

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá D.C., febrero veinticuatro de dos mil veintitrés.

Magistrado Ponente : JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Radicación : 25899-93-10-3001-2021-00114-01
Aprobado : Sala No. 02 del 26 de enero de 2023

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Constructora Bellarea S.A.S., contra la sentencia proferida el 27 de abril de 2022, por el juzgado primero civil del circuito de Zipaquirá.

ANTECEDENTES

1. Sandra Moyano Osorio, actuando a través de apoderado, formuló demanda contra Constructora Bellarea S.A.S. y Brian Antonio Pinero, para que se declare que “existe un nexo de causalidad directo entre el contrato de compraventa del Lote No. 35 de la PARCELACION CAMPESTRE HORIZONTES PROPIEDAD HORIZONTAL y el ‘CONTRATO DE OBRA DE DISEÑO ARQUITECTÓNICO Y CONSTRUCCION A TODO COSTO’”, así como que se declare el incumplimiento de la sociedad demandada respecto del contrato de obra y la resolución de ambos contratos con las respectivas restituciones a favor de la demandante.

En sustento de sus pretensiones, relató que el señor Brian Antonio Pinero, representante legal de Constructora Bellarea Ltda., para la época de los hechos, celebró contrato de compraventa con la demandante, otorgado mediante escritura pública No. 641 del 22 de junio de 2010, sobre el predio denominado “Lote 35 de la PARCELACION CAMPESTRE HORIZONTES PROPIEDAD HORIZONTAL” y por el precio de \$140.000.000.

En dicho instrumento público, “se omitió identificar el plano de la PARCELACIÓN DE VIVIENDA CAMPESTRE HORIZONTES PROPIEDAD HORIZONTAL de la cual hace parte el lote No. 35 antes descrito y vendido a mi poderdante en la mencionada Escritura Pública, desconociendo los linderos generales del predio de mayor extensión y no siendo estos determinados en la escritura pública de venta, desconociendo la aprobación del desarrollo del proyecto emitido por la autoridad competente”.

Posteriormente, el 15 de julio de 2010, la demandante y Constructora Bellarea Ltda., suscribieron el “CONTRATO DE OBRA DE DISEÑO ARQUITECTÓNICO Y CONSTRUCCION A TODO COSTO”, cuyo objeto era “la construcción de una casa de habitación en el lote no. 35”, lo cual “evidencia que existe un nexo de causalidad directo (entre ambos contratos) en la medida en que el objeto específico tanto de la compraventa del lote, como del contrato que aquí se hace referencia, era para la construcción de vivienda familiar en dicho lote, por lo que ningún contrato hubiera surgido sin la existencia del otro”.

El valor del contrato de obra fue de \$593.189.00 y la señora Sandra Moyano Osorio canceló la suma de \$247.000.000 del precio, “con el producto del crédito otorgado a ella por la Entidad Colpatria S.A.”, así: \$100.000.000 entregados el 15 de julio de 2010; \$47.000.000 el 5 de julio de 2011; \$100.000.000 el 3 de octubre de 2011.

Mediante la Resolución No. 203 del 2 de noviembre de 2010, se otorgó licencia de construcción a Sandra Moyano Osorio, consecuencia de la gestión realizada por la sociedad Constructora Bellarea Ltda., con poder otorgado a ella el 28 de julio de 2010.

El 13 de diciembre de 2010, las partes del contrato de obra celebraron el otrosí No. 1, que modificó el contrato para incluir la “construcción del sótano con un área total de Cuarenta y Cinco (45 Mts²) metros cuadrados”, por un valor adicional de \$72.576.000.

La demandante “obró de buena fe”, mientras que el señor Brian Antonio Pinero, “como vendedor y constructor guardó silencio respecto de las especificaciones técnicas del terreno y sobre las limitaciones establecidas para la construcción de vivienda en el lote adquirido por la señora SANDRA MOYANO OSORIO, en razón de la ocupación del cauce y la ronda de la quebrada, situación que evidencia que existió incumplimiento”.

En consecuencia, en marzo de 2012, la demandante contrató un “INFORME TÉCNICO CANTIDADES EJECUTADAS EN OBRA”, en el que un ingeniero civil “dictamina que la obra contratada se ha ejecutado en un 20%”.

El constructor “quien ejecutó los planos de la obra, no ejecutó la construcción de acuerdo a los mismos, como lo señala la Subsecretaría de Planeación y Urbanismo de la Alcaldía municipal de Sopo en oficio de fecha 18 de junio de 2013”. Asimismo, en “Informe Técnico DMMLA No 504 del 19 de diciembre de 2014 de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - CAR, de número de radicado 09131101510 del 18 de mayo de 2013”, se encontró “una zona con vegetación natural que protege a un drenaje que atraviesa el predio en sentido occidente-oriente”. Según el informe técnico, “no solo es necesario darle la connotación de quebrada a este drenaje, sino que debe ser objeto de seguimiento y control dada su evidente cercanía a desarrollos urbanísticos en la zona, ya que si se permiten vertimientos ti (sic) otro tipo de afectaciones sobre este cuerpo hídrico, podría ponerse en riesgo no solo la oferta hídrica del río Teusacá sino que por ende la del Río Bogotá”.

La demandante sólo se enteró con esta comunicación, de que “no puede utilizar todo el inmueble adquirido, sino que está obligada a dejar una franja de treinta metros (30 Mts) alrededor de la quebrada que cursa el predio”. Por esta razón, “a la fecha no ha sido posible construir en el Lote No. 35”, pese a que la situación “debía ser de conocimiento de la CONSTRUCTORA BELLAREA LDTA hoy CONSTRUCTORA BELLAREA S.A.S. y su representante legal BRIAN ANTONIO PINERO de acuerdo a sus calidades de profesional antes de suscribir el contrato de compraventa y a su vez, el contrato de obra de construcción a todo costo”.

El 23 de mayo de 2017, la demandante presentó solicitud de conciliación ante la procuraduría delegada para asuntos civiles, trámite que culminó con constancia de no acuerdo emitida el 12 de julio de 2017 día en que se surtió la respectiva audiencia.

