerge así que la obligación de pago debía atenderse en las fechas establecidas en el plan de aportes, sin necesidad de requerimiento alguno, pues inclusive se facultó a la Fiduciaria para exigir directamente su cumplimiento prescindiendo de ello.

En ese escenario, la obligación de los demandantes consistió principalmente en el pago de los aportes en la forma y tiempo debidos, tal y como se puntualizó en la cláusula tercera al indicar: *"Las obligaciones del Beneficiario de Área se limita a realizar los aportes"*<sup>30</sup>.

Cobra relevancia la evidente conexión entre el contrato de encargo fiduciario y la promesa de venta celebrado por los demandantes y la Constructora, en atención al objeto que rodea ambos negocios jurídicos celebrados para alcanzar un mismo propósito, el cual es la adquisición de las unidades inmobiliarias, lo que los sitúa en la clasificación de contratos coligados. Bajo tal entendimiento, se advierte que la promesa de venta coincide con las obligaciones contraídas por los pretensores en el encargo fiduciario.

Ciertamente, la promesa de venta incluyó la adquisición de las mismas unidades inmobiliarias, cuyo precio correspondió igualmente a la suma de \$280'000.000 mediante la realización de los siguientes pagos sucesivos:

---

<sup>29</sup> Ibid. página 11

<sup>30</sup> Ibid. página 13

\$12'000.000 para la separación del apartamento, 11 cuotas de \$5'000.000 entre septiembre de 2014 y julio de 2015.

Se modificó el pago de cuotas sucesivas con respecto al encargo fiduciario en lo concerniente a los pagos a efectuar luego de julio de 2015 así: \$7'000.000 el 30 de septiembre de 2015, \$10'000.000 con el producto de cesantías de la demandante Cruz Elena Herrera. No obstante, la suma de la cuota inicial de \$84'000.000 mediante instalamentos concuerda con el valor a pagar en el encargo, así como el saldo restante por \$196'000.000<sup>31</sup>.

### ➤ Para el Fideicomitente frente a los beneficiarios de área:

#### Entrega Material:

El contrato de encargo fiduciario determinó en la cláusula séptima, la obligación de entrega de las unidades inmobiliarias a cargo del fideicomitente y a favor de los beneficiarios de área, en la siguiente forma<sup>32</sup>:

**SÉPTIMA: ENTREGA MATERIAL.** La entrega material de la(s) unidad(es) la efectuará directamente el FIDEICOMITENTE al BENEFICIARIO DE ÁREA, y está prevista para que se realice antes del 15 de diciembre del 2015, fecha que está condicionada al cumplimiento por parte del BENEFICIARIO DE ÁREA de la transferencia de los aportes a los que se obliga con la celebración de este contrato.

**PARÁGRAFO.** No obstante la estimación anterior se pacta entre EL FIDEICOMITENTE y EL BENEFICIARIO DE ÁREA un plazo de gracia de ciento veinte (120) días adicionales, contados a partir de la fecha antes estipulada, para efectuar la entrega. Transcurrido este plazo, sin que se produzca la entrega efectiva de la(s) unidad(es), se entiende que hay incumplimiento del FIDEICOMITENTE y, el BENEFICIARIO DE ÁREA podrá exigir la aplicación de la cláusula penal pactada. No obstante dejar previstas estas obligaciones en el presente documento a cargo del FIDEICOMITENTE, el cumplimiento de las mismas y su exigibilidad, es independiente del FIDEICOMISO mismo y de la FIDUCIARIA.

Se pactó además que, en caso de incumplimiento en el pago de aportes, el fideicomitente podría suspender la construcción de los trabajos en las unidades inmobiliarias contratadas por el beneficiario de área:

**PARÁGRAFO PRIMERO:** Sin perjuicio de lo pactado en este contrato, en el evento de mora en la transferencia de los aportes que se obliga a realizar el BENEFICIARIO DE ÁREA, el FIDEICOMITENTE podrá su juicio, suspender la construcción de los trabajos en la(s) unidad(es) que le corresponden al BENEFICIARIO DE ÁREA, sin que esto implique incumplimiento por parte del FIDEICOMITENTE, de la FIDUCIARIA o del FIDEICOMISO. En este caso la fecha de entrega se prorrogará por igual período al de la mora.

