

S-2023

Procedimiento:

Verbal

Demandante:

Jorge León Ortega Oliveros y otra

Demandado:

Alianza Fiduciaria S.A. y otros

Radicado:

05001 31 03 004 2021 00228 01.

Asunto:

Confirma sentencia impugnada

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
-SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL-**

Medellín, quince (15) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la sentencia del pasado 01 de noviembre de 2022, emitida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, en el trámite del procedimiento verbal de responsabilidad contractual instaurado por Jorge León Ortega Oliveros y Luz Stella Cardona Vargas en contra de la sociedad P.I. Humanitas S.A.S. y Alianza Fiduciaria S.A. función judicial que se ejercita de la siguiente manera,

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones. El día 02 de agosto de 2021 los demandantes presentaron demanda con pretensión declarativa de responsabilidad civil contractual, para que, a través del procedimiento verbal, las personas jurídicas demandadas y también por ahí mismo de forma personal la sociedad fiduciaria, fueran condenadas a pagar los perjuicios ocasionados a aquellos, a raíz del incumplimiento de la entrega de los inmuebles prometidos en venta a los demandantes, de esta forma, solicita que procedan a dar cumplimiento a lo descrito en la cláusula quinta del contrato de encargo fiduciario o, subsidiariamente, en la promesa de compraventa del pasado 29 de septiembre de 2014, en el sentido de realizar la transferencia del inmueble, resultante del proyecto inmobiliario, que corresponde al apartamento 1203 y parqueadero 47, con su respectivo cuarto útil, bajo la denominación “integrado”, los cuales forman parte integrante del Edificio Torre Humanitas P.H., situado en el Municipio de Itagüí en la Calle 39 # 49-49.

¹

Advirtió haber sufrido perjuicios inmateriales derivados de la falta de entrega de la unidad inmobiliaria prometida en venta, los cuales estimó en la suma

equivalente a 50 smlmv, solicitó, además, el pago de perjuicios materiales, los cuales se hallan tasados en forma anticipada en la cláusula penal pactada en el encargo fiduciario, la cual asciende a la suma de treinta y dos millones novecientos sesenta y dos mil seiscientos veintidós pesos (\$32.962.622,00), por concepto de pena con carácter moratorio.

2. Fundamentos Fácticos. Los hechos se sintetizan de la siguiente manera:

2.1. Que, la sociedad PI HUMANITAS S.A.S. ofreció construir un proyecto inmobiliario denominado “TORRE HUMANITAS P.H.” el cual sería desarrollado en la ciudad de Itagüí (Antioquia), bajo un formato de contrato de adhesión, denominado “*Encargo Fiduciario para vinculación al Fideicomiso Torre Humanitas P.H.*”, con el objetivo de vincular a los terceros interesados adquirientes del proyecto.

2.2. Que, al interior de la cláusula segunda del contrato antedicho, era deber de las demandadas transferir el derecho real de dominio a los beneficiarios de área, de los bienes identificados con la matrícula Inmobiliaria No. 001-1213382, que, como se dijo, pertenece al apartamento 1203 y parqueadero 47, con su respectivo cuarto útil, bajo la denominación “integrado”, los cuales forman parte integrante del Edificio Torre Humanitas P.H., situado en el Municipio de Itagüí en la Calle 39 No. 49 49.

2.3. Que se fijó entre las partes el precio del bien inmueble, cuyo objeto corresponde al apartamento 1203, parqueadero 47 y su cuarto útil, en la suma de \$163.400.000,00, tal y como se observa en el parágrafo de la cláusula primera del contrato aludido, el cual fue modificado por la cláusula tercera el pasado 06 de octubre de 2014, valor que fue cancelado por los demandantes, acorde con lo descrito en la cláusula quinta del contrato, estando en presencia de una condición suspensiva.

2.4. Que, no fue posible realizar la transferencia del bien por causas imputables a los deudores “...quienes refieren con base en un derecho de petición allegado con la demanda la imposibilidad de su ejecución, desconociendo el alcance de la cláusula cuarta, numeral tercero del contrato mencionado, no cumpliendo las sociedades demandadas, PI HUMANITAS S.A.S. y ALIANZA FIDUCIARIA S. A., a

título personal directo y por sus propios actos y en calidad de Vocera y Administradora del FIDEICOMISO TORRE HUMANITAS, con las prestaciones a su haber, respecto del contrato de fiducia y/o promesa de compraventa por cuanto no fue posible la realización de la Escritura Pública, dado que el terreno sobre el cual se halla edificada la construcción, cuenta con una hipoteca de mayor extensión, debiendo contar con la autorización del acreedor hipotecario para su desafectación, situación totalmente ajena a los demandantes, pues dicho acreedor hipotecario no forma parte del contrato referido, debiendo los contradictores realizar todas las actuaciones legales tendientes a desafectar los bienes referidos sin mayores limitaciones de las que impone la Ley...”.

2.5. Que esta situación trajo perjuicios materiales, los cuales fueron tasados de forma anticipada en la cláusula penal, sin contar con la angustia y el desgaste que les ha causado este negocio, por cuanto no han podido hacer uso de los atributos del dominio del inmueble.

3. Actuación procesal. El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Oralidad Medellín admitió la demanda mediante providencia del 20 de agosto de 2021 (pdf. 05) y fue debidamente notificada de su contenido a las sociedades demandadas.

3.1. Las sociedades demandadas P.I. Humanitas S.A.S. y Alianza Fiduciaria S.A., en nombre propio y como vocera del patrimonio autónomo PI Humanistas S.A.S., llegaron al proceso oponiéndose a las pretensiones de la demanda, advirtiendo que las obligaciones que adquirió la fiduciaria -como vocera del patrimonio autónomo-, son totalmente diferentes a las obligaciones adquiridas por PI Humanitas S.A.S., adicional a ello, la entidad fiduciaria no se obligó en posición propia al cumplimiento del encargo fiduciario de vinculación al Fideicomiso Torre Humanitas.

3

Indicó, que la sociedad fideicomitente P.I. Humanitas S.A.S. ordenó otorgar la escritura pública, pero, por razón de la existencia de una hipoteca en mayor extensión otorgada a Bancolombia S.A. y por razón de que ésta entidad no autorizó la cancelación parcial de la hipoteca, es la razón por la cual el acto escriturario no se perfeccionó, agregó, eso sí, que los demandantes ostentan la posesión material y que el hecho de no tener título de adquisición no hace menos el derecho y tampoco genera perjuicio moral alguno. Finalizó

señalando que los beneficiarios de área tampoco realizaron los pagos en las fechas puntuales establecidas en el encargo fiduciario.

