El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: CUMPLIMIENTO CONTRATO DE PROMESA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / EXAMEN OFICIOSO / OBLIGACIONES / CELEBRAR EL CONTRATO PROMETIDO / REQUISITOS / CUMPLIR OTRAS OBLIGACIONES PACTADAS / CLÁUSULA PENAL / REGULACIÓN LEGAL.**

No incurre en incongruencia el juez que, de manera oficiosa, examina en la sentencia la legitimación en la causa de las partes, y los presupuestos de procedencia de la acción ejercida. (…)

No amerita duda que la principal obligación que emana de un contrato de promesa de compraventa es la de celebrar el contrato prometido (obligación de hacer). Ello al margen que, por disposición particular de las partes, terminen incluyendo en el contrato preparatorio, prestación que son propias del negocio futuro como, por ejemplo, el pago del precio.

Son presupuestos para su prosperidad: la existencia del contrato válido, el incumplimiento de las obligaciones a cargo del demandado, y el cumplimiento del demandado o estar presto a cumplirlas.

… no acertó la primera instancia al concluir la falta de legitimación en la causa por pasiva de la fiduciaria, ni al señalar que C. S.A.S. no era contratante incumplido. También al negar al actor, su condición de contratante cumplido, legitimado para exigir el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

… conforme al artículo 1594 del C. C., antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**DISTRITO DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**

Magistrado sustanciador: **Carlos Mauricio García Barajas**

**Sentencia SC-0029-2023**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Radicación | | 66001310300220190003801 |
| Origen  Asunto | | Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira  Sentencia de segunda instancia |
| Tipo de proceso | | Declarativo – Cumplimiento de contrato de promesa |
| Demandante | | JPRL |
| Demandado | | C. S.A.S. y otros |
| Temas | | Ejecución de contrato de promesa de compraventa. Legitimación. Obligación principal. Deudor en reorganización. Clausula penal. |
| Acta número | | 301 de 21/06/2023 |
|  | |  | | |

**Pereira, veintiuno (21) de junio de dos mil veintitrés (2023)**

**Objeto de la providencia.**

Resolver la apelación propuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 23 de octubre de 2020, que negó las pretensiones de la demanda dentro del asunto arriba referido.

**La demanda[[1]](#footnote-1)**

**Objeto**: se ordene a los demandados C. S.A.S. y a FB S.A., quien actúa como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo TPR ETAPA II, el cumplimiento del contrato de promesa en los términos del artículo 1546 del C. C., disponiendo el otorgamiento de la escritura pública de compraventa del inmueble, completamente saneado y libre de gravámenes. Además, que se condene a C. S.A.S. a pagar la cláusula penal pactada, debidamente indexada.

**Causa fáctica**: El demandante y la demandada C. S.A.S., celebraron contrato de promesa de compraventa el 22 de abril de 2016, sobre el apartamento 805 de la torre 2 del fideicomiso P.A. T ETAPA II, y el parqueadero cubierto NO. 132 S-1. El bien aparece debidamente alinderado en el contrato y la demanda.

La totalidad del valor del precio acordado se pagó por el promitente comprador. Sin embargo, la promitente vendedora ha reiterado el incumplimiento de la obligación de otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa, y nunca informó, ni en forma verbal ni por escrito, o a través de algún requerimiento o llamada telefónica, para que compareciera a la notaría a la firma de la escritura, tal y como se pactó en el contrato.

En el contrato de promesa se estipuló clausula penal en caso de incumplimiento de las obligaciones de los contratantes, que no extingue la obligación principal.

C. S.A.S. celebró con la FB S.A., contrato de fiducia mercantil que dio lugar al fideicomiso P.A. T Etapa II. De acuerdo con lo establecido en la promesa y en el contrato fiduciario, el patrimonio autónomo será quien trasfiera al promitente comprador la unidad inmobiliaria objeto de la promesa, sin perjuicio de que aquella también deba comparecer a la firma de la escritura por ser suya la obligación de saneamiento.

Admitida la demanda[[2]](#footnote-2) y notificadas las demandadas, guardaron silencio.

**Sentencia[[3]](#footnote-3)**

Negó las pretensiones de la demanda. Tras entender que en realidad se pretende es el cumplimiento y no la resolución de la promesa, examinó la legitimación en la causa concluyendo que la Fiduciaria no lo está, al no ser parte del contrato de promesa de compraventa. Su débito emana del contrato de fiducia, no del de promesa, pero el actor no suscribió aquel contrato.