El 5 de octubre de 2020 la actora presentó demanda ante un tribunal arbitral constituido para dirimir la controversia, en virtud de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de obra, y la misma fue admitida por auto del 6 de enero de 2021; sin embargo, ante el impago de los honorarios fijados, el tribunal, por auto del 23 de marzo de 2021, declaró extinguidos los efectos del pacto arbitral.

2. Trámite

La demanda fue admitida mediante proveído del 29 de abril de 2021¹. El demandado Brian Antonio Pinero una vez notificado, contestó y excepcionó de mérito²:

(i) “Prescripción de la Acción por Vicios Ocultos”, sustentada en que “la acción pretendida judicialmente, tiene su origen en presuntos vicios ocultos de la cosa vendida, en la celebración del contrato de compraventa del 22 de junio de 2010”, esto dado que, según afirma, en los hechos 2.d y 4 de la demanda se evidencia que la base de la reclamación es una quebrada que atraviesa el predio y que constituye este tipo de vicio, por lo que “ha operado la prescripción extintiva de la pretensión y la caducidad de la acción, por superar el año (1) año, que dispone el Código Civil,

¹ Fl.0008C.1PrimeraInstancia

² Fl.0014C.1PrimeraInstancia.

o los seis (6) meses que establece el Código de Comercio, desde el otorgamiento de la escritura pública objeto de la demanda, al igual que desde la fecha de ejecución del contrato de obra”;

(ii) “Validez de los Negocios jurídicos ante la inexistencia de vicios del Consentimiento”, fundamentada en que el vendedor “actuó y actúa de buena fe, exenta de culpa y no se puede vincular o amarrar el contrato de venta, con el contrato de Obra de Diseño Arquitectónico y Construcción a Todo Costo, ya que son personas distintas una natural y otra Jurídica y que nunca actuaron en común y cada uno tenía sus intereses propios independientes e individuales”, sumado a que “de la documentación aportada es claro que la inejecución del contrato de obra tuvo origen en la falta de pago de la parte demandada”;

(iii) “Mala fe de la parte demandante”, sobre la base de que “el demandante, actuando de mala fe, impetra las pretensiones de la demanda aduciendo vicios e incumplimiento en la ejecución del contrato de obra, omitiendo que la inejecución tuvo origen en la falta de pago de su parte”.

La sociedad Constructora Bellarea contestó la demanda³ y propuso como excepciones además de los propuestos por el vendedor, con idéntica denominación y fundamentación, el de “Contrato no cumplido”, basado en que “la demandante incurrió en mora de las cuotas pactadas en los literales b) y c) de la cláusula cuarta del contrato de obra, al igual que la modificada por el otro sí, dando lugar a la suspensión de la obra”, por lo que “quién ha debido cumplir primero era la Demandante, en razón a que el desarrollo de la obra dependía única y exclusivamente de los pagos que se transformarían en compra de materiales, pago de nómina y avance de obra”.

En la misma diligencia adelantada el 27 de abril de 2022 se surtió tanto el trámite previsto en el artículo 372 del Código General del Proceso, como la de instrucción y juzgamiento del artículo 373 del mismo código y se profirió sentencia.

3. La sentencia apelada.

El juez declaró de oficio probada la excepción de “contrato cumplido” respecto a la compraventa inicial entre la demandante y el demandado Brian Antonio, denegó sus pretensiones y de oficio declaró la nulidad absoluta del contrato de obra celebrado entre la demandante y la sociedad demandada, ordenando restituciones mutuas.

En primer lugar, identificó la pretensión resolutoria prevista en el artículo 1546 del Código Civil, recordando que faculta al contratante cumplido o que se haya allanado a cumplir para demandar el cumplimiento o resolución del contrato con indemnización de perjuicios, y los requisitos que su prosperidad reclama.

Que el incumplimiento de los contratos demandados, compraventa del inmueble y construcción de obra, se imputaba a partir de que el predio adquirido es atravesado por una quebrada sin nombre y que “de acuerdo a la normativa correspondiente se limita o limitaría con ello la realización de obras que no respeten un mínimo de 30 metros alrededor de su periferia tomado desde su mayor cause, conclusión a la que arribó la demandante tras consultar con la autoridad ambiental nacional, que es la CAR y, de un informe técnico”.

Afirmó que la pretensión o causa petendi parecería encaminarse a un reclamo por vicios redhibitorios en el contrato de compraventa del inmueble, que de haberse conocido esa condición o falencia dictaminada por la CAR no se hubiere comprado el lote o se hubiere realizado por menor precio, pues la actora manifestaba que compró porque quería allí construir su casa, pero que ese reclamo estaría prescrito porque el artículo 1923 del C.C. la fija en un año a partir de la entrega si se trata de inmuebles y que fue la prescripción una excepción de fondo del extremo demandado.

Para luego exponer que “pro accione” analizaba la demanda desde lo reclamado, la resolución del contrato, y encontró que respecto del primer contrato no prosperaba la pretensión, que no podía la demandante compradora alegar que desconocía la ley ambiental, pues la ignorancia de

³ Fl.0015C.1PrimeraInstancia.

la ley no servía de excusa, ni que no conociera de la existencia de la quebrada que atravesaba el lote, porque en su interrogatorio dijo que ello la motivó a contratar, y que no era el vendedor del lote contratante incumplido pues le había entregado el predio y transferido su dominio y no podía la actora pretender la resolución cuando ya no era dueña del predio que le fue rematado por una obligación financiera y ya estaba en cabeza de un tercero.

Frente al contrato de obra, dijo partir del mismo motivo de incumplimiento por un vicio oculto, la existencia de una quebrada que impediría que se construyera a su alrededor por incumplimiento de las normas ambientales, y por el avance de la obra en sólo un 20%, según prueba pericial que aportó la actora.