Blandió excepciones de mérito, las cuales se dio en llamar: **i)** falta de legitimación en la causa por activa, en razón del incumplimiento del contrato; **ii)** Petición antes de tiempo, por el retardo, mora, incumplimiento de los demandantes; **iii)** excepción *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*; **iv)** mala fe del convocante comprador; **v)** hecho imputable a un tercero, lo que releva de responsabilidad objetiva contractual; **vi)** la genérica.

La sociedad Alianza Fiduciaria S.A. agregó en escrito separado las siguientes excepciones de mérito: **i)** Alianza Fiduciaria no hace parte del Contrato De Encargo Fiduciario De Vinculación Al Fideicomiso Torre Humanitas - fondo de inversión colectiva - 100410797064 – inexistencia de relación contractual entre el demandante y alianza fiduciaria; **ii)** Alianza Fiduciaria S.A. tiene incapacidad legal para desarrollar actividades no contempladas dentro de su objeto social; **iii)** falta de legitimación en la causa por pasiva –proceso de responsabilidad civil contractual– existencia de un Patrimonio Autónomo; **iv)** existencia de un contrato de Fiducia Mercantil; **v)** buena fe de Alianza Fiduciaria S.A. y, **vi)** la genérica.

3. La sentencia apelada. Fenecido el trámite del proceso previsto en el CGP, incluido la práctica de pruebas y alegatos de conclusión, el juzgado Cuarto Civil del Circuito de Oralidad profirió sentencia el pasado 01 de noviembre de 2022, en donde desestimó las excepciones planteadas por la sociedad PI Humanitas S.A.S. y tuvo por probadas las formuladas por la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., por ahí mismo, declaró el incumplimiento del contrato de encargo fiduciario para la vinculación al fideicomiso Torre Humanitas P.H., celebrado el 6 de octubre de 2014, por parte de P.I. HUMANITAS S.A.S.

4

Seguidamente, ordenó “...a P.I. HUMANITAS S.A.S. con NIT 900.509.000-1 y ALIANZA FIDUCIARIA S.A., en calidad de Vocera y Administradora del FIDEICOMISO TORRE HUMANITAS con NIT 830.053.812-2, suscribir la Escritura Pública dispuesta en el contrato de encargo fiduciario del apartamento 1203, parqueadero 47 y su cuarto útil, bajo la denominación de “integrado”, los cuales forman parte del Edificio Torre Humanitas P.H.,

ubicado en la calle 39 No. 49-49 de Itagüí, a favor de JORGE LEÓN ORTEGA OLIVEROS con CC 70.513.480 y LUZ STELLA CARDONA VARGAS con CC 42.760.575

También resolvió: “...CONDENAR a P.I. HUMANITAS S.A.S. con NIT 900.509.000-1 a pagar en favor de JORGE LEÓN ORTEGA OLIVEROS con CC 70.513.480 y LUZ STELLA CARDONA VARGAS con CC 42.760.575, por concepto de cláusula penal la suma de \$ 32.962.622...” y, al pago “...por concepto de perjuicios morales a JORGE LEÓN ORTEGA OLIVEROS con CC 70.513.480 tres (3) SMLMV, y a LUZ STELLA CARDONA VARGAS 42.760.575 tres (3) SMLMV

El señor juez partió por analizar inicialmente la legitimación en la causa por pasiva formulada por la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., de cara a la cadena de contratos que subyacían en la litis, estableciendo la diferenciación entre un encargo fiduciario y la fiducia mercantil, donde la transferencia del inmueble marcaba la pauta para la conformación de un patrimonio autónomo. En esencia, la argumentación del cognoscente se centró en que las partes de la lid estaban unidas entre sí por un solo instrumento negocial, como era el encargo fiduciario para la vinculación al Fideicomiso, sobre el cual había que volver para determinar si existió o no legitimación y si existía prueba de la responsabilidad civil alegada, derivada del subsecuente incumplimiento de la parte demandada.

Pasó a advertir que el pretendido incumplimiento por los demandados consistía en la falta de otorgamiento de la escritura del apartamento 1203 y parqueadero 47, con su respectivo cuarto útil, bajo la denominación “integrado”, los cuales forman parte integrante del Edificio Torre Humanitas P.H., situado en el Municipio de Itagüí en la Calle 39 # 49-49, pasando luego a estudiar las obligaciones asumidas por las partes, en donde encontró que los beneficiarios de área ya habían realizado un pago por valor de \$161.513.112 y el valor restante de \$3.300.000 sería entregado el 13 de abril de 2016, es decir, el mismo día en que se suscribió un otro sí y, además, el pago se encuentra soportado en el recibo de caja aportado por Torre Humanitas S.A.S.

Indicó que existía acta de entrega de la obra, lo cual no fue discutido por las partes, además, se exigía que se encontrara registrado el reglamento de propiedad Horizontal, lo cual pudo verificar en el respectivo folio inmobiliario, lo que indicaba que las condiciones pactadas en el encargo fiduciario se encontraban cumplidas, para que se otorgara la escritura pública de transferencia, sin que se pudiera predicar que la parte demandante incumplió o tuvo injerencia en la no desafectación de la hipoteca del predio de mayor extensión por parte de la entidad bancaria, pues los codemandados continuaron recibiendo los dineros del pago, pese a que no fueron cancelados por los demandantes en las fechas convenidas contractualmente sino en las que se admitieron y pactaron después a través de un otrosí, hasta alcanzar el pago del precio convenido por el inmueble.

Advirtió que, por virtud del encargo fiduciario, así como en la fiducia misma, era obligación exclusiva de la fideicomitente P.I. Humanitas S.A.S. transferir el inmueble libre de gravámenes, por ende, era de su resorte gestionar los actos necesarios para el levantamiento de la hipoteca que recaía sobre el predio de mayor extensión, sin que se le pudiera trasladar cargas adicionales a los beneficiarios de área, indicando, además, que era suficientemente conocido por la sociedad demandada sobre la existencia de la hipoteca y, por ende, no era justificación lo planteado en el derecho de petición.

Seguidamente, pasó a estudiar las obligaciones asumidas por la entidad Alianza Fiduciaria S.A., en cuyo análisis sostuvo que la intervención jurídica de la misma se restringió sólo a ser vocera y administradora del patrimonio autónomo para permitir el desarrollo del proyecto, en el sentido de adquirir y mantener la titularidad jurídica de los bienes fideicomitados que fueran transferidos por la constitución del fideicomiso y, una vez terminadas las obras debería transferir al beneficiario de área los derechos de dominio de las autoridades inmobiliarias respecto de los cuales adquirieron ese beneficio, todo, por cuenta y riesgo del fideicomisario, en quien, en últimas, era sobre el cual recaía la obligación de transferir el inmueble, porque el clausulado contractual así lo disponía expresamente, concluyendo que alianza fiduciaria no hacía parte del encargo fiduciario y por ello, declaró prósperas las excepciones formuladas por esta entidad empresarial a nombre propio.