Luego encontró demostrada la existencia de un contrato bilateral válido, pero no del incumplimiento grave de obligación principal por el demandado. Ello por cuanto, por la configuración del contrato, la obligación de trasferir el dominio no quedó en cabeza del promitente vendedor sino del patrimonio autónomo, luego no le correspondía a C. S.A.S. el otorgamiento de la escritura de venta echada de menos, luego la inobservancia de ese deber no la constituye contratante incumplida.

Agregó, a modo subsidiario, que el promotor de la causa tampoco acudió en la fecha, hora y lugar señalado para suscribir la escritura de venta, de modo que no quedó evidencia de la incomparecencia de la demandada a esa misma cita.

**Apelación**

La demandante presentó los reparos en primera instancia[[4]](#footnote-4), que reiteró ante esta sede[[5]](#footnote-5). En lo principal, su inconformidad se sintetiza en una (i) supuesta incongruencia de la sentencia[[6]](#footnote-6), (ii) indebido entendimiento de la promesa de compraventa[[7]](#footnote-7) y (iii) desconocimiento de la promesa y de los hechos probados[[8]](#footnote-8).

La parte no recurrente guardó silencio.

**Consideraciones**

**1.** Se encuentran reunidos los presupuestos procesales para proferir decisión de fondo, y no se observa alguna irregularidad que genere la nulidad de lo actuado. Además, la Sala es competente para decidir, al actuar como superior jerárquico de la jueza de primera instancia (art. 31-1 del C.G.P.).

Para resolver la alzada circunscribe esta instancia su actuación a los reparos concretos señalados por el recurrente, debidamente sustentados en esta instancia, conforme lo mandan los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso.

**2. Problemas jurídicos**

¿Incurre en incongruencia el juez que, de manera oficiosa, en la sentencia examina la legitimación en la causa de las partes, y los presupuestos de procedencia de la acción ejercida?

¿Está legitimado el promitente comprador para exigir el otorgamiento de la escritura pública a su favor, a cargo de la vocera del patrimonio autónomo constituido para el desarrollo del proceso de construcción, cuando no suscribió ese contrato de fiducia, pero si aparece pactada allí esa obligación a su favor?

¿Deja de ser obligación del promitente vendedor la celebración del contrato prometido, porque estructura el proyecto de construcción a través del negocio fiduciario, y se asigna al patrimonio autónomo la suscripción de la respectiva escritura de venta?

**3. Tesis de esta decisión**

No incurre en incongruencia el juez que, de manera oficiosa, examina en la sentencia la legitimación en la causa de las partes, y los presupuestos de procedencia de la acción ejercida.

Sí está legitimado el promitente comprador para exigir el otorgamiento de la escritura pública a su favor, a cargo de la vocera del patrimonio autónomo constituido para el desarrollo del proceso de construcción del inmueble objeto del contrato, porque aun cuando no suscribió ese contrato de fiducia, allí sí se pactó esa obligación a su favor.

Sigue siendo obligación del promitente vendedor la celebración del contrato prometido, aun cuando para su cumplimiento estructure el proyecto de construcción a través de un negocio fiduciario, y se asigne al patrimonio autónomo que el mismo constituye, la suscripción de la respectiva escritura de venta.

**4. La acción ejercida y la legitimación en la causa**

Acertó el juzgador de primer grado al precisar que, si bien la demanda fue vacilante al respecto, lo pretendido fue el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por C. S.A.S. en el contrato de promesa de compraventa que celebró con el demandante, y no la resolución de ese convenio por incumplimiento.

Se apoya en el artículo 1546 del C. C., o el 870 del C. Co., siendo necesario señalar que la resolución del contrato puede pedirla el contratante cumplido o que estuvo presto a cumplir, o que no lo hizo justificado en la omisión previa del otro contratante respecto de una prestación que debió acatar de forma previa; pero “si de demandar la consumación del pacto se trata，solo podrá hacerlo el negociante puntual con independencia de que el otro extremo del pacto haya atendido o no sus compromisos, aun en el supuesto de que estos fueran anteriores” (CSJ, sentencia SC4801-2020. En igual sentido sentencia SC2307－2018).

Se advierte, además, que la revisión de la legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva, es un análisis que debe realizar de manera obligatoria y oficiosa el juzgador, tanto de primera como de segunda instancia, sin que por abordar el mismo pueda ser catalogado de incongruente. Así lo ha señalado con insistencia la Corte Suprema de Justicia[[9]](#footnote-9).

En el caso es un hecho pacífico la existencia del **contrato de promesa** celebrado entre demandante y C. S.A.S., que se pactó por escrito que fue adosado a la demanda[[10]](#footnote-10). Su validez nadie la ha puesto en duda. El contrato prometido (compraventa) se determinó de tal forma (precio y cosa), que para perfeccionarlo solo falta cumplir con las formalidades legales (escritura pública e inscripción en el registro de instrumentos públicos), y se incluyó un plazo que fija la época en que había de celebrarse el contrato prometido.