Por su parte, la cláusula octava del contrato de promesa de venta estableció que la entrega se efectuaría el 15 de diciembre de 2015,

<sup>31</sup> Ver ruta 08. ExpedienteRemitidoNuevamente13Julio2021 / 06. ANEXOS CONTESTACIÓN DEMANDA páginas 94 - 100

<sup>32</sup> Ver ruta 08. ExpedienteRemitidoNuevamente13Julio2021 / 01. ANEXOS DEMANDA páginas 15 y 16



también bajo la condición de cumplimiento previo en el pago de los aportes y la aportación de los soportes correspondientes<sup>33</sup>:

OCTAVA: La entrega material de las unidades la efectuara directamente el PROMITENTE VENDEDOR a LOS PROMITENTES COMPRADORES y está prevista para que se realice el 15 de diciembre de 2015, fecha que está condicionada al cumplimiento por parte de LOS PROMITENTES COMPRADORES de la transferencia de los aportes a los que se obligan con la celebración de este contrato y que alleguen las respectivas consignaciones al PROMITENTE VENDEDOR.

### Otras obligaciones:

Asimismo, la Fiduciaria y la Fideicomitente se obligaron al otorgamiento de la escritura pública (cláusula quinta), previa verificación del pago de los aportes y otras condiciones<sup>34</sup>:

**QUINTA: OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA.** La escritura pública mediante la cual se transfiera el derecho de dominio y la posesión de las unidades a las que se refiere la Cláusula Tercera, junto con el coeficiente de copropiedad que a éstas les corresponda de acuerdo con el Reglamento de Propiedad Horizontal, será otorgada por la **FIDUCIARIA**, como vocera del **FIDEICOMISO**, por el **FIDEICOMITENTE** y por el **BENEFICIARIO DE ÁREA**, en la Notaría que oportunamente indicará el **FIDEICOMITENTE**, cuando (i) se haya cumplido por el **BENEFICIARIO DE ÁREA**

con la transferencia de los aportes, a los que se obliga en virtud de la celebración del presente contrato, (ii) se haya terminado el **PROYECTO**, (iii) se encuentre registrado el Reglamento de Propiedad Horizontal del **PROYECTO** y sus aclaraciones, en caso de que las haya, y, (iv) se hayan obtenido los paz y salvos correspondientes a la(s) unidad(es) que se transferirá(n). No obstante lo anterior, el **FIDEICOMITENTE** se reserva el derecho de exigir las garantías que considere necesarias sobre las sumas que el **BENEFICIARIO DE ÁREA** le adeude al momento del otorgamiento de la escritura pública de transferencia del derecho de dominio. Si cumplidas las anteriores condiciones, el **BENEFICIARIO DE ÁREA** se negare a firmar la escritura de transferencia dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se le requiera para tal fin (comparecer a la firma de la escritura), el **BENEFICIARIO DE ÁREA** se obliga a cancelar a favor de la **FIDUCIARIA** como remuneración una comisión de un salario mínimo legal mensual vigente (1 S.M.L.M.V) pagadero mes vencido, por cada mes de retardo. Igual remuneración se causará y pagará en favor de la **FIDUCIARIA** en el evento en que el **BENEFICIARIO DE ÁREA** no solicite ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente, el registro de la escritura de transferencia, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha en la que ésta le sea entregada. El incumplimiento de cualquiera de las dos obligaciones, permitirá a la **FIDUCIARIA** exigir su cumplimiento por vía ejecutiva sin necesidad de requerimiento alguno, para lo cual el **BENEFICIARIO DE ÁREA** desde ahora autoriza y acepta que la certificación que en tal sentido expida la **FIDUCIARIA**, sea prueba plena del monto de la obligación.

Además de transferir los bienes libres de gravamen o limitación de dominio, sanear por evicción y vicios redhibitorios (cláusula cuarta) y atender reclamaciones luego de la entrega (cláusula tercera).