De esa manera, estimó el funcionario que los pactos que hizo PI Humanitas SAS en el encargo fiduciario le generaron el deber de suscribir las escrituras del inmueble objeto del litigio, restringiendo el deber de la Fiduciaria a suscribir la escritura para transferir el inmueble de acuerdo a su intervención en el negocio fiduciario.

De otro lado, advirtió que, dada la naturaleza de la cláusula penal pactada en el encargo fiduciario, permitía el cobro de la pena sin perjuicio del cumplimiento de la obligación principal, por ahí mismo, ordenó el pago de los perjuicios morales, por cuanto se evidenciaba que ante el no otorgamiento de la escritura pública, no se sentían propietarios y estaba en juego su patrimonio, lo que generó convencimiento del juzgador de la causación de aquel tipo de perjuicio extrapatrimonial, el cual tasó en la suma equivalente a 3 smlmv para cada uno de los demandantes.

5. Del recurso de apelación. La sociedad PI Humanitas S.A.S., recorrió el traslado del recurso de apelación en segunda instancia, haciendo énfasis únicamente en el no allanamiento a cumplir de la demandante, por el no pago oportuno del precio del inmueble, ya que los pagos no los realizaron en las fechas contractuales establecidas en el Anexo 1 del Encargo Fiduciario de Vinculación al “Fideicomiso Torre Humanitas P.H.”, conducta esta, que a decir de las normas civiles, no obliga el cumplimiento de las convocadas en juicio.

Advirtió así mismo que “...la sociedad Fideicomitente SI ORDENÓ, en tiempo oportuno, otorgar la escritura de transferencia de los activos materia de vinculación en favor de los Actores, acto notarial que se frustró por la existencia de una hipoteca en mayor extensión otorgada al BANCOLOMBIA S.A. y por razón de que esta entidad no autorizó la cancelación parcial de la hipoteca. Tal hecho, se dijo, hizo que finalmente el acto escriturario no se completara y perfeccionara...”. Adiciona el recurrente, que los demandantes tampoco habilitaron solicitud de préstamo ante alguna entidad bancaria que les facilitara los recursos para el pago del saldo del precio indicado en el Encargo Fiduciario, omisión que conllevó a que la obligación hipotecaria en su mayor extensión no pudiera ser atendida por la sociedad demandada con los recursos de dicho crédito.

Desde la primera instancia abogó por la aplicación proporcional de la cláusula penal ya que como parte demandada cumplieron una gran parte del contrato, por cuanto hicieron entrega materia del inmueble, por ende, se cumplió con la mitad de las obligaciones, entonces *“...como quiera que la sanción pecuniaria es sensible de categorizarla y de hacerla proporcional y hacerla justa, a pesar de que tenga un porcentaje preciso en el contrato, pero atendido que está en uso goce y disfrute del inmueble, esa cláusula penal se tiene que reconsiderar...”* agrega que *“...severo es mantener el 20% como porcentaje absoluto para imponer como pena...”*

Destacó, por último, que por el hecho de los demandantes no tener el título de propietarios no les hacía menos el derecho de posesión material y que eso tampoco les podía generar perjuicio moral alguno, reclama entonces prueba de los perjuicios que dicen haber sufrido, además, que: *“...no se indica en qué consisten estos desde lo subjetivo y objetivo, lo que lleva a decir que no aplicaba condenar a las demandadas al pago del 100 % de la cláusula penal por incumplimiento...”*

Ahora el proceso se pone en punto de definiciones propias de la segunda instancia y a ello se procede, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales. Encuentra la Sala satisfechos los requisitos o presupuestos procesales para que pueda abordarse el estudio de la apelación interpuesta por la parte demandante, además, que no se observan irregularidades procesales que tipifiquen una nulidad.

Bueno es aclarar que, si bien los demandados no sustentaron en segunda instancia lo relacionado con la cláusula penal, de todas maneras, como ya lo habían hecho durante la primera instancia, es por lo que el tribunal asumirá en forma íntegra la apelación.

1.1. Delimitación de competencia. Averiguado está que la competencia del juez de segunda instancia, en línea de principio, está enmarcada por los reparos que el apelante haya hecho a la providencia cuestionada, al tiempo

que el interés del apelante siempre deberá ir vinculado a lo desfavorable de la providencia, sin que sea posible al juez de segunda instancia adentrarse en otros asuntos, salvo que ello sea vinculante con la repulsa planteada.

En consecuencia, la decisión del recurso se tomará conforme las disposiciones que sobre el tema indica el artículo 328 del C. G. del P., esto es, la decisión de segunda instancia cobijará sólo el motivo de inconformidad del recurrente, por ende, no se extenderá la revisión a lo que no fue objeto de repulsa¹, concretamente, no estudiará el Tribunal los motivos que condujeron al juez a declarar probadas las excepciones formuladas por Alianza Fiduciaria S.A., específicamente, la falta de legitimación en la causa por pasiva para ocupar a nombre propio el extremo pasivo que no fue motivo de alzada, de igual modo, nada se discute sobre el encargo fiduciario para la vinculación al fideicomiso “Torre Humanitas P.H.” celebrado el 6 de octubre de 2014, por parte de P.I. HUMANITAS S.A.S. con los demandantes Jorge León Ortega Oliveros y Luz Stella Cardona Vargas, como único llamado a regular la controversia contractual aquí planteada, quedando dicha temática por fuera de la zona del presente litigio y, por ende, el Tribunal no tendría competencia para abordar su estudio.

2. Sobre La Naturaleza Jurídica De Los Patrimonios Autónomos. Se conoce con suficiencia que los patrimonios autónomos no son personas, sino un conjunto o universalidad de bienes, que de manera unificada se han admitido como sujetos con capacidad para comparecer ante un litigio como demandantes o como demandados, y para ello necesariamente deben contar con un vocero que para todos los efectos será el encargado de la administración y cumplimiento del objeto para el cual fueron afectados.

Uno de los escenarios donde esa ficción jurídica cobra vigor, es al interior del **contrato de fiducia mercantil**, mismo que el legislador define en el art. 1226 del C de Comercio: “*como un negocio jurídico en virtud del cual una persona,*

9

¹ Ello encuentra asidero, además, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia fechada el 8 de septiembre de 2009, con ponencia del Dr. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, en la que se dijo en parte pertinente, que: “...El recurso de apelación tiene un “objeto” delimitado, de modo que la inclusión de las “razones de la inconformidad”, deja zonas del litigio fuera de la impugnación, a las cuales el juez no puede acceder mediante una actividad inquisitiva que le permita sustituir al recurrente en la delimitación del “objeto” del recurso...”

llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

El contrato de fiducia mercantil implica, como aspecto esencial, la transferencia de los bienes afectos al cumplimiento de la finalidad determinada que, comporta el surgimiento de un patrimonio autónomo deslindado del resto del activo del fiduciario sujeto a dicha finalidad.