Sobre esto último (época para celebrar el contrato prometido), de todo el contenido de la cláusula décimo primera de la promesa se infiere que la escritura pública de compraventa sería otorgada el segundo semestre de 2017, entre el 30-06-2017 a las 2 pm, y máximo el 30-12-2017 a la misma hora, en la Notaría Quinta de esta ciudad. La comunicación previa a cargo del promitente vendedor que allí se estableció, tendría por objeto determinar la fecha exacta dentro de esa época. El parágrafo 5 de la misma cláusula permite ratificar esa época, y la función del aviso como forma de materializar el contrato antes de su finalización (anticipada). Se trata esta, de una interpretación que prefiere dar eficacia a una cláusula, en lugar de optar por otra en que ella “*no sea capaz de producir efecto alguno*”, como sería señalar que la época quedó indeterminada, o al mero arbitrio del promitente vendedor (Art. 1620 C.C.)[[11]](#footnote-11).

Estando entonces establecida la existencia de un contrato válido que liga a los contratantes (promesa de compraventa), se procede “a escudriñar si su conducta contractual – la del demandante – evidencia que puede beneficiarse de la facultad para pedir la resolución del contrato o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios, porque tal derecho le asiste únicamente a quien ha cumplido o se ha allanado a hacerlo” (SC, 16 jun. 2006, exp. n.° 7786, citada en CSJ, sentencia SC1641-2022).

Y en esa labor, concluye la Sala que el demandante sí está legitimado en la causa por activa para demandar de C. S.A.S. el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de promesa. Ello por cuanto cumplió la obligación de pagar el precio pactado en el contrato preparatorio, hecho pacífico que se tuvo como confesado por inexistencia de contestación de la demanda, y como probado en la fijación del litigio. Además, estuvo presto a cumplir con su comparecencia a la notaría para la firma de la escritura pública, situación fáctica que se infiere del hecho 16 de la demanda, que debe tenerse como cierto porque, se reitera, la demandada no se pronunció frente a ella, ni justificó su inasistencia a absolver interrogatorio de parte.

En todo caso, si se concluyera que es contratante incumplido por no asistir a la notaría, lo cierto es que se trataría de una falta contractual de carácter insustancial, por cuanto la parte contraria, aun cuando hubiera asistido, tampoco estaba en condiciones de otorgar la escritura pública de compraventa en los términos en los que estaba obligada. Se afirma lo anterior porque, resulta pacífico que así lo hizo ver la representante legal de la fiduciaria en su declaración de parte, aún está pendiente de pago el valor de la prorrata de la hipoteca existente sobre el predio de mayor extensión, situación en la cual no era viable otorgar la escritura pública sin detrimento de lo pactado en el parágrafo 1º de la cláusula 4ª del contrato de promesa.[[12]](#footnote-12)

La legitimación por pasiva de C. S.A.S. deriva del contrato de promesa de compraventa mismo, y de la condición de contratante incumplido que se le atribuye.

En lo que respecta a la FB S.A., vocera y administradora del patrimonio autónomo TPR Etapa II, se evidencia lo siguiente.

Con la demanda (página 119) se aportó copia de la Escritura Pública 7922 de 13 de noviembre de 2015, otorgada en la Notaría 5ª de Pereira. Ella contiene (i) desenglobe: del predio lote b (MI 290-200575) se obtuvieron dos predios, así: lote b y lote b – etapa 2; y (ii) constitución de **fiducia mercantil inmobiliaria de administración y pagos**.

En este negocio jurídico actúa como fideicomitente C. S.A.S., y su finalidad es la administración por la fiduciaria de los bienes fideicomitidos (lote b- etapa II) y la realización de pagos, en desarrollo del proyecto inmobiliario denominado TPR Etapa II.

Según se lee de los términos del contrato, el fideicomitente continúa con la tenencia del inmueble a título de comodato precario, y a cargo de la Fiduciaria, como vocera del fideicomiso, previa instrucción de fideicomitente, queda trasferir, una vez terminadas las obras del proyecto, las unidades inmobiliarias a los compradores, al fideicomitente o a terceros, de acuerdo a las instrucciones que se le impartan por escrito (literal d, numeral 6.5, artículo 6º). Similar obligación se estableció a cargo de la fiduciaria (numeral 4, artículo 9º), y al señalarse la responsabilidad del fideicomitente se indicó que, en la enajenación del inmueble, de las unidades inmobiliarias o de las áreas comunes del proyecto, según corresponda, la responsabilidad de la fiduciaria y el fideicomiso se encuentra limitada a la trasferencia jurídica de los mismos (numeral 1º, artículo 17º). También obra así en la definición de compradores (cláusula 1ª numeral 2º).