### ➤ Orden prestacional:

<sup>33</sup> Ver ruta 08. ExpedienteRemitidoNuevamente13Julio2021 / 06. ANEXOS CONTESTACIÓN DEMANDA página 96

<sup>34</sup> Ver ruta 08. ExpedienteRemitidoNuevamente13Julio2021 / 01. ANEXOS DEMANDA páginas 15 y 16

Según el orden prestacional, los beneficiarios de área se encontraban obligados a pagar los instalamentos pactados iniciando el 30 de agosto de 2014 y finalizando el 30 de octubre de 2015 y, posteriormente, la suma de \$196'000.000 previo requerimiento del fideicomitente.

De tal forma, el pago de los aportes conforme el plan establecido precedía a la obligación de entrega material, la cual se condicionó a su cumplimiento, conforme lo convenido en el encargo fiduciario e incluso en la promesa de venta.

Con relación a los requerimientos que reclaman los actores, como se indicó precedentemente, no se encontraban previstos para la realización de pago de los aportes, los cuales debían honrarse en las fechas previstas en el contrato sin necesidad de requerir su cumplimiento, al menos hasta completar la suma inicial de \$84'000.000.

➤ **Verificación de cumplimiento contractual de los demandantes:**

Sabido es que solo el contratante cumplido o que se allanó a satisfacer sus deberes, se encuentra habilitado para exigir de quien deshonre sus compromisos contractuales el cumplimiento forzoso del convenio.

En el caso concreto, se encuentra plenamente demostrado que los pretensores del cumplimiento contractual no cumplen con la condición anotada para exigir a la contraparte el acatamiento del convenio, pues se demostró con suficiencia que desatendieron el compromiso de pago acordado.

En efecto, según lo convenido, les correspondía completar la suma de \$84'000.000 para el 30 de octubre de 2015, pago que, como se indicó, no requería actuación de las demandadas para su cumplimiento a través de requerimientos, tanto es así que, según el parágrafo quinto de la cláusula primera del encargo, su incumplimiento daba el derecho a la Fiduciaria de exigir su cumplimiento directamente sin necesidad de requerimiento alguno. Pese a ello, el extremo activo reconoció desde la demanda (hecho octavo) que, para el 15 de diciembre solo había pagado la suma de \$18'015.852.

Adicionalmente, reposan en el expediente comunicaciones emanadas de las demandadas, mediante las cuales informaban periódicamente los estados de cuenta y evidencian el incumplimiento en los pagos:

La rendición de cuentas a diciembre de 2014 revela como para tal fecha, habían cancelado la suma de \$12'015.852, cuando, conforme el plan de aportes, debían completar \$27'000.000<sup>35</sup>:

<b>8. ESTADO DE CUENTA DEL BENEFICIARIO DE ÁREA:</b>	
<b><u>INMUEBLE NO. 1604</u></b>	
Valor Negociación	\$ 280.000.000
Total Aportes a Fiduciaria Corficolombiana S.A	\$ 12.015.852
<b>Valor Pendiente de Pago</b>	<b>\$ 267.984.148</b>
<b>9. GESTION DE RIESGO</b>	

Igualmente, la rendición de cuentas a 30 de junio de 2015, momento para el cual debían completar \$62'000.000, pero solo habían aportado \$18'015.852:

Así mismo a continuación detallamos su estado de cuenta con corte al 30 de Junio de 2015 en el proyecto en mención:

<b>INMUEBLE NO. 1604</b>	
Valor Negociación	\$ 280.000.000
Total Aportes a Fiduciaria Corficolombiana S.A	\$ 18.015.852
<b>Valor Pendiente de Pago</b>	<b>\$ 261.984.148</b>

Para el 31 de diciembre de 2015 los aportes deberían reflejar como aportes \$84'000.000 que correspondía al saldo inicial, pero se mantuvo igual suma<sup>36</sup>:

Así mismo a continuación detallamos su estado de cuenta con corte al 31 de Diciembre de 2015 en el proyecto en mención:

<b>INMUEBLE NO. 1604</b>	
Valor Negociación	\$ 280.000.000
Total Aportes a Fiduciaria Corficolombiana S.A	\$ 18.015.852
<b>Valor Pendiente de Pago</b>	<b>\$ 261.984.148</b>

Emerge de lo anterior que, como bien concluyó el *a quo*, no se superó el presupuesto de la acción contractual según el cual, el demandante debe acreditar que cumplió las propias obligaciones o se allanó a su cumplimiento, puesto que claramente se determinó que desatendieron los pagos acordados según el plan de aportes.