2.1. Sobre esta transferencia la SUPERFINANCIERA ha conceptuado:

*“...**Concepto de Negocios Fiduciarios.** (...) se entienden por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. **Si hay transferencia de la propiedad de los bienes estaremos ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio,** fenómeno que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los cuales solo existe la mera entrega de los bienes”.*

Como puede deducirse de lo anterior, **la diferencia fundamental del encargo fiduciario frente a la fiducia mercantil estriba en la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos** que se da para la segunda, la cual es inexistente para el primero. Adicionalmente, conforme a los artículos 1227, 1233, 1234 numerales 2° y 4°, y 1236 del Código de Comercio, la fiducia mercantil tiene, entre otras, las siguientes características: **los bienes fideicomitidos conforman un patrimonio autónomo**; deben mantenerse separados de los propios de la fiduciaria, así como también de los correspondientes a otros negocios fiduciarios; deben figurar o registrarse en contabilidad separada; no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante posteriores a la constitución del patrimonio autónomo, y tampoco pueden ser de libre disposición por el constituyente o fideicomitente²

10

² Cir. Ext. 007/96, tít. V, cap. I, num. 1., subnumeral 1.1

2.2. Por consiguiente, de acuerdo a la naturaleza del reclamo judicial y sobre todo atendiendo a las diferentes funciones y actividades que cada uno de los sujetos intervinientes -Constituyente o beneficiario de Área, Fideicomitente o beneficiario y la Fiduciaria-, tiene en el proyecto inmobiliario, se determinará la responsabilidad.

Así, por ejemplo, si el reclamo tiene que ver con fallas en la construcción, el primer responsable es el constructor, por ser la persona bajo cuya responsabilidad se adelantó la construcción de las viviendas, a menos que la fiduciaria haya entrado hacer parte del proyecto mismo y no solo como administradora del proyecto. Eso sí, habrá que ver bajo qué modalidad. De otro lado, si el reclamo tiene que ver con el no pago del salario de los obreros, el primer obligado es la constructora que los contrató. Finalmente, si el reclamo tiene que ver con inconsistencias en los pagos efectuados por los adquirentes o en las imputaciones de los pagos conforme la viabilidad y avance del proyecto, la responsable será la fiduciaria.

3. Caso concreto. Para lo que interesa frente a la resolución del recurso formulado, de la revisión de la situación contractual del proceso, pronto se advierte que entre los demandantes (denominados contractualmente beneficiarios de área), y la codemandada PI humanitas S.A.S. (denominado contractualmente beneficiario o fideicomitente), se celebró un contrato denominado **“Encargo Fiduciario de Vinculación al Fideicomiso “Torre Humanitas P.H.”**, donde se dejó establecido lo siguiente:

PRIMERA – EL PROYECTO. Que El FIDEICOMITENTE Y BENEFICIARIO pretende construir por su exclusiva cuenta y riesgo, sin injerencia de ALIANZA o el FIDEICOMISO, un proyecto inmobiliario denominado “TORRE HUMANITAS – P.H.” que se desarrollará en la ciudad de Itagüí (Antioquia), en un lote resultante de la partición del terreno de aproximadamente 8.400 m2 de área bruta, el cual generará un lote resultante y sobre éste se

construirá una urbanización multifamiliar de tipo cerrada de una torre de 25 pisos, distribuida en 76 apartamentos con áreas aproximadas de 63.75 m2 (38 apartamentos) y 75 m2 construidos (38 apartamentos), 11 locales comerciales, 2 Oficinas y 100 parqueaderos; número que podrá variar de acuerdo a las exigencias de las autoridades competentes y a las obras correspondientes al urbanismo y zonas comunes exigidas por dichas autoridades.

Este es un edificio aparcado sin sótanos, que tiene 1 nivel de comercio, 2 niveles de uso mixto entre parqueaderos y oficinas, 2 niveles de uso exclusivo de parqueaderos, 1 nivel de zona social de apartamentos y 19 niveles de apartamentos, 4 por piso.

TERCERA - BENEFICIARIOS DE ÁREA. El **CONSTITUYENTE** tiene la intención de vincularse como **BENEFICIARIO DE ÁREA** del mencionado **FIDEICOMISO**, con miras a que a la terminación del **PROYECTO**, y siempre y cuando se encuentre a paz y salvo con el **FIDEICOMISO**:

- a) **EL BENEFICIARIO** le haga entrega material de la(s) unidad(es) que más adelante se identifica(n), y que
- b) **ALIANZA** como vocera y administradora del **FIDEICOMISO** le efectúe la transferencia de la(s) misma(s) en los términos y condiciones previstas en el presente contrato.

PARÁGRAFO. Por lo tanto, el cumplimiento de las condiciones establecidas en el presente documento, lo convierten en **BENEFICIARIO DE ÁREA**, con los derechos que en su favor se estipulan en este instrumento y en el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria celebrado, cuya minuta el **BENEFICIARIO DE ÁREA** declara conocer y aceptar por la suscripción del presente documento.

En la cláusula sexta se pactó:

SEXTA. SUSCRIPTORES. En razón a que **EL BENEFICIARIO** contrae para con **EL CONSTITUYENTE** y/o **EL BENEFICIARIO DE ÁREA** las obligaciones propias relacionadas con **EL PROYECTO**, y éste contrae para con aquél, la obligación de entregar a **ALIANZA** las sumas de dinero acordadas con **EL BENEFICIARIO** por la vinculación, éste y aquél suscriben también el presente contrato, en el cual además de instruir a **ALIANZA** de la vinculación, se define el alcance de las mutuas obligaciones y derechos.

3.1. A partir de este acontecer contractual, desde la presentación de la demanda, los actores atribuyen responsabilidad a Alianza Fiduciaria S.A. y a la promotora y propietaria del proyecto inmobiliario PI Humanitas S.A.S., amén que no se cumplió con la titulación del inmueble resultante del proyecto inmobiliario a nombre de aquellos, como beneficiarios de área, obligación que adquirieron en virtud de la celebración del encargo fiduciario para la vinculación al fideicomiso “Torre Humanitas P.H.”, por lo cual pretenden obtener judicialmente su cumplimiento. A ello, se opone la sociedad PI Humanitas S.A.S. que, como encargada promotora y propietaria del proyecto alega que, si bien no han escriturado a nombre de aquéllos los inmuebles adquiridos por los actores, ello obedece a que el terreno sobre el cual se halla edificado la construcción cuenta con una hipoteca sobre el lote de mayor extensión, debiendo contar con la autorización del acreedor hipotecario para su desafectación, calificando dicha circunstancia como ajena a su conducta y, además, atribuible a la parte demandante, por cuanto incumplieron con los pagos del precio del inmueble en las fechas y en la forma establecida contractualmente, omisión que conllevó a que la obligación hipotecaria en la mayor extensión no pudiera ser atendida por la sociedad demandada con los recursos de dicho crédito.