Entonces, aun cuando es claro que JPRL no suscribió el contrato de fiducia (no es sujeto celebrante, lo que no quiere decir necesariamente que carezca de legitimación), sí se estipularon allí prestaciones a su favor, en virtud de la inocultable relación existente entre el negocio fiduciario y el contrato de promesa de compraventa[[13]](#footnote-13): aquel fue el vehículo diseñado para ejecutar el proyecto de construcción el cual hace parte el inmueble prometido. Ve la Sala allí una estipulación a favor de un tercero (Art. 1506 C.C.), que se entiende aceptada en virtud de actuaciones de su parte que solo podrían ejercerse en virtud de lo allí acordado, como exigir de la Fiduciaria el otorgamiento de la escritura pública.

En tal virtud, sí estaba el comprador, acá demandante, legitimado para demandar de la Fiduciaria, con base en lo pactado en el contrato de fiducia a su favor; y esa institución financiera legitimada por pasiva al ser la llamada a la transferencia jurídica del bien inmueble a su favor, conforme a lo establecido en el contrato de fiducia del cual es parte. Distinto será determinar si, conforme a lo ocurrido en el caso, la Fiduciaria incumplió o no sus obligaciones.

Con el análisis elaborado hasta este momento se agotan, con éxito para el recurrente, sus reparos relacionados con la ausencia de legitimación en la causa de la FB S.A., vocera y administradora del patrimonio autónomo T Etapa II, y la calidad de contratante cumplido del demandante.

**5. Contrato de promesa. Obligación de celebrar el contrato prometido**

**5.1** No amerita duda que la principal obligación que emana de un contrato de promesa de compraventa es la de celebrar el contrato prometido (obligación de hacer). Ello al margen que, por disposición particular de las partes, terminen incluyendo en el contrato preparatorio, prestación que son propias del negocio futuro como, por ejemplo, el pago del precio.

Para la primera instancia, en el presente caso tal obligación no estaba en cabeza del promitente vendedor, C. S.A.S., sino de la Fiduciaria vocera del fideicomiso a través del cual se estructuró el proyecto de construcción. A juicio del recurrente, la obligación de concurrir a suscribir la escritura pública era de los dos, tanto del promitente vendedor como de la Fiduciaria.

Para esta instancia, el análisis del grado anterior no estuvo asistido de razón. Se explica.

De la lectura íntegra de la promesa de compraventa[[14]](#footnote-14) suscrita el 22 abril 2016, refulge con claridad que el promitente vendedor fue C. S.A.S., sociedad que prometió vender el inmueble objeto del contrato. Luego, la obligación principal recayó en su cabeza.

Distinto es que, para su cumplimiento, esto es, para transferir el dominio mediante el otorgamiento de la respectiva escritura pública de compraventa, se haya acudido a una estructura negocial a partir de la cual se estableció que esa escritura la suscribiría el patrimonio autónomo que la promitente vendedora constituyó (P.A. T ETAPA II) para desarrollar el proyecto de construcción de la segunda etapa del conjunto residencial, al cual trasfirió la propiedad del lote de terreno de mayor extensión, sin perjuicio de que como vendedor también debiera aparecer suscribiendo la escritura a efectos de obligarse al saneamiento del inmueble objeto del contrato, por evicción y vicios redhibitorios.

Así se lee en las consideraciones preliminares del contrato de promesa, y en las cláusulas primera, tercera y décimo primera. También queda claro de la lectura del contrato de fiducia, en especial de las cláusulas que define su objeto y el proyecto de construcción al que estaba vinculado.

Los parágrafos 1º y 2º de la cláusula 11º de la promesa reiteran que la obligación de hacer la escritura pública era del promitente vendedor. De igual forma, la cláusula 15º estableció que los gastos de escrituración corrían por partes iguales entre el promitente vendedor y el comprador, de donde se infiere nítidamente de quien era tal obligación.

A su vez quedó pactado que el único legitimado para recibir los pagos a cargo del promitente comprador era el mismo patrimonio autónomo.

Luego, surge necesario concluir de acuerdo a la forma como se interrelacionan los dos contratos analizados, que en cabeza de C. S.A.S. se radicó la obligación de celebrar el contrato prometido. Atendiendo la estructuración del proyecto de construcción, tal obligación iba a ser atendida a través de un patrimonio autónomo, el mismo que se constituyó para el desarrollo de las obras y a quien se transfirió el dominio del lote de mayor extensión.