Con relación a los requerimientos que aducen los actores, cabe resaltar que sí se pactó un requerimiento por parte del Fideicomitente, pero ello se convino para la consecución del crédito, a fin de solucionar el saldo restante de \$196'000.000, no así el que correspondía a la cuota inicial, por lo tanto, la lectura que hacen los demandantes no se acompasa con el orden prestacional convenido.

<sup>35</sup> Ibid. página 36

<sup>36</sup> Ibid. página 36



La entrega de las unidades inmobiliarias estaba sujeta al cumplimiento de una obligación preliminar por parte de los beneficiarios de área, la cual era el pago del precio pactado, como se anotó, inicialmente en razón del pago de los aportes mensuales que debían realizar y posteriormente con la consecución de un crédito, sin embargo, al 15 de diciembre de 2015, momento para el cual se debía producir la entrega no se había cumplido con la totalidad de los aportes, encontrándose además un desfase considerable, pues, para tal fecha habían pagado solamente \$18'015.852 de los pactados \$84'000.000.

Inclusive, destáquese que el contrato habilitaba al Fideicomitente a suspender las obras de las unidades inmobiliarias con atención a pagos incumplidos por los beneficiarios de obra.

Y aun cuando la promesa modifica las cuotas a partir de julio de 2015, lo cierto es que las condiciones allí pactadas, también imponían asumir el pago del mismo monto de cuota inicial y también se condicionó la entrega al previo pago de los aportes, luego, como sostuvo el *a quo*, resultó relevante determinar que el incumplimiento de los actores fue primero en el tiempo.

Tal circunstancia es medular y habilitante para descartar la pretensión de cumplimiento forzoso del contrato, puesto que, el orden obligacional imponía a los demandantes honrar sus compromisos en la forma y tiempos convenidos para que bien pudieran ejercer el cumplimiento forzoso de su contratante y exigir la entrega u obligaciones subsiguientes.

Rememórese que, el artículo 1609 del Código Civil contempla 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 allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos"*.

En esa línea, refulge un incumplimiento en el pago de aportes que devela que los demandantes deshonraron primigeniamente sus compromisos, lo que genera necesariamente el desmoronamiento de la pretensión de cumplimiento contractual, sin necesidad de verificar las condiciones subsiguientes al pago de aportes, pues según el orden prestacional, la desatención de los demandantes precedió la entrega, el otorgamiento de escritura públicas y otros deberes convenidos.

Cabe desatacar, que el incumplimiento en los aportes resulta transcendental en negocios jurídicos como el que nos ocupa, pues frustra la financiación del proyecto constructivo y su desarrollo sin contratiempos.

Con relación a la aplicación de la Sentencia SC1662/2019 que pregonan los actores, la Sala considera que no resulta pertinente, en la medida que aquí no se invocó como pretensión la resolución contractual, instituto jurídico al que alude la decisión en comento en atención a un incumplimiento recíproco de los contratos. Al respecto, recuérdese que al juzgador le está vedado pronunciarse en la sentencia sobre asuntos exógenos a los pedidos por las partes, pues sus linderos están dados por lo fijado en la demanda y contestación, o por lo que establece la ley, en cuanto al reconocimiento oficioso de excepciones.

Al margen de ello, no puede pregonarse un incumplimiento recíproco, puesto que, en palabras de la Corte, si los negociantes *"establecieron un orden prestacional, no hay manera de predicar un incumplimiento mutuo, ya que la infracción contractual del primero en el tiempo justifica la renuencia del segundo a cumplir (...) "*<sup>37</sup>, por consiguiente, no prospera el reparo.

En suma, se concluye el fracaso de la acción de cumplimiento contractual debido a la insatisfacción de uno de los presupuestos que la estructuran, a saber, la desatención de la obligación de pago a cargo de los beneficiarios de área, la cual antecedió la entrega material y las subsiguientes a cargo de las demandadas, circunstancia ostensible y suficiente para confirmar la decisión de primera instancia que hace innecesario adentrarse en el examen de incumplimiento de las demandadas, pues el cumplimiento forzoso le corresponde al contratante que cumplió o se allanó a cumplir, situación que no se superó, razones suficientes para confirmar la desestimación de la pretensión pronunciada por el *a quo*.