Precisó que conforme al contrato de construcción demandado eran obligaciones de la constructora ejercer la dirección total técnica y administrativa de la construcción, para que los trabajos se ejecutaran conforme a los documentos técnicos y plazos contractuales programados, y ejecutar todos los trabajos, obras, actividades, gestiones y diligencias necesarias para que puedan construirse o terminarse las obras y ello comprendía los permisos y autorizaciones de las autoridades, como el obtener la licencia de construcción.

Y que la licencia fue otorgada sin considerar la existencia de la quebrada que atravesaba el lote 35 que, así se derivaba de la resolución 203 de 2010 de la subsecretaría de planeación y urbanismo que la contiene, que las obligaciones de la constructora debían ajustarse a la normativa no solo urbanística sino ambiental y no lo cumplía el proyecto, pues se presentó con desconocimiento de las normas ambientales, como se desprende del concepto de la CAR autoridad ambiental, pues se tramitó la licencia de construcción y fue otorgada con información imprecisa en los planos, pues se omitió relacionar la existencia de la quebrada, lo que generaría un aparente incumplimiento desde el inicio del contrato.

Para concluir que, en ese contrato, conforme al artículo 1519 del C.C., como se celebró con desconocimiento de las normas ambientales se incurrió en objeto ilícito, que se configura en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación y era ello causal de nulidad absoluta que al ser de orden público el juez debía declarar de oficio.

Determinando las restituciones mutuas del contrato que anulaba, expuso que algunas prestaciones ejecutadas resultan imposibles de retrotraer, como el 20% del desarrollo de la construcción, no así el pago del 41% del precio pactado en el contrato de obra, \$247.000.000, que al ser ese el valor pagado, el porcentaje de ese pago que no cubrió la obra ejecutada que correspondía al 21%, era lo llamado a restituir por la sociedad demanda y equivalía en su momento a \$125.970.000, equivalente a 244.6 salarios mínimos legales mensuales vigentes de la época en que se celebró el negocio, que se convertían a salarios actuales para indexar la suma pagada, por equidad.

Sentenció declarando oficiosamente probada la excepción de contrato no cumplido del contrato de compraventa del lote de terreno y la excepción de nulidad absoluta del contrato de obra de diseño arquitectónico y construcción a toda costo, por la infracción de normas ambientales, ordenándole restituciones a favor de la demandante y a cargo de la constructora demandada y condenó en costas a la demandante respecto de la persona natural demandada.

4. La apelación.

La constructora es única apelante y pide se revoque la sentencia, en lo que refiere a la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de obra y la restitución monetaria que se le ordenó a consecuencia de su declaración, numerales segundo y tercero del fallo impugnado.

Argumenta que hubo una indebida valoración probatoria, que se tuvo por demostrado que en desarrollo del contrato la constructora omitió un trámite o desconoció la norma ambiental, por una interpretación errónea de la prueba documental que allegó la demandante, pues se tomó el informe técnico de cantidades de obra ejecutada, realizado por el ingeniero civil Ernesto

Ortegón Ramos en marzo de 2012 como si lo hubiere rendido la CAR que así lo argumentó el juez en el sustento de su fallo.

No consideró el juzgador las formalidades que requiere la expedición de una licencia de construcción, regladas en el POT, el formulario único nacional de trámites urbanísticos y la oficina de planeación de Sopó, pues si de la solicitud de licencia de construcción se desprende que se va a afectar una ronda de un río, quebrada, laguna, embalse, talveques elementales, arroyuelos o caños menores se requiere permiso de la CAR y entonces la oficina de planeación le hace un requerimiento al solicitante para que lo adquiera.

Pero en su caso la construcción de la casa 35 de la Parcelación Horizontes, no afectaba ninguno de los mencionados cuerpos de agua, y que en el plano topográfico y arquitectónico de la casa 35 que se aportó a la oficina de planeación, sí aparece dibujada la hondonada, escorrentía de lluvias, arroyuelo o caño menor que pasa por la mitad de lote, y así fue aprobado sin que se hiciera requerimiento de no afectar la ronda de protección por ser un talvergue elemental.

Que el POT de Sopó Acuerdo 009 de 2000, señala las normas que rigen para su expedición desde la ley 388 de 1997 que impone la obligatoriedad de su expedición para la regulación del uso del suelos urbano, de expansión urbana y rural de acuerdo con la ley, y que en él se consideró la Constitución, el decreto ley 2811 de 1974 código de recursos naturales renovables, la ley de reforma urbana ley 9 de 1989, la ley 99 de 1993 o ley ambiental, ley 152 de 1994 orgánica del plan de desarrollo, ley 142 de 1994 o de servicios públicos, ley 136 de 1994 o modernización de los municipios, ley 160 de 1995 o de reforma agraria; y para el diseño de contenidos, criterios y métodos específicos otra relación de disposiciones de menor rango como decretos reglamentarios de la ley 388 de 1997, Acuerdo 17 de 1998 de la CAR Cundinamarca que establece determinaciones ambientales para los planes de ordenamiento territorial dentro de su jurisdicción, decreto reglamentario del código de recursos naturales en materia de cuencas hidrográficas, parques naturales y reservas forestales.

Para afirmar así que el POT de Sopó sí incorporó normas ambientales y que la CAR como máxima autoridad ambiental le dio el visto bueno.

Que tramitó la licencia como lo indican las normas y cumpliendo los requisitos exigidos por la entidad encargada de expedirlas, que es la que verifica el cumplimiento de la norma urbanística y ambiental, y correspondía a la oficina de planeación municipal de Sopó comprobar con el plano topográfico y arquitectónico del lote 35 aportado, que la casa que se iba a construir guardara las distancias mínimas de protección del arroyuelo o caño menor que cruza por la mitad del lote.