Aunque no está pactado así de forma expresa, era de la naturaleza de la obligación del promitente vendedor (Art. 1603 CC), como además sí quedó establecido en el contrato de fiducia, instruir al patrimonio autónomo para el otorgamiento de la escritura pública que dé cumplimiento a su compromiso de trasferir la propiedad del bien prometido en venta, una vez se reunieran las circunstancias pactadas para ello.

En tales condiciones la obligación de la Fiduciaria, que se reduce a hacer la trasferencia jurídica del inmueble con la respectiva compraventa en documento público en calidad de vocera del patrimonio autónomo, solo se activaba ante la recepción de la instrucción por parte del fideicomitente C. S.A.S. Dicho en otras palabras, a juicio de la Sala mientras ello no ocurriera, mientras tales instrucciones no se recibieran por la institución financiera, no podría predicarse incumplimiento de su parte.

**5.2** Al descender al caso concreto, es pacífico que el contrato de compraventa (prometido) no se celebró. Es un hecho que se tuvo como probado en la fijación del litigio, y admitido en forma expresa por C. S.A.S. al alegar de conclusión en primera instancia, omisión que solo atinó a justificar en su condición económica de gravedad tal, que la llevó a iniciar trámite de insolvencia empresarial (reorganización).

Entonces, C. S.A.S. sí incumplió de forma grave y sustancial, el contrato de promesa de compraventa objeto de este proceso.

No así la FB S.A., vocera y administradora del P.A. T Etapa II, porque no se demostró que C. S.A.S. le hubiera instruido para otorgar la escritura de compraventa, y de manera injustificada se hubiera sustraído de su obligación. Antes bien, la representante legal de la entidad financiera negó la existencia de esas instrucciones, situación que, explicó, obedeció a la deficiente situación económica de la fideicomitente, que le impidió proceder al pago del valor necesaria para liberar la hipoteca de mayor extensión sobre el predio.

Prospera entonces el reparo segundo del apelante, en cuanto a la calidad de contratante incumplido de C. S.A.S., no en lo relacionado con el patrimonio autónomo, acá convocado por su vocera, frente a quien no se evidencia el incumplimiento denunciado.

**6. Recapitulación**

Se tiene entonces que no acertó la primera instancia al concluir la falta de legitimación en la causa por pasiva de la fiduciaria, ni al señalar que C. S.A.S. no era contratante incumplido. También al negar al actor, su condición de contratante cumplido, legitimado para exigir el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

Se acogen tales reparos y se continúa el análisis de los presupuestos necesarias para la prosperidad de la pretensión de cumplimiento y el pago de la cláusula penal reclamado.

Eso sí, debe quedar claro, la sentencia de primera instancia no incurrió en el vicio de la incongruencia. Tal y como ya se afirmó líneas arriba, el análisis de la legitimación en la causa se debe hacer de forma oficiosa, tanto en primera como en segunda instancia. Lo mismo sucede con los presupuestos sustanciales para la prosperidad de las pretensiones, sin que concluir en la inexistencia de alguno de ellos, así no haya sido alegado por el demandado, pueda dar lugar a que se califique la sentencia como ultra o extra petita, situación que solo se configurará si se termina acogiendo una excepción de fondo que exija alegación de parte, como lo son la prescripción extintiva, la nulidad relativa y la compensación.

Tampoco existió contradicción entre la sentencia y la fijación del litigio. Se afirma ello porque el hecho que se determinó como probado (que los demandados no han otorgado la escritura de compraventa), no fue desconocido. Lo que hizo el juzgador fue, conforme a su criterio jurídico, fijar el alcance de la obligación de cada uno de los demandados, de cara a los negocios jurídicos celebrados entre las partes.

**7. Pretensión de cumplimiento del contrato de promesa**

Son presupuestos para su prosperidad: la existencia del contrato válido, el incumplimiento de las obligaciones a cargo del demandado, y el cumplimiento del demandado o estar presto a cumplirlas.

Acá ya quedó establecida la existencia del contrato bilateral válido, y las calidades de demandante cumplido o presto a cumplir, y la de demandado – C. S.A.S.- incumplido. Sobre el punto no es necesario volver.

La obligación incumplida, y cuyo cumplimiento se reclama, es básicamente la celebración del contrato prometido (que, para el caso, se debe hacer remitiendo la respectiva instrucción a la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo, para que esta prepare y suscriba la escritura pública), lo que debe hacerse libre de toda clase de gravámenes y contribuciones al momento de la firma de aquel instrumento (cláusula 13ª).