3.2. Para esta Sala del Tribunal es correcto el juicio de la sentencia de primera instancia sobre el punto, puesto que, al analizar el material probatorio de que dispone el expediente, si bien es cierto el tiempo de las consignaciones

realizadas a la cuenta del beneficiario del encargo fiduciario, para el pago del precio de la unidad inmobiliaria resultante del proyecto inmobiliario, se realizaron en fechas por fuera del tiempo establecido contractualmente, todo se torna irrelevante porque ambos contratantes, de común acuerdo, salvaron esos incumplimientos en un *otro sí* que suscribieron, por medio del cual entendieron y aceptaron la modificación en el pago del precio total del inmueble y, optaron por continuar la relación contractual, con la finalidad de satisfacer sus intereses particulares: el **beneficiario de área** terminar de cubrir el precio para hacerse al dominio de la unidad inmobiliaria; **del beneficiario o fideicomitente** obtener el pago del precio y culminar el proyecto inmobiliario.

3.3. Al otearse el objeto del contrato denominado “*Encargo Fiduciario de Vinculación al fideicomiso Torre Humanitas P.H.*”, se observa que, en efecto, las partes demandantes negociaron la compra del apartamento 1203 y parqueadero 47, con su respectivo cuarto útil, bajo la denominación “integrado”, los cuales forman parte integrante del Edificio Torre Humanitas P.H., situado en el Municipio de Itagüí en la Calle 39 # 49-49, cuyo precio se pactó en la suma de **\$162.565.065** y, que se obligaron a pagar, de acuerdo al siguiente plan de pagos, inicialmente \$48.900.000, así:

I. PLAN DE PAGOS:

EL CONSTITUYENTE Y BENEFICIARIO DE ÁREA se obliga irrevocablemente a entregar a la FIDUCIARIA la siguiente suma de dinero (valor total del negocio) Cuarenta y dos millones quinientos sesenta y cinco mil Cero Dólares y cinco pesos mil - - - - - (\$162.565.065 =) IC
que pagará así:

A. Dinero en efectivo o cheque: <u>Cuarenta y ocho millones novecientos Pesos mil</u> - - - - - (\$48.900.000) en las siguientes fechas previstas:				
Pago número	Valor (\$)	Fecha de Pago		
		Día	Mes	Año
1.	\$ 2'000.000	A la	Firma del presente	Encargo
2.	\$ 2'690.000	30	10	2014
3.	\$ 2'690.000	30	11	2014
4.	\$ 20.000.000	30	12	2014
5.	\$ 2'690.000	30	1	2015
6.	\$ 2'690.000	30	2	2015

7.	\$ 2.690.000	30	3	2015
8.	\$ 2.690.000	30	4	2015
9.	\$ 2.690.000	30	5	2015
10.	\$ 2.690.000	30	6	2015
11.	\$ 2.690.000	30	7	2015
12.	\$ 2.690.000	30	8	2015
13.				
14.				
15.				
16.				
17.				
18.				

3.4. Seguidamente se indicó que el saldo restante por valor de **\$113.665.065** se cubriría de la siguiente manera:

C. CON EL PRODUCTO DE UN CRÉDITO OTORGADO POR UNA ENTIDAD FINANCIERA AL BENEFICIARIO DE ÁREA: La suma de: once trece mil no sesenta y cinco mil (vea doce mil y cinco pesos mil - - - \$113.665.065 =) que se pagará en la forma que se indica más adelante.
Sobre esta suma el BENEFICIARIO DE ÁREA reconocerá y pagará, a partir de la fecha de la entrega material del (de los) inmueble(s), intereses mensuales anticipados liquidados a la tasa del 1.2% mensual, hasta que dicho saldo sea efectivamente pagado o subrogado.

3.5. Contractualmente, lo que se pudo averiguar en el proceso, es que los aquí demandantes beneficiarios de área, aunque en fechas disímiles a las establecidas en el plan de pagos, según se observa en las consignaciones realizadas al fondo de encargo de vinculación (cfr. pdf. 46) cumplieron con sus obligaciones y, llegado el 13 de abril de 2016, se firmó la siguiente adenda debido a la iniciativa unilateral del fideicomitente para pedir a la autoridad urbanística la modificación de la licencia inicialmente autorizada, para pasar de 14 a 25 pisos, de 54 a 76 apartamentos y de 77 ahora a 100 parqueaderos, lo cual, hizo necesario modificar el “...Encargo Fiduciario de Vinculación al Fideicomiso “Torre Humanitas P.H.”. (cfr. pdf. 04 fl. 74)

3.6. Lo que importa destacar entonces es que el apartamento de los beneficiarios de área quedó identificado así:

14

TIPO DE INMUEBLE	NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN (NOMENCLATURA)	OBSERVACIONES
Apartamento <u>X</u>		
Local <u>NA</u>	1203	
Oficina <u>NA</u>		
Parqueadero	52	
Cuarto Útil	Integrado	

3.7. De igual forma, se modificó el plan de pagos, debido a que el precio sufrió un leve aumento de \$162.565.065 ahora varió a **\$164.813.112**, de los cuales se tuvieron \$161.513.112 como “entregados a la firma del presente documento” y \$3.300.000 para pagar ese mismo 13 de abril de 2016:

TERCERO: Se modifica el Parágrafo de la CLAUSULA PRIMERA, así:

I. PLAN DE PAGOS:

EL CONSTITUYENTE Y BENEFICIARIO DE ÁREA se obliga irrevocablemente a entregar a la FIDUCIARIA la siguiente suma de dinero (valor total del negocio): Ciento sesenta y cuatro millones ochocientos trece mil ciento doce pesos m/c - - - - - (\$164.813.112 = - - - - -) que pagará así:

A. Dinero en efectivo o cheque: <u>Ciento sesenta y cuatro millones ochocientos trece mil</u> (<u>\$164.813.112 =</u>) en las siguientes fechas previstas: <u>Ciento doce pesos m/c - - - - -</u>				
Pago número	Valor (\$)	Fecha de Pago		
		Día	Mes	Año
1.	<u>\$ 161.513.112 =</u> -	Entregados a la Firma del Presente Documento		
2.	<u>\$ 3.300.000 =</u> -	<u>13</u>	<u>4</u>	<u>2016</u> -
3.				