Señala que en el artículo 37 del POT de Sopó se clasifica las zonas de protección para la reserva hídrica conformada por *“a. las corrientes y cuerpos de aguas naturales relativos tales como ríos, quebradas, caños, arroyos, playas fluviales, chucuas, pantanos y humedales en general, b. elementos artificiales o contruidos relativos a corrientes o cuerpos de agua, tales como canales, aliviaderos, diques, presas, embalses, muelles, puertos; y c. rondas hídricas o zonas de protección y manejo de las corrientes y cuerpos de agua tanto naturales como artificiales”*,

Y que sobre estas zonas se regula, que no se puede construir de forma permanente ni temporal en el valle aluvial de los ríos Bogotá y Teusacá, salvo las que sean autorizadas por la autoridad ambiental competente en desarrollo de las concesiones otorgadas para riego y/o acueducto, conforme al artículo 90 del acuerdo, como está delimitado en el mapa de ordenamiento rural 3 ni en la ronda de protección de dichos ríos y demás corrientes y cuerpos de agua así:

En quebradas y ríos principales del municipio: franja de 30 metros al lado y lado.

En lagunas, chucuas y embalses: primeros 100 metros de ribera.

En los talveques elementales, arroyuelos y caños menores de caudal pequeño limitado a los aguaceros, la franja de ronda será de 3 a 5 metros de lado y lado.

Pues esas franjas deben ser mantenidas como zonas de manejo ambiental, en lo posible reforestadas con plantas nativas y que, aunque su trazado no figure en los mapas de

ordenamiento por razones de escala, debe entenderse que su cauce es continuo desde donde nace la corriente o cuerpo de aguas hasta su desembocadura.

Cita asimismo el artículo 56 del decreto 80 de 2010 que compila las normas de los acuerdos 009 de 2000 y 12 de 1007, referentes al plan básico de ordenamiento territorial de Sopó, en el que se reitera la regulación y prohibición de construir en las rondas de los cuerpos de agua, con similares excepciones y extensiones a las señaladas en el POT anterior.

Para concluir que si hubo una razón motivada en la expedición de la licencia por la oficina de planeación, que el plano presentado verificaba que no se afectaba la regulación ambiental del ordenamiento territorial ni ninguna de las quebradas del inventario que de ellas contempla el artículo 23 del Decreto 80 de 2010; que el resto de los cuerpos de agua como talvergues elementales, arroyuelos y caños menores, del caudal pequeño son innominados, como el que cruza por medio del lote 35.

Que fue de la errada valoración de la prueba aportada por la actora, informe técnico de cantidades de obra ejecutada que realizó el ingeniero civil Ernesto Ortegón Ramos en marzo de 2012 que el a quo dedujo que se desconocía la norma ambiental, sin tomar en cuenta que el plano topográfico y arquitectónico del lote 35 con la implantación de la casa que se iba a construir tenía el arroyuelo delineado.

Pues el análisis de la documentación allá aportada conllevó que la oficina de planeación expidiera conforme a la ley, la resolución 203 de noviembre 2 de 2010 otorgando la licencia de construcción porque consideró que cumplía la normativa ambiental y urbanística, que el plano presentado, que hace parte de la licencia otorgada, mostraba que no se afectaba la norma pues la construcción proyectada estaba distante 10 metros del arroyuelo o caño menor que atraviesa el lote 35.

Que constructora, demandante y oficina de planeación conocían la normativa ambiental y a ella se acogieron al pedir y expedir la licencia de construcción, que la demandante también aceptó al aprobar el plano y que en ella se especificaba la ronda de protección de la fuente de agua que corría en el predio y que no hay entonces lugar a considerar que el contrato este viciado de objeto ilícito, como lo declaró el juez con un uso indiscriminado del término quebrada, pues no todas las fuentes de agua tienen similar zona de protección.

Que la demandante incumplió los pagos acordados desde el año 2011, incurrió en mora y abandonó la obra por espacio de dos años y por ello no pudo seguirse construyendo la casa, que en el 2013 volvió elevando una serie de derechos de petición ante planeación y la CAR buscando que se revisara la legalidad de la licencia de construcción.

Considera que erró el juez al afirmar que todos los trámites necesarios para la ejecución de la obra eran del constructor, porque la cláusula séptima del contrato de construcción señala que si se requería de otro tipo de licencia distinta a la de construcción, debía ser tramitada por la demandante y hace ver el a quo, como si la constructora hubiese omitido tramitar una licencia ambiental que para el caso no era necesaria porque no se afectada la ronda de protección del arroyuelo que, en últimas, por la valoración probatoria el a-quo incurrió en un defecto fáctico.

CONSIDERACIONES

1. El sentenciamiento se inicia con observancia de las restricciones que la ley procesal le impone al juez *ad quem*, derivadas del contenido del artículo 320 del C.G.P. que señala que el recurso de apelación *“tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”*, y que, conforme lo dispone el artículo 328 del C.G.P., el juez de segunda instancia tiene una competencia limitada a la definición de la alzada, dado que éste *“deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio”*.

2. En el caso, aunque se demandó la resolución de dos contratos de compraventa de un lote de terreno y de construcción de una obra, casa de habitación en el mismo, el a-quo desechó el primero de los reclamos porque encontró que el vendedor entregó e hizo tradición del inmueble y que ello configuraba la excepción de contrato cumplido, conclusión que no fue recurrida.

Mientras que el segundo reclamo lo zanjó afirmando que aunque parecía que podía el constructor demandado ser contratante incumplido porque desde el inicio de su gestión falló en el trámite de la licencia de construcción, encontraba procedente declarar oficiosamente la nulidad del contrato de construcción de obra, porque al haberse presentado la solicitud de licencia de construcción y obtenido la misma con violación de la normativa ambiental se configura un objeto ilícito que viciaba de nulidad absoluta el contrato y debía el juez declarar oficiosamente, pues sobre el lote en que se realizaría la construcción corría una quebrada y ello se ocultó por la constructora al solicitar la licencia y la obra de construcción contratada no respetaba el margen de los 30 metros desde la orilla del cauce de la quebrada; que así se desprendía del concepto rendido por la CAR.