Reunidas las exigencias para la prosperidad de lo suplicado, a ello debe accederse, sin que sea razón para negarlo el estar la demandada C. S.A.S. en trámite de reorganización. Tal y como lo decidió el juzgado en primera instancia, en auto de fecha 11/02/2020 (página 291 archivo 002CuadernoPrincipal), no era procedente la remisión de este asunto al juez de la insolvencia, por no tratarse de un proceso de ejecución. Por la misma razón, en auto de fecha 23/08/2021, ya adoptado en esta instancia (archivo 22 cuaderno segunda instancia), se negó la petición de remisión del proceso al trámite de toma de posesión con fines de administración de los negocios, bienes y haberes de la sociedad intervenida, ordenada por la Alcaldía de Pereira.

Eso sí, para el cumplimiento de esta sentencia deberá atenderse el contenido del artículo 25 de la Ley 1116 de 2006.

**8. Cláusula penal**

A la pretensión anterior se acumuló la de condenar a C. S.A.S., al pago de la cláusula penal pactada en el contrato incumplido.

Revisado el contrato de promesa de compraventa, se encuentra que en su cláusula 10ª se estableció por los contratantes una cláusula penal equivalente al 30% valor de la compra, que es la que acá se reclama. Ella resulta imponible a la parte que no cumpla alguna de sus obligaciones, total o parcialmente, salvo que sea incumplimiento del promitente vendedor por fuerza mayor o caso fortuito, pues a ese contratante solo se le podrá cuando el incumplimiento se deba a su negligencia, que debe ser probada.

Pues bien, conforme al artículo 1594 del C. C., antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

De la citada disposición emerge la existencia de dos modalidades de cláusula penal: (i) la **compensatoria,** contenida en la primera parte de la norma, que solo es exigible una vez constituido en mora el deudor y ante el incumplimiento de la obligación principal, sin que pueda exigirse junto con ella, además, se presume; y (ii) la **moratoria** o por el mero retardo, que sí es posible exigirla junto con el cumplimiento de la obligación principal, pero requiere pacto expreso de las partes del cual pueda inferirse que esa fue la modalidad pactada, esto es, por ejemplo, darle el calificativo de cláusula penal por el mero retardo o moratoria, o establecer en forma diáfana que se puede cobrar o exigir, incluso junto con la obligación principal.

En suma, la ley presume que la cláusula penal tiene naturaleza meramente compensatoria, y ella se exige en lugar del cumplimiento de la obligación principal. En esa modalidad, “*riñe la acumulación de la obligación principal con la pena*”[[15]](#footnote-15).

Revisada la cláusula penal del caso, la décima[[16]](#footnote-16), en ella no emerge un pacto expreso de los contratantes que indique que se trata de una pena moratoria o por el mero retardo, no existe en su texto alguna frase, ni su redacción permite inferir, que puede cobrarse tanto la pena como la obligación principal. En esas condiciones, debe concluirse que se trató de una cláusula penal compensatoria.

En esas condiciones, y como quiera que el promitente comprador demandante optó por el cumplimiento del contrato, en lugar de su resolución, no es exigible la cláusula penal compensatoria pactada. Por ello, no se accederá a esta pretensión de condena.

**9. Costas**

Las costas en ambas instancias correrán a cargo de C. S.A.S., y a favor de la parte demandante (Art. 365-1 y 4 C.G.P.), en un 80% ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda.

En sentido contrario, las costas de primera instancia se establecerán a cargo del demandante y a favor de la FB S.A., vocera y administradora del P.A. T Etapa II.

Las agencias en derecho de esta instancia se señalarán en auto posterior. Se liquidarán de manera concentrada en el juzgado de primera instancia.

**10. Resumen**

Se revocará la sentencia apelada. En su lugar, se accederá parcialmente a las pretensiones de condena en contra de la sociedad demandada C. S.A.S., en los términos del artículo 25 de la Ley 1116 de 2006.

Se absolverá a la FB S.A., vocera y administradora del P.A. T Etapa II.

Se condenará en costas en la forma que acaba de explicarse.

**Decisión**.

De conformidad a lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la república de Colombia,

**Resuelve**

Revocar la sentencia proferida el 23 de octubre de 2020, dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, que negó lo pedido. En su lugar se dispone:

**Primero:** Declarar que la Sociedad C. S.A.S., incumplió las obligaciones derivadas del contrato de promesa de compraventa objeto de este proceso, a favor de JPRL.

**Segundo**: Como consecuencia de lo anterior, se condena a C. S.A.S., al cumplimiento del contrato de promesa de compraventa celebrado con el demandante el 22 de abril de 2016, sobre el apartamento 805 de la torre 2 del fideicomiso P.A. T ETAPA II, y el parqueadero cubierto NO. 132 S-1, predios que aparecen debidamente alinderados en el contrato y la demanda.