3.8. Frente a la obtención de un crédito se indicó que no aplicaba:

C. CON EL PRODUCTO DE UN CRÉDITO OTORGADO POR UNA ENTIDAD FINANCIERA AL BENEFICIARIO DE ÁREA: La suma de: NA -
NA - (\$ - - - - -) que se pagará en la forma que se indica más adelante.
Sobre esta suma el BENEFICIARIO DE ÁREA reconocerá y pagará, a partir de la fecha de la entrega material del (de los) inmueble(s), intereses mensuales anticipados liquidados a la tasa del 1.2% mensual, hasta que dicho saldo sea efectivamente pagado o subrogado.

3.9. Culminó el otro sí convenido señalando:

QUINTO: Salvo las modificaciones consignadas en el presente Otrosí, conservan plena validez las estipulaciones contenidas en el Encargo Fiduciario para Vinculación al Fideicomiso Torre Humanitas suscrito por las partes.
Para constancia de lo anterior, firman en Medellín en 2 ejemplares con igual tenor y contenido a los 13 - días del mes de Abril de 2016 -

4. Cómo entonces atender lo señalado por la sociedad recurrente, sobre el no pago oportuno del precio, siendo que las partes fueron modificando por escrito el valor y fecha de pago de las prestaciones y, ambos han entendido que se trató de un solo negocio jurídico con pequeñas modificaciones en cuanto al objeto, el plazo para entregar la obra y el plazo para el pago del precio, todo lo cual se hizo a partir de la autonomía de la voluntad contractual, como principio básico del derecho contractual, que se traduce en la facultad

que tienen las personas de regular libremente sus intereses, de manera que, si en este caso las partes han tomado como un solo negocio todo lo que se acordó desde el 06 de octubre de 2014 hasta el 13 de abril de 2016, en donde, entre otras prestaciones, se modificó el precio y se tuvo por saldado el valor del inmueble a la firma del documento, no hay por qué desconocer ese querer.

4.1. Sin duda, el principio de la buena fe cobra especial relevancia en el ámbito comercial, pues de su plena observancia depende en gran medida la seguridad en materia contractual, campo en el que se aplica con la misma intensidad y rige en todas las fases del negocio jurídico, no solo en su ejecución sino también en su etapa previa, incluso en el periodo post-contratual. De este modo, es completamente exigible un comportamiento del beneficiario y propietario del proyecto inmobiliario PI Humanitas S.A.S., **consecuente y no contradictorio**, pues, una vez esta entidad empresarial recibió y computó las cuotas que alcanzaron a completar el total del precio del inmueble convenido con los beneficiarios de área, hasta abril de 2016, mal podía argüir que no se cubrieron las cuotas en las fechas pactadas en el encargo fiduciario, pues en esas condiciones fueron recibidas sin inconveniente alguno durante la ejecución de la obra, lo que impone dar aplicación al principio del respeto por el acto propio para la preservación del negocio jurídico, condensado en la regla *“venire contra pactum proprium nellí conceditur”*, principio que protege la confianza legítima como manifestación y/o derivación del principio de la buena fe en materia contractual.

4.2. En este sentido, la corte Suprema de Justicia ha expresado:

*Esa teoría ha sido denominada por la jurisprudencia constitucional como «el respeto al acto propio» y «tiene origen en el brocardo “Venire contra pactum proprium nellí conceditur” y, **su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada.** Esta «buena fe» quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.*

16

*El tratadista y Magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Díaz Picazo enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, **impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice “no se puede ir contra los actos propios”.***

Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, **dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorios respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho»** (C.C. T-295 de 1999).

De manera más reciente, el alto Tribunal, expuso que el anotado axioma, está cimentado en el principio de la «buena fe» y constituye (...) un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, **que orienta las relaciones entre particulares y entre éstos y la administración, buscando que se desarrollen en términos de confianza y estabilidad. El principio de buena fe puede entenderse como un mandato de “honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña la palabra comprometida (...) permite a las partes presumir la seriedad en los actos de los demás, dota de (...) estabilidad al tránsito jurídico y obliga a las autoridades a mantener cierto grado de coherencia en su proceder a través del tiempo”.**

En concordancia con lo anterior, la buena fe tiene como objetivo erradicar actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades públicas pues pretende “que las actuaciones del Estado y **los particulares se ciñan a un considerable nivel de certeza y previsibilidad, en lugar de dirigirse por impulsos caprichosos, arbitrarios e intempestivos.**” Sobre este último aspecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que dicho principio rige todas las actuaciones y procedimientos de las entidades públicas, toda vez que uno de sus fines es “garantizar que las expectativas que legalmente le surgen al particular se concreten de manera efectiva y adecuada”.

(...)

En suma, **para la Corte la confianza legítima protege las razones objetivas con las que cuenta un ciudadano que le permiten inferir la consolidación de un derecho que no ha adquirido** (...) (C.C. T-453 de 2018)³.

17

4.3. En sana lógica, como consecuencia del otro sí, lo cierto es que ya la fideicomitente PI Humanistas S.A.S. había reconocido y aceptado que el beneficiario de área canceló la suma final pactada como precio del inmueble, en orden a lo cual, dentro de la larga historia de negociaciones y pagos recibidos, se realizó también la entrega material al menos de la posesión

³ CSJ. STC12604-2022

sobre la unidad inmobiliaria en octubre 24 de 2015 (cfr. fl. 78 pdf. 04), por ello, se le enrostra ahora a la sociedad demandada un deber de coherencia con los actos previos, para llevar a feliz término la transferencia formal a que se obligó, según la cláusula tercera del encargo fiduciario (cfr. fl. 59 pdf. 04) y, además, como lo reconoce el mismo representante legal suplente, señor Rodrigo Londoño Pedraza, quien adujo que, desde la directiva se está haciendo todo lo posible para cumplirle no solo a los aquí demandantes, sino a los restantes beneficiarios de área vinculados al proyecto “...*nunca hablamos puntualmente de una persona, sino siempre planteamos como solucionar el problema de todo el mundo y eso es en lo que estamos y claramente nos reunimos constantemente, para poder buscar una solución, hemos tenido acercamientos con Bancolombia, constantemente, les hemos hecho diferentes propuestas y constantemente estamos tratando de negociar y también seguimos trabajando y para poder negociar con ellos no se ha podido, no hemos podido llegar a un acuerdo para que ellos puedan soltar esas prorratas para que la gente pueda tener su escritura...*” (fr. pdf. 40 mnto. 08:49).