3. La solución de la alzada.

3.1. En el recurso interpuesto la demandada apelante alude al contenido del plano topográfico y arquitectónico presentado para el trámite de licencia de construcción de *“el Lote No. 35 de la PARCELACION CAMPESTRE HORIZONTES PROPIEDAD HORIZONTAL”*, que allega en esta instancia, así como a disposiciones legales de orden municipal relativas al ordenamiento territorial del municipio de Sopó, en concreto, el Acuerdo Municipal 009 de 2000 del Concejo de Sopó - Plan de Ordenamiento Territorial y el Decreto 080 de 2010 de Sopó que recopiló similares disposiciones.

En auto del 30 de septiembre de 2022 la solicitud de decreto de pruebas en segunda instancia se negó y ello impide valorar el acá aportado plano topográfico y arquitectónico, aunque se considerarán las normas recogidas en los actos administrativos aludidos, aunque no obre copia de ellas en el expediente pues el artículo 177 del CGP dispone *“El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte”*, Y su inciso quinto señala que: *“Sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente”*, puesto que el Acuerdo Municipal 009 de 2000, *“Por medio del cual adopta el Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Sopó”*, y el Decreto 080 de 2010, *“Por medio del cual se compilan las disposiciones contenidas en los Acuerdos 009 de 2000 y 012 de 2007, referentes al Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Sopó”*, se encuentran disponibles para consulta en la página web de la Alcaldía Municipal de Sopó⁴.

3.2. De acuerdo con el artículo 1502 del Código Civil, *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: (...) 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito”*, pues claro resulta que el ordenamiento jurídico no puede proteger los actos particulares que se aparten de imperativos legales.

Dispone esa recopilación sustantiva que *“Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer”*⁵, es la licitud del objeto un requisito indispensable de todo acto jurídico y precisando que *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella es nula por el vicio del objeto”*⁶, se sanciona su transgresión con la declaración de nulidad absoluta,⁷ la que dada su trascendencia *“puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato”*⁸

Pero esa singular y excepcional declaración oficiosa de la nulidad absoluta del acto o contrato exige la confluencia de los requisitos que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia interpretando el artículo 1742 ha señalado:

4 <https://www.sopo-cundinamarca.gov.co/loader.php?IServicio=Tools2&ITipo=descargas&IFuncion=descargar&idFile=2710> y <https://www.sopo-cundinamarca.gov.co/documentos/187/pot/>

5 Artículo 1517 del C.C.

6 Artículo 1519 ídem

7 Artículo 1741 del C.C.

8 Artículo 1742 C.C.

“La previsión legal en comentario consagra una aplicación particular del principio inquisitivo, en tanto autoriza la oficiosidad del juez, atribución cuya justificación se halla en el fundamento mismo de tal especie de nulidad, establecida como se sabe en interés de la moral, el orden público y el respeto debido a las normas de carácter imperativo, postulados cuya protección no puede quedar sometida exclusivamente a la iniciativa particular, como ocurriría si el aniquilamiento de los negocios jurídicos que los contrarían sólo pudiese declararse a ruego suyo.

Empero, como desde antaño lo ha venido exponiendo la doctrina de la Corte, ese poder excepcional que al fin de cuentas comporta un control de legalidad en torno a la actividad negocial, está sujeto o limitado por los condicionamientos que la propia norma consagra y que la Corporación ha identificado así: “... 1^a. Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, demuestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2^a. Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derecho u obligaciones para las partes; y 3^a. Que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron” (G. J. t. CLXVI, pág. 631). Criterio que ha reiterado entre otras, en sus sentencias del 10 de octubre de 1995, 10 de abril de 1996 y 20 de abril de 1998”. (Subrayas ajenas al texto) ⁹

Lectura que desde vieja data ha sido constante y se mantiene en la jurisprudencia a punto tal que puede afirmarse constituye precedente judicial o doctrina probable, y que por ello debe ser punto de partida para definir un asunto similar al que, de ella se deriva, en efecto en pronunciamientos anteriores la Corte reiteró:

“1. Aludiendo a la declaratoria de oficio de la nulidad absoluta de un contrato que consagran y regulan los artículos 15 de la ley 95 de 1890 y 2o. de la ley 50 de 1936, la Corte desde tiempo atrás ha reiterado que en orden a hacer posible esa declaración, además de que el vicio debe aparecer en forma manifiesta y ser tan claro que no sea susceptible de interpretación, no puede darse ella "a espaldas de las personas interesadas en la subsistencia del acto o a él ligadas, y a las cuales afectará la declaración, de manera directa y necesaria. No por ser una declaración oficiosa el juez queda autorizado para formularla con prescindencia y menoscabo del derecho primordial de defensa" (G.J. t. XLVII pg. 238), doctrina esta por cierto reiterada en múltiples oportunidades posteriores tal como lo pone de manifiesto la sentencia del 27 de febrero de 1982 en la que se dijo: "...tradicionalmente la doctrina de la Corte viene afirmando que el poder excepcional que al fallador le concede la ley para declarar de oficio la nulidad absoluta, no es irrestricto, panorámico o ilimitado, sino que, por el contrario se encuentra condicionado a la concurrencia de las tres circunstancias siguientes: 1a. Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato. 2a. Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos y obligaciones para las partes, y 3a. Que al litigio concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del postulado de que la nulidad de una convención, en su totalidad, no puede declararse, sino con la audiencia de todos los que la celebraron" (G.J. t. CLXV).”¹⁰

3.3. Pero en el caso acontece que el juez hizo uso de la facultad excepcional de declarar la nulidad absoluta del contrato sin considerar el citado precedente, no reparó en los requisitos que para la aplicación de la norma y la doctrina señala la jurisprudencia, no estudió si estos se configuraban.

Y era ello un asunto que no podía desatender, pues establecido está que entre nosotros no se acogió un sistema de precedente judicial obligatorio, pero sí de precedente vinculante que impone al juez tomar como punto de partida para la solución de los asuntos sometidos a su competencia la doctrina probable que rige la solución del problema jurídico que debe definir, dándole a la misma trascendencia y alcance que para tal labor se le reconoce en nuestro sistema jurídico.