Para el efecto deberá proceder al otorgamiento de la respectiva escritura pública de compraventa, en la forma pactada allí y en el contrato de fiducia celebrado en la Escritura Pública 1931 de 16 de septiembre de 2014, debiendo estar el inmueble completamente saneado y libre de gravámenes a la propiedad.

Parágrafo: El cumplimiento de la sentencia deberá realizarse en los términos del artículo 25 de la Ley 1116 de 2006.

**Tercero:** Se niegan las demás pretensiones de la demanda frente a C. S.A.S.

**Cuarto**: Frente a la FB S.A., vocera y administradora del P.A. T Etapa II, se niegan las pretensiones de la demanda.

**Quinto**: Se condena en costas en ambas instancias a la demandada C. S.A.S., y a favor de la parte demandante (Art. 365-1 y 4 C.G.P.), en una proporción del 80%.

Se condena en costas de primera instancia a favor de la FB S.A., vocera y administradora del P.A. T Etapa II, a cargo del demandante.

**Sexto:** Ejecutoriada la decisión, remítase el expediente a su lugar de origen.

Notifíquese y cúmplase

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Ausente con causa justificada

**EDDER JIMMY SANCHEZ CALAMBAS**

1. Archivo 002CuadernoPrincipal, cuaderno primera instancia completo. Páginas 206 y ss. [↑](#footnote-ref-1)
2. Auto de 08 de marzo de 2019, página 225 Ib. [↑](#footnote-ref-2)
3. Archivo 007AudienciaArt373CGPSentencia, Ib. [↑](#footnote-ref-3)
4. Archivo 008ReparosConcretos, Ib. [↑](#footnote-ref-4)
5. Archivo 14AnexoCorreoSust.Recurso, segunda instancia. [↑](#footnote-ref-5)
6. Por apartarse de lo dicho en la demanda, y concluir que la fiduciaria no estaba legitimada en la causa por pasiva, sin que haya existido siquiera contestación a la misma, ni mucho menos proposición de excepciones de ninguna naturaleza. Así, se terminaron negando unas pretensiones cuando ni siquiera hubo oposición a ellas. [↑](#footnote-ref-6)
7. Se desconoció el contenido de su cláusula décimo primera, según la cual tanto C. S.A.S. como la Fiduciaria (P.A. TANGARA ETAPA II) debían comparecer a la firma de la escritura pública de compraventa. La obligación de aquella, por tanto, no era solo remitir información a la Notaria. La de la Fiduciaria, de otorgar la señalada escritura previo a recibir instrucciones del fideicomitente, también fue admitida por su representante legal en el interrogatorio de parte, consta de igual modo en el contrato de fiducia, y es lógica porque es el patrimonio autónomo quien tiene la titularidad del derecho de dominio del bien prometido, no el promitente vendedor. Luego, resultan contradictorias las conclusiones de la sentencia, no solo frente a los hechos y fundamentos de derechos incluidos en la demanda, sino también frente a la fijación del litigio y los hechos que se tuvieron como probados en esa etapa procesal – (a saber: “(i) La celebración de un contrato de promesa de compraventa entre el demandante y C. S.A.S., (ii) la celebración de dos contratos de fiducia mercantil de administración entre C. S.A.S., y FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., quien actúa como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo TANGARA ETAPA II., (iii) el ajuste o el convenio de una cláusula penal, y de la forma de pago de la referida promesa de compraventa, (iv) que el señor JUAN PABLO RAMÍREZ pagó el precio acordado en la promesa de compraventa y (v) que los demandados no han otorgado la escritura según lo convenido en esa promesa de compraventa”). Debió analizarse la posibilidad, que solo se planteó en la sentencia, de que terceros ajenos a la relación contractual – en este caso la fiducia – puedan legitimarse para concurrir en la causa donde ella se debate. En todo caso, si no existiera legitimación de la Fiduciaria, si era clara la obligación de C. S.A.S. de otorgar la escritura de venta. [↑](#footnote-ref-7)
8. Los hechos 10 y 16 de la demanda que no fueron controvertidos y se tuvieron como probados, en virtud de los cuales se afirmó que C. S.A.S. nunca remitió comunicación al demandante para que acudiera a la firma de la escritura pública, con lo que se supuso esa prueba. No puede supeditar la fiduciaria la firma de la escritura, bajo la consideración acerca de que la sociedad constructora adeuda una prorrata ante la entidad financiera, que es distinta a la fiduciaria, cuando el promitente comprador ha cumplido con el pago total de la obligación. [↑](#footnote-ref-8)