### **5.3 Verificación presupuestos en la aplicación de la cláusula penal.**

En lo concerniente a la aplicación de la cláusula penal, el apelante insistió en la ausencia de los presupuestos contractuales para su ejercicio, por cuanto, en su criterio, debían mediar requerimientos previos y hubo anuencia de los demandados para continuar con la ejecución del contrato.

La cláusula penal se encuentra contemplada en la previsión decimoprimera del contrato en los siguientes términos<sup>38</sup>:

---

<sup>37</sup> SC 3972 de 2022

<sup>38</sup> Ibid. página 18.

**DÉCIMA PRIMERA: CLÁUSULA PENAL.** El incumplimiento por parte del **FIDEICOMITENTE** o del **BENEFICIARIO DE ÁREA** de la totalidad o de alguna o algunas de las obligaciones derivadas del presente contrato, dará derecho a la parte que hubiere cumplido o se hubiere allanado a cumplir, para exigir inmediatamente a título de pena aplicable a quien no cumplió o no se allanó a cumplir, el pago de una suma de dinero equivalente al **veinte por ciento (20%)** del total de las sumas de dinero que se obligó a aportar como se indica en la Cláusula Primera. En el evento de incumplimiento de una parte, la otra deberá darle aviso por escrito para que dentro de los siguientes diez (10) días comunes, proceda a cumplir con lo que le corresponda. Si vencido este plazo persiste el incumplimiento, la parte que cumplió o se allanó a cumplir podrá exigir la suma antes pactada por la vía ejecutiva. Por el pago de la pena se entiende extinguida la obligación principal de conformidad con los Artículos 1.594 y 1.600 del Código Civil. En el evento de continuar incumplido o en mora el **BENEFICIARIO DE ÁREA** una vez transcurrido el tiempo estipulado en esta cláusula, la **FIDUCIARIA** podrá retener la suma pactada como Cláusula Penal tomando su valor de las sumas recibidas del **BENEFICIARIO DE ÁREA**, las cuales incrementarán el **FIDEICOMISO**.

La cláusula prevé como presupuestos para la aplicación de la sanción contractual: i) el incumplimiento de una de las partes y, ii) el aviso al contratante incumplido para que, en un término de 10 días procediera a satisfacer la obligación insatisfecha, so pena de hacer efectiva la pena en el porcentaje pactado.

La Sala comparte la decisión adoptada por el juez de primer grado al determinar el cumplimiento de las condiciones contractuales para la aplicación de la cláusula penal.

En efecto, la primera de las condiciones se encuentra superada, puesto que, como se indicó suficientemente, resultó ostensible el incumplimiento de los demandantes frente al pago de los aportes que conforme lo contemplado en el contrato les correspondía asumir.

Y si bien se desprende de la comunicación del 31 de diciembre de 2016 dirigida a los demandantes que hicieron abonos posteriores por \$73'221.633,14<sup>39</sup>, tal suma no alcanza a cubrir el valor de \$84'000.000 pactado como cuota inicial, luego, el incumplimiento fue evidente y demostrado.

También se encuentra satisfecha la condición consistente en el aviso previo para que, en un término de 10 días, los contratantes incumplidos procedieran atender los deberes contractuales, tal y como se evidencia del comunicado que data del 12 de marzo de 2018<sup>40</sup>, mediante el cual se hizo el requerimiento a los demandantes. Indica el comunicado:

Dado lo anterior le informamos que usted cuenta con 10 días a partir de la recepción del presente documento para ponerse al día en los respectivos aportes e intereses moratorios, de lo contrario nos veremos obligados a realizar la penalización de la CLÁUSULA DÉCIMA Y DÉCIMO PRIMERA.

<sup>39</sup> Ibid. página 100

<sup>40</sup> Ibid. página 118

Tal requerimiento no fue atendido en el término correspondiente persistiendo el incumplimiento y, si bien mediante comunicado del 12 de junio de 2018, se advierte que Bancolombia comunicó la aprobación de un crédito de vivienda<sup>41</sup>, no se encuentra dentro del plazo establecido y tampoco obra en el expediente constancia del desembolso.