4.4. Al pasar por este punto, debe indicarse que cae a descrédito el alegato de la sociedad recurrente, sobre que el pago a destiempo los puso en el camino del incumplimiento con el acreedor hipotecario del lote de mayor extensión, **en primer lugar**, porque fue el mismo representante legal suplente quien reconoció que el “...*proyecto tuvo unos problemas, el proyecto constituía un tema de apartamentos y un tema de locales, algunos locales no se pudieron vender, por lo cual no se pudo pues pagar una parte, pero como te digo uno de los temas primero era que uno de los socios era una constructora bastante grande y tuvo problemas en otro proyecto y tuvieron como un embargo y parte de ese embargo como socio se fue pal (sic) proyecto Torre Humanitas y entonces Bancolombia lo que hace y repito, puedo estar equivocado, es lo que yo entiendo, por lo que he oído, pero puedo estar equivocado, pues ellos hicieron un embargo completo y por eso no suelta las prorratas de los apartamentos porque en teoría queda descubierto...*” (cfr. mnto 6:13 pdf. 40). Ahí quedó confesado por la sociedad demandada que sólo ellos fueron los culpables del incumplimiento a Bancolombia como acreedor hipotecario en mayor extensión y por eso no puede trasladarse a la parte demandante ninguna causalidad sobre el

incumplimiento del constructor demandado.

4.5. De otro lado, si de algún modo observó la sociedad beneficiaria o fideicomitente que se incumplió con la cláusula que regulaba el plan de pagos, por qué no hizo uso de la cláusula contenida en el literal b numeral 6., que contemplaba el evento de no obtención del producto de crédito por parte del beneficiario de área (cfr. fl. 59 pdf. 04)

- b. **No solicitud de crédito.** Transcurrido el plazo sin hacer la solicitud de crédito en la debida forma, el **BENEFICIARIO** podrá cobrar al **BENEFICIARIO DE ÁREA**, a partir de la fecha en que de acuerdo con lo previsto en la cláusula cuarta del encargo se entienda(n) entregado(s) el (los) inmueble(s), intereses mensuales liquidados a la tasa comercial de mora más alta permitida por la ley sobre la suma descrita en el literal C). o podrá interpretar esta conducta omisiva como un Desistimiento, dando así lugar a dar por resuelto inmediata y unilateralmente el presente contrato y consecuentemente, disolver el vínculo contractual derivado del mismo, sin necesidad de declaración judicial o arbitral alguna. **ALIANZA**, dentro de los cinco (05) días siguientes al recibo de la instrucción que en tal sentido le imparta por escrito el **BENEFICIARIO**, procederá a devolver, sin intereses de ninguna clase, con cargo a los recursos existentes en el **FIDEICOMISO** y hasta concurrencia de los mismos, las sumas recibidas como anticipo a cuenta de este negocio, deduciendo la suma pactada como cláusula penal en la cláusula décima de este contrato; en este mismo evento, si ya se hubiere hecho entrega material de el(los) inmueble(s) al **BENEFICIARIO DE ÁREA**, éste deberá haberlo(s) restituido con anterioridad al reembolso por parte de **ALIANZA** 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 del **BENEFICIARIO**.

4.6. En contrario, las partes contractuales persistieron en su finalidad, con independencia de lo pactado formalmente en el encargo fiduciario, debido a que la actuación precedente se dirigió a dar por cumplidas la totalidad de las prestaciones a que se obligaron, de manera que, se itera, si los pagos se hicieron por fuera del periodo estipulado, pero así venían siendo cubiertos y recibidos durante toda la ejecución del proyecto inmobiliario, al punto de entregarle materialmente la posesión de la respectiva unidad inmobiliaria resultante del mismo, en un marco de confianza mutua, no resulta legítimo que ahora esa conducta sea traída al pleito para sostener que fue ese pago fraccionado el que conllevó a que la obligación hipotecaria en la mayor extensión no pudiera ser atendida, más aún, si como se vio, el incumplimiento demostrado es de la misma constructora que se queja del inconveniente financiero ocasionado por los mismos socios encargados del proyecto, conducta irresponsable que más bien revela una falta de previsión, un presupuesto mal concebido para contemplar los imprevistos, circunstancia que, por el lado que se le mire, no conlleva ningún incumplimiento contractual de cargas u obligaciones de los aquí demandantes, como bien lo entendió el funcionario de primer grado.

5. Sobre la generación del perjuicio moral derivado de la falta de escrituración del inmueble a los beneficiarios de área. Alega la sociedad recurrente que por los demandantes hasta ahora no haber obtenido el título de propietario no hace menos el derecho material de posesión que tienen, lo que impide la generación de perjuicio moral alguno y tampoco se indicó en qué consistía ese perjuicio desde lo subjetivo y objetivo.

5.1. Al respecto, se memora que si bien durante vario tiempo en los estrados judiciales del país, se sostuvo que el daño moral derivado del incumplimiento contractual era excepcional por tener ribetes eminentemente patrimoniales, salvo casos excepcionales como el contrato de transporte o el de prestación de servicios médicos, sin embargo, la Honorable Corte Suprema de Justicia avanzó en el tema, para advertir, entre otras cosas, que *“...no es la fuente de la que emana la responsabilidad (contractual o extracontractual) el criterio que permite otorgar el pago de la indemnización integral del perjuicio, dado que no existe una necesaria correlación entre la patrimonialidad de la prestación y la naturaleza del daño.*

Por el contrario, es la comprobación de un daño a la persona lo que da lugar al resarcimiento no patrimonial, con independencia de si tuvo o no su origen en un convenio que en principio pudo perseguir un beneficio netamente económico.

“Con estos lineamientos –tiene dicho esta Sala– la naturaleza patrimonial o no patrimonial del interés afectado, no determina de suyo la naturaleza del daño, ‘porque consecuencias de naturaleza económica, y por lo tanto un daño patrimonial puede derivar, tanto de la lesión de un bien patrimonial, cuanto de la lesión de un bien de naturaleza no patrimonial (...)’.” (Sent. de 18 de septiembre de 2009). Por estas razones, nada se opone a que un incumplimiento contractual dé lugar al reconocimiento de una indemnización extrapatrimonial, a condición, claro está, de que un daño de esta especie se encuentre demostrado...”⁴

20

5.2. El Tribunal en nada modificará lo analizado por el juzgado sobre el punto, pues, evidentemente, la no celebración del acto escritural de transferencia para hacerse al dominio del inmueble al interior del proyecto inmobiliario, impide que ingrese al patrimonio de los compradores como un activo patrimonial seguro y sólido, pero no solo eso, sino que la actual situación

⁴ CSJ SC10297-2014 M. P. Ariel Salazar Ramírez

jurídica del mismo les genera un sentimiento de desasosiego y angustia por no ver realizados sus sueños de tener casa propia en la que invirtieron todos sus ahorros y esfuerzos de trabajo, puesto que a pesar de tener en sus manos la posesión material del inmueble, están en la penosa espera de la conducta que habrá de asumir la entidad financiera como acreedora hipotecaria, respecto de la efectividad de la garantía de mayor extensión, pues, en últimas, el inmueble se encuentra caucionando la hipoteca del crédito constructor, todo lo cual conlleva a que los derechos a la vivienda digna de los actores se vean envueltos por la incertidumbre, menoscabo susceptible de ser resarcido bajo este rubro.