Es decir, reconocer que el sistema de fuentes que informan nuestro derecho ha sufrido modificaciones a partir de la expedición de la Carta Política de 1.991, en particular la jurisprudencia

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de marzo de 2004, Exp. 7582. MP. José Fernando Ramírez Gómez.

¹⁰ Sentencia de 10 de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).Expediente No.4541 M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

pues, aunque de la exegesis del artículo 230 de la Constitución los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, y la jurisprudencia solamente constituye criterio auxiliar de la actividad judicial.

Lo cierto es que desde el fallo emitido al resolver una demanda que atacaba la constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 169 de 1896, según la cual “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”, se generó una nueva noción de la doctrina probable o si se quiere hoy doctrina legal o precedente¹¹, a partir de la reformulación que de la norma en estudio hizo la Corte al confrontarla con el artículo 230 de la Constitución y decidir “*declarar exequible el artículo 4° de la ley 169 de 1896 siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia como juez de casación y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonablemente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia*”.

En el desarrollo argumentativo de la sentencia de control de constitucionalidad¹² se le otorga fuerza normativa a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y se expone que ello deriva: “... (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.” Para la Corte¹³ la doctrina probable puede ser definida como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto.

Como lo resalta un connotado autor nacional¹⁴ la Corte busca con su fallo dar un tratamiento unificado constitucional a toda la jurisprudencia nacional derivada de sus altas cortes de cierre, y a través de una reinterpretación de los términos probable y erróneas se permite¹⁵ fijar un detallado alcance de la problemática del precedente horizontal y vertical.

Pudiéndose de allí concluir que no se trata de un sistema ni de libre jurisprudencia ni de precedente absoluto, pues se concibe como un régimen de precedente relativo pero vinculante, esto es, que el ya adoptado, las decisiones anteriores, tienen un peso específico que hace que ellas cuenten como punto de partida para la nueva decisión y que, en principio, los jueces tengan el deber de respetar aquellos argumentos y sentido de la decisión.

Pero a la vez que por el principio de autonomía judicial pueda el juez separarse del precedente que rige la materia, siempre y cuando exponga motivos razonables para ello. Delicada labor cuyo desarrollo impone el cumplimiento de una doble carga en su motivación.

En primer lugar una carga de transparencia, entendida como la necesidad de conocer y exponer el precedente vigente que sostiene la decisión y una carga de argumentación consistente en el deber de presentar los razonamientos que conduzcan a separarse del precedente o doctrina vigente y que dan un mayor peso jurídico a la nueva decisión, con relación a la anterior; carga argumentativa que será más fuerte si se trata de precedente vertical, creado por la Corte de cierre, que si se trata de precedente horizontal, su propia decisión¹⁶.

La sujeción del juez al ordenamiento jurídico señala la Corte Constitucional¹⁷, le impone el deber explícito de tratar casos iguales de idéntica manera y desiguales de manera distinta, y caracteriza su función dentro del Estado social de derecho como creador de principios jurídicos que permiten que el derecho responda a las necesidades sociales.

¹¹ López Diego. El derecho de los jueces. Segunda edición pág. 31.

¹² Numeral 6 de las consideraciones de la sentencia C-836 de 2001.

¹³ Sentencia C- 537 de 2010.

¹⁴ López Medina Diego Eduardo. El derecho de los jueces segunda edición. Legis. Bogotá, 2006 pág. 79.

¹⁵ Considerando 15 de la sentencia C-836 de 2001

¹⁶ López Medina, ídem, pág.85.

¹⁷ Consideración 16 del fallo C-836 de 2001.

El cambio de precedente entonces sólo podría tener sustento o bien en una reforma legislativa, para no contravenir la voluntad del legislador ni el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público.

También puede depender el cambio de precedente de que la regla o principio creada no responda adecuadamente a una realidad social cambiante, por lo que una variación en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento que se venía haciendo por la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales.

Precisando la Corte Constitucional que *“ello no significa que los jueces puedan cambiar arbitrariamente su jurisprudencia aduciendo, sin más, que sus decisiones anteriores fueron tomadas bajo una situación social, económica o política diferente. Es necesario que tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular”*.

Que será mayor la carga de argumentar si se trata de dejar de lado un precedente vertical o proveniente de la Corte Suprema, pues a ella se le confía además de la unificación de la jurisprudencia la protección de derechos fundamentales, que, si se trata de apartarse de sus propias decisiones, variación de un precedente horizontal.

Asimismo, que: *“Puede ocurrir que haya sentencias en las cuales, frente a unos mismos supuestos de hecho relevantes, la Corte haya adoptado decisiones contradictorias¹⁸ o que el fundamento de una decisión no pueda extractarse con precisión. En estos casos, por supuesto, compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Ante falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes en el caso. De la misma forma, ante la imprecisión de los fundamentos, pueden los jueces interpretar el sentido que se le debe dar a la doctrina judicial de la Corte Suprema.”¹⁹*

Pero advierte también la Corte²⁰ que cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial creada por el precedente siga teniendo aplicación.

Exigencias que se reiteran en el Código General del proceso, que señala en su artículo 7° al consagrar el principio de legalidad que: *“Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”*; y señalar como uno de los deberes del juez, artículo 42 numeral 7°, la motivación de sus decisiones y que en ella *“La sustentación de las providencias deberá también tener en cuenta lo previsto en el artículo 7° sobre doctrina probable”*.

3.4. Pero el a-quo, dejando de lado el precedente que rige la materia y su vinculación, desatendiendo el principio de transparencia antes citado, acudió al análisis de documentos distintos al contrato de construcción de obra para concluir con deducciones discutibles, que la nulidad absoluta por objeto ilícito se configuraba, porque en el contrato se incurrió en el desconocimiento de las normas ambientales al contravenirse el derecho público de la Nación, conclusión que dijo se desprendía del concepto técnico emitido por la CAR, como máxima autoridad ambiental.