9. “*[L]a legitimación en causa, esto es, el interés directo, legítimo y actual del “titular de una determinada relación o estado jurídicos” (U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), es cuestión propia del derecho sustancial, atañe a la pretensión y es un presupuesto o condición para su prosperidad. Por tal motivo, el juzgador debe verificar la legitimatio ad causam con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular… (CSJ SC de 1° de jul. de 2008, Rad. 2001-06291-01, reiterada SC2768-2019 de 25 de jul. de 2019, rad. 2010-00205-03)”*. CSJ. Sentencia SC4888, 3 nov. 2021. Otras: SC2642-2015; SC1641-2022. [↑](#footnote-ref-9)
10. Archivo 002CuadernoPrincipal, página 6: contrato de promesa de compraventa celebrado entre Juan Pablo Ramírez López (promitente comprador) y C. S.A.S. (promitente vendedora). [↑](#footnote-ref-10)
11. Esta Corporación en el pasado, tuvo ocasión de pronunciarse sobre el texto de un contrato similar al que acá se debate. Allí se señaló*: “6.2.1. En primer término, como lo dijo el Juzgado, la forma de pactar la época en la que se elevaría la escritura pública, con el entendimiento que le dan los demandantes, desdice de lo que regula el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, según el cual la promesa debe contener “… un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato”. Y a decir verdad, la que contiene la promesa allegada carece de la determinación que emerge de la citada norma. // En la cláusula décimo primera se estableció que la escritura pública sería otorgada dentro del segundo trimestre del año 2017, es decir, el 30 de junio de 2017 a las dos de la tarde, en la Notaría Quinta del Círculo de Pereira, pero se condicionó ese acto a que “el PROMITENTE VENDEDOR, enviara a través de comunicación escrita, al domicilio registrado en este contrato, la fecha, la hora y la notaría para realizar el correspondiente trámite”. Y enseguida se dijo que, sin embargo, las partes acordaron que si el promitente comprador no lograba tener listo el inmueble para ese tiempo, se otorgaría “…un plazo igual al anterior, es decir otros 6 meses, el cual no podrá exceder del 30 de DICIEMBRE del 2017, a las dos de la tarde en la notaría quinta del círculo de Pereira, tiempo en el cual se actuará de la misma forma prevista para el primer trimestre en cuanto a la comunicación de suscripción de la escritura. Tal comunicación deberá ser enviada por lo menos con 30 días de antelación a la fecha de suscripción para que el PROMITENTE COMPRADOR realice las gestiones pertinentes”. // La parte ejecutante entiende que como el promitente vendedor nunca le envió la comunicación a la que se comprometió, no estaba obligada a comparecer a la notaría respectiva en la fecha última indicada. Bajo esa comprensión, la fijación de la época resultaría indeterminada, pues ni los mismos promitentes compradores tenían presente cuándo era que tenía que perfeccionarse la venta. // Ahora bien, la otra interpretación que admite la cláusula, como lo señaló el juzgado, es que el mentado aviso era para que, si las partes lo convenían, anticiparan la fecha; en caso contrario, el día final pactado para el cumplimiento fue el 30 de diciembre de 2017, a las dos de la tarde, con lo cual, atendiendo el mismo contenido de la promesa, era obligación de los promitentes compradores comparecer a suscribir la escritura al menos en esa fecha, lo que no hicieron, como lo advierten en sus escritos.*” Auto del 14-02-2020, Magistrado sustanciador Dr. Jaime Alberto Saraza Naranjo. Expediente 66001-31-03-002-2019-00197-02. [↑](#footnote-ref-11)
12. Parágrafo primero. Créditos de financiación del proyecto. Para el desarrollo de la construcción del proyecto TANGARA PARQUE RESIDENCIAL, el promitente vendedor, podrá adquirir mediante hipoteca que grave, en mayor extensión, el lote de terreno con la construcción que en él se levante. Si ello ocurre, este se compromete a obtener la liberación parcial de la hipoteca en relación con las unidades prometidas en venta, liberación que se hará al tiempo de otorgamiento de la escritura pública que solemnice el contrato prometido, a menos que el promitente comprador, como parte de pago del precio de la compraventa, subrogue a su cargo parte de la deuda hipotecaria caso en el cual la hipoteca se levantará una vez registrado el gravamen constituido por el promitente comprador. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sobre acuerdos negociales interrelacionados o contratos coligados, su función, modalidades y efectos, puede consultarse: Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC1416-2022. [↑](#footnote-ref-13)
14. Archivo 01 cuaderno principal vol 1, página 5 y ss [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Suprema de Justicia. Sentencias STC047-2021, STC9514-2020 y STC6654-2018, que se citan de forma conceptual y como criterio auxiliar. [↑](#footnote-ref-15)
16. Página 20, archivo002CuadernoPrincipal, primera instancia. [↑](#footnote-ref-16)