Bajo tal panorama, contrario al criterio del apelante, si están dadas las condiciones contractuales para la aplicación de la cláusula penal, en atención a las prestaciones insatisfechas por los demandantes y su persistencia una vez vencido el plazo.

En ese orden, el acreedor pudo hacer efectiva la sanción contractual ante el incumplimiento de la obligación derivada en el contrato, además de estar constituido en mora como requisito previsto en el artículo 1595 del Código Civil<sup>42</sup>, bajo los términos del artículo 1608 ibidem<sup>43</sup>.

Las partes pactaron una prestación económica concreta y dispusieron hacerla efectiva en caso de incumplimiento de cualquiera de ellas, de manera que, se tiene como una liquidación anticipada de los perjuicios ocasionados por la desatención de las obligaciones contractuales, sin que se advierta la mala fe por parte de los demandantes, menos la intención de continuar la ejecución del contrato por las demandadas, como sostuvo el recurrente, pues devino claro cómo se dispuso la terminación unilateral del contrato bajo la facultad definida en las cláusulas décima y decimoprimera, convenidas en uso del ejercicio de la libertad contractual por el incumplimiento en los pagos, por consiguiente, en punto a la aplicación de la cláusula penal también habrá lugar a la confirmación de la decisión de primer grado.

Con relación a las costas en esta instancia serán impuestas en contra del apelante con ocasión de la resolución desfavorable del recurso de apelación (Art. 365 núm. 1 y 3 CGP).

## 6. SÍNTESIS Y CONCLUSIÓN.

---

<sup>41</sup> Ibid. página 120

<sup>42</sup> Norma que ordena:

*"ARTICULO 1595. <CAUSACION DE LA PENA>. Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva. Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse".*

<sup>43</sup> Disposición que indica:

*"ARTICULO 1608. <MORA DEL DEUDOR>. El deudor está en mora:*

*1o.) 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.*

*2o.) 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.*

*3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".*

La extralimitación en la cuantía del representante legal de una sociedad no es subsumible a los supuestos establecidos en el ordenamiento jurídico para que proceda la declaración por nulidad absoluta, razón por la cual se comparte la decisión recurrida en lo pertinente.

De otro lado, el éxito de la acción de cumplimiento contractual requiere la configuración de los presupuestos axiológicos que le son propios, entre ellos, acreditar que el demandante cumplió con las obligaciones contractuales a su cargo o su allanamiento a cumplir, requisito que no se superó por la desatención en el pago en la forma definida en el plan de aportes, prestación que no dependía de requerimiento alguno y antecedió la entrega material de las unidades inmobiliarias y las obligaciones subsiguientes, lo que imponía el fracaso de la pretensión de cumplimiento forzoso, como acertadamente indicó el *a quo*.

Adicionalmente, se acreditaron las condiciones contractuales para hacer efectiva la cláusula penal, en atención a la demostración del incumplimiento contractual en que incurrieron los actores y su constitución en mora.

Motivos por los cuales se confirmará la decisión recurrida con imposición de costas en contra del recurrente.

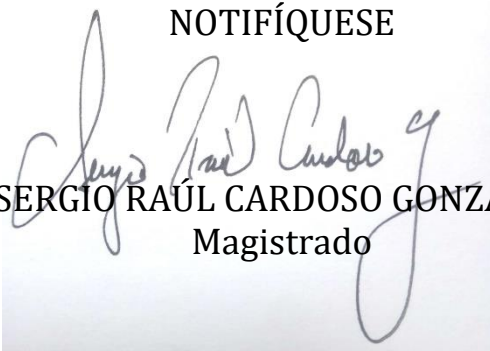
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

## 7. RESUELVE.


**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia del 17 de marzo de 2021 emitida en primera instancia dentro del asunto de la referencia, por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** CONDENAR en costas en esta instancia a los demandantes a favor de las demandadas. Como agencias en derecho se fija la suma de 1SMLMV.

NOTIFÍQUESE



SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ  
Magistrado



MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ  
Magistrado



JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS  
Magistrado