3.4.1. De donde se desprende que sería suficiente para revocar esa declaratoria de nulidad y las consecuenciales prestaciones mutuas, la inobservancia del precedente que regula la materia pues, en primer lugar, no precisó el juez como deduce la existencia del objeto ilícito del texto del contrato de construcción de obra, cual de sus cláusulas es la que le permite afirmar que esa expresión de la voluntad contraviene al derecho público de la Nación.

¹⁸ En la SU- 120 de 2003, la Corte analiza sentencias contradictorias de la Sala Laboral de la Corte Suprema.

¹⁹ Numeral 19 de las consideraciones sentencia C-836 de 2001.

²⁰ Numeral 18 de las consideraciones sentencia 836 de 2001.

Dado que, como el mismo juez lo advierte en su pronunciamiento, a esa conclusión llega porque considera que así se desprende del concepto emitido por la CAR y la pericia que sobre la ejecución de la obra hizo practicar la demandante.

Esto es, la conclusión en que se soporta la declaratoria de nulidad absoluta por objeto ilícito no lo deriva del texto del contrato de obra, incumplándose entonces el requisito de la citada doctrina probable de: *“Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, demuestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta”*.

Pues de la sola lectura del texto del contrato de obra, firmado el 15 de julio de 2010 por los extremos de la pretensión, no se desprenderse que hay en él un desconocimiento del derecho público de la Nación porque se trasgredió la normatividad ambiental, como lo concluyó el juez para declarar la nulidad sin citar siquiera que normas serían las violadas y el concepto de esa violación.

La conclusión del a-quo parece ser que, al pasar por el lote 35 una quebrada, ello comportaría que sólo se podría construir en él respetando una franja de 30 metros paralela a su cauce en sus dos orillas, que en la solicitud de licencia de construcción se omitió su existencia o que, estando obligado el constructor no obtuvo una licencia ambiental adicional e indebidamente le fue emitida la autorización para adelantar la construcción.

Deducciones todas ajenas al texto escrito del contrato de obra objeto de la declaración de nulidad, pues nada de ello podría deducirse de la sola lectura de sus previsiones y, aunque era de conocimiento de las partes la existencia de la escorrentía atravesando el lote 35, como se deriva de los interrogatorios de parte, el clausulado del contrato ni siquiera hacía referencia a esa particular situación, menos a las especificaciones de la fuente de agua que son necesarias para poder ubicarla dentro de la clasificación de aguas naturales que hace el POT del municipio de Sopó y concluir con certeza a que distancia del cauce de esa fuente de agua se podría construir, ni se hacía referencia de la distancia en que, con respecto al cauce de la fuente de agua, se haría la construcción.

3.4.2. Hace más evidente el incumplimiento del señalado requisito para la declaratoria de nulidad oficiosa que, aun sin ser necesario entrar a debatir la deducción que hizo el juez de que la fuente de agua que atraviesa el lote 35 era una quebrada y que por ello se imponía construir a una distancia no inferior a treinta metros de su cauce, que la conclusión la soporta en el concepto técnico DMMLA N° 504 de la CAR²¹ rendido el 19 de diciembre 19 de 2014, esto es, cuatro años y medio después de suscribirse el contrato de construcción de obra entre la demandante y Constructora Bellarea Ltda., firmado el 15 de julio de 2010.

Pues otra era la situación que se advertía al respecto al momento de suscribirse el contrato y emitirse la licencia de construcción, resolución 203 del 2 de noviembre de 2010²²; como se citó en antecedencia con detenimiento al resumir la sustentación del recurso y se corrobora con la consulta de las normas locales que configuran los POTs que han regido el ordenamiento territorial del municipio de Sopó, por el tamaño de la escorrentía que atraviesa el predio 35, esa fuente de agua no aparecía en el registro hídrico del municipio, que se construye a escala, y desde la regulación del artículo 37 del Acuerdo Municipal 009 de 2000 del Concejo de Sopó - Plan de Ordenamiento Territorial y el Decreto 080 de 2010 de Sopó que recopiló similares disposiciones, esa fuente de agua para el momento de suscribirse el contrato podía calificarse de talveques elementales, arroyuelos y caños menores de caudal pequeño limitado a los aguaceros, en los que la franja de ronda o distancia en la que se prohíbe adelantar todo tipo de construcción es de 3 a 5 metros de lado y lado.

En efecto, es en el mismo informe técnico DMMLA N° 504 de la CAR, rendido ante el cuestionamiento formulado por la acá demandante, en escrito del 8 de mayo de 2013, de “que ronda de una quebrada debe ser respetada para construir una vivienda”, se señala que el predio

²¹ Fl.002C.1PrimeraInstancia.

²² Fl.002C.1PrimeraInstancia

de la peticionaria lote 35 de la parcelación Horizontes P.H. del municipio de Sopó se ubica en una zona de reserva forestal protectora productora del río Bogotá y seguidamente se relaciona normas de alcance general como el decreto 1449 de 1977 del Ministerio de Agricultura del que se hace transcripción parcial del artículo 3° que señala la obligación en protección de la reserva forestal, de una faja de 30 metros paralela a los cauces de los ríos quebradas y arroyos prohibiendo allí construcciones permanentes y transitorias.

El Acuerdo 16 de 1998 de la CAR Cundinamarca que expide normas determinantes ambientales para la construcción de planes de ordenamiento territorial municipal, transcribiendo parcialmente el artículo 1 numeral 3.2. que establece similar prohibición de construir una faja de 30 metros paralela a los cauces de los ríos quebradas y arroyos y el Acuerdo 009 de 2000 plan de ordenamiento territorial del municipio de Sopó del que transcribe el artículo 37 parcialmente en la parte en que se hace similar prohibición. Para concluir respondiendo a la demandante que la ronda de protección para construir su vivienda es de 30 metros a partir de la cota de nivel máximo de la quebrada.

Pero en ese mismo informe, se relata que con radicado de noviembre 7 de 2014 la secretaria de ambiente natural de la alcaldía de Sopó solicitó a la subdirección de administración recursos naturales y áreas protegidas de la Corporación Autónoma de Cundinamarca CAR, un concepto técnico sobre el drenaje en la parcelación horizontes.