5.3. A ello en modo alguno se opone la cláusula penal, porque es sabido que la jurisprudencia y la doctrina han decantado de antaño que otra función de la cláusula penal, aparte de la de asegurar el cumplimiento de la obligación, es la de valorar anticipadamente los perjuicios, razón por la que el legislador en el artículo 1600 del Código Civil, previó la incompatibilidad entre la pena y la indemnización de perjuicios, permitiendo, en consecuencia, el cobro de una de ellas pero no de ambas, a **menos que expresamente se haya pactado lo contrario**, lo que en este caso ocurrió, como se observa con una simple lectura del clausulado, donde entre líneas se lee “*por el pago de la pena no se extingue la obligación principal*” ... “*con el **cumplimiento** o la resolución, **tendrá derecho el contratante cumplido a pedir el pago de la pena y la indemnización de perjuicios pertinentes**, tal como lo permite el artículo 870 del código de comercio*”

CLAUSULA DÉCIMA. CLÁUSULA PENAL. El incumplimiento del **BENEFICIARIO** 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 que de acuerdo con el parágrafo de la cláusula primera se obliga a entregar el **BENEFICIARIO DE ÁREA** al **FIDEICOMISO**.

En el evento de incumplimiento de una parte, la otra deberá darle aviso por escrito para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes proceda a cumplir 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 no se extingue la obligación principal, la cual podrá ser exigida separadamente. El contratante que hubiere cumplido o se hubiere allanado a cumplir sus obligaciones, podrá demandar por la vía ejecutiva en caso de que el otro no cumpla o no se allane a cumplir lo que le corresponde, bien el cumplimiento del contrato o bien la resolución del mismo, sin perjuicio de lo establecido en la cláusula novena de este contrato para la mora del **BENEFICIARIO DE ÁREA**. En ambos casos, juntamente con el cumplimiento o la resolución, tendrá derecho el contratante cumplido a pedir el pago de la pena y la indemnización de los perjuicios pertinentes, tal como lo permite el artículo 870 del Código de Comercio.

5.4. Contrario a lo que indica el recurrente, en modo alguno puede adecuarse o reducirse la aplicación de la pena del 20% pactada, para hacerla equitativa y proporcional a la supuesta e inexistente levedad del incumplimiento de la

entidad empresarial demandada, quien indica que ha estado presta a cumplir y, argumentativamente, le traslada la no celebración del acto escritural de transferencia a la entidad bancaria acreedora hipotecaria, pero, como se vio, ello pronto lo desmiente lo declarado por el mismo representante legal, quien es claro en señalar que la actitud de la entidad bancaria, de no levantar a prorrata la hipoteca en relación con el inmueble objeto del litigio, hasta la completa extinción de la obligación, proviene del incumplimiento de su socio mayoritario, entonces, a más que no se observa en el plenario que la entidad demandada haya cumplido con la carga de la prueba para poder alegar una especie de fuerza mayor, puesto que no demostró que haya hecho petición alguna al banco para el *“levantamiento parcial de hipoteca”*, para hacer cumplir lo prescrito en el artículo 17 de la ley 675 de 2001 (Ley de propiedad horizontal), sin que se vea razonabilidad para justificar la reducción de la cláusula penal, excusándose en la circunstancia de una supuesta imposibilidad de cumplimiento –a manera de fuerza mayor-, porque a ello se opone el conocimiento y la previsibilidad de las consecuencias de no cumplir adecuadamente ante el acreedor hipotecario que antes se explicaba, además, por cuanto modificar por esta vía el monto de la cláusula, es tanto como permitirle a la parte beneficiarse de su propia culpa.

A la postre, la obligación a cumplir por las demandadas no es otra que la tradición del inmueble adquirido por los demandantes, sin que pueda admitirse que la entrega de la posesión sirva como parte del cumplimiento, pues ese mero hecho no resulta una verdadera garantía para los compradores, ya que el banco al tener la garantía hipotecaria podría ejercer la acción respectiva, con la consiguiente pérdida de los derechos sobre el inmueble por parte de los demandantes, razón por la cual, no se admite que los demandados hayan cumplido al menos en parte con su obligación de hacer a los compradores demandantes la tradición del inmueble adquirido y por eso se mantendrá la condena por el todo de la cláusula penal.

22

Tampoco debe soslayarse que fueron las mismas partes, quienes, **de manera libre y voluntaria** en la cláusula penal, valoraron de forma anticipada el monto de los perjuicios que en su momento les pudiera ocasionar el incumplimiento del contrato de encargo fiduciario, por ello, entrar a sopesarlo sin justificación jurídica alguna, constituiría una afrenta a la autonomía

privada que prima en la configuración de ese pacto accidental celebrado por las partes, quienes, se itera, entendieron que ese monto equivalente al 20%, era proporcionado frente a lo que fue al contrato que sirvió de referente, sin establecer matices valuatorios del *quantum*, según la medida del incumplimiento de su contraparte, que, como ya se dijo, realmente no ha cumplido con hacer la tradición del inmueble y sin que la entrega de la mera posesión pueda dar pábulos a un cumplimiento parcial que justifique reducir la condena por la cláusula penal.

5.5. Además de lo anterior, frente a los perjuicios del orden subjetivo o inmaterial, debe precisarse que estos son del arbitrio judicial, lo que conlleva a que sea el juez quien sopesa en cada caso en particular el monto de dichos perjuicios que **no se entienden incluidos en la penalidad**, para el efecto, dicho sea al pasar, también se estima acertada la valoración, metodología y analogía que realizó el juez *a quo*, que lo movió a conceder la suma equivalente a 3 smlmv, considerándose entonces también razonable ese monto para atemperar el perjuicio padecido.

6. Las costas de segunda instancia quedarán a cargo de la sociedad recurrente PI Humanitas S.A.S. En su momento procesal, se fijarán en esta instancia las respectivas agencias en derecho por el Magistrado Sustanciador.

Sin necesidad de más consideraciones, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, el pasado 01 de noviembre de 2022, al interior de la presente causa contractual, de conformidad con las consideraciones en que está sustentada la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas por el trámite de segunda instancia a la sociedad recurrente, en favor de la parte demandante. Para el efecto, en su

momento procesal se fijarán las respectivas agencias en derecho por el magistrado sustanciador.

TERCERO: Cumplida la ritualidad secretarial de rigor, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE


JULIÁN VALENCIA CASTAÑO
Magistrado


PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
Magistrada


JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
Magistrado