Informado la secretaría que realizó una visita técnica al lote 35 de la parcelación el 30 de octubre de 2014 y observó que existe un drenaje o caño menor procedente de la parte alta de la montaña de la vereda San Gabriel que atraviesa la parcelación horizontes y confluye en la parte baja con la quebrada Los Laureles, y que a la altura del lote 35 se tomaron medidas de los dos extremos de la construcción, más cercanos al drenaje y paralelos al mismo, y arrojaron de distancia 10,48 Mts y 13, 65 Mts, y que revisado el levantamiento planimétrico, nacaderos, quebradas y escorrentías que tiene el municipio de Sopó desde el año 2010 se puede corroborar que en el plano 1/38 existe una quebrada principal llamada Los Laureles y que el drenaje en cuestión no se reconoce como quebrada principal lo que puede inferir a que se determine como caño menor en el “Artículo 55 del POT para Sopó. Trámite de conservación ambiental. Preservación del sistema Hídrico.” (Artículo 37 del Acuerdo 009 de 2000 modificado por el Acuerdo 012 de 2007), pero que para tener mayor certeza sobre la importancia que cumple este drenaje se le solicitaba a la CAR en marco de sus competencias, un concepto técnico que determine si es una quebrada principal y que tipo de ronda se debe aplicar para la continuación de la construcción o no.

De donde puede afirmarse que para el 7 de noviembre de 2014 cuando la secretaría de ambiente natural de la alcaldía de Sopó eleva esa consulta a la CAR, consideraba que la escorrentía que cruza el predio lote 35 era un caño menor, pues el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio, Acuerdo 009 de 2000 en su artículo 37, no transcrito por la CAR en este informe, establece diferentes franjas de protección ambiental, así para quebradas y ríos principales del municipio de 30 metros, y para “talvergues, arroyuelos y caños menores, de caudal pequeño limitado a los aguaceros”, de 3 a 5 metros, distancia que respeta la obra civil que se inició en el lote 35, pues determinó la misma secretaría, dista más de 10 metros de las orillas de sus cauces.

Reseña en su concepto técnico DMMLA N° 504 de la CAR que para responder a la secretaría realizó una evaluación de la quebrada sin nombre que atraviesa el lote 35, con una visita técnica al predio y al cuerpo de agua y elaboró con consulta de la información cartográfica que reposa en el IGAC con relevancia en el área de influencia de la quebrada y encontró que en la plancha 228-1-C-2 que cubre la vereda San Gabriel del municipio de Sopó se evidencia el trazado de la quebrada sin nombre, que también se encontró en una base de datos de cartografía oficial del IGAC, que es ella una quebrada de quinto orden, tributaria de la quebrada Los Laureles que drena las aguas del costado este de los cerros orientales que dividen los municipios de Chía y Sopó. Que la quebrada Los Laureles es a su vez tributaria del río Teusacá y este del río Bogotá.

Para conceptuar que “en la vereda San Gabriel del municipio de Sopó existe una quebrada que no tiene nombre, pero es reconocida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi IGAC de

manera oficial al hacer parte de los archivos de sus bases de datos cartográficos y que atraviesa al Lote No. 35 de la Parcelación de vivienda campestre HORIZONTES P.H.

Por tanto, se puede inferir que este drenaje se constituye en un elemento estructurante dentro de la dinámica hídrica de la cuenca del río Teusacá, por su constante aporte de caudales a la quebrada Los Laureles antes de llegar al Teusacá; por esta razón no solo es necesario darle la connotación de quebrada a este drenaje, sino que debe ser objeto de seguimiento y control dada su evidente cercanía a desarrollos urbanísticos en la zona, ya que si se permiten vertimientos u otro tipo de afectaciones sobre este cuerpo hídrico podría ponerse en riesgo no solo la oferta hídrica del río Teusacá sino que por ende la del río Bogotá.”

Esto es, que sólo hasta la emisión de este concepto de la CAR Cundinamarca es que se impone considerar la escorrentía sin nombre como quebrada con las limitaciones de construcción en su área de terreno contiguo a su cauce atendiendo a esa clasificación y las normativas referidas.

Ahora bien, la secretaría de planeación que concedió a la constructora demandada la licencia de construcción del lote 35, Resolución No 203 del 2 de noviembre de 2010, en la respuesta dada a un derecho de petición presentado por la acá demandante señala que en el expediente del trámite de esa licencia no obra documento alguno que haga mención del cuerpo de agua; pero también agrega que “Una vez revisado el Artículo 23. Estructura Ecológica Principal: componentes (Plano No. 2) (Artículo 22 del Acuerdo 012 de 2007), se encuentra que el cuerpo de agua al que usted hace referencia no aparece relacionado”.

Sabido es que los Planes de Ordenamiento Territorial como Actos administrativos²³ gozan de presunción de legalidad, y como se vio de la aplicación de aquellos se deducía que para la administración municipal el cuerpo de agua en cuestión no tenía la connotación de quebrada, lo que implicaría que la franja paralela que con respecto a esa fuente de agua debían respetar las construcciones no fuese de 30 metros, sino de inferior medida de 3 a 5 metros, pues el mismo municipio lo consideró tácitamente así al expedir la licencia de construcción y expresamente al elevar la consulta sobre la escorrentía del lote 35 a la CAR.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la ley 388 de 1997, la presentación del POT municipal requería de un trámite previo de aprobación de la CAR en el tema ambiental y debe suponerse que en el punto en cuestión ningún requerimiento se hizo por la CAR al respecto.

Pues es sólo para el 19 de diciembre de 2014 cuando emitió su informe, luego de los referidos estudios, que la CAR elabora un concepto técnico en el que, contrario a lo considerado por la administración municipal y al concepto que debió la propia CAR emitir para la aprobación de los POT que han regido en el municipio de Sopó, concluye que es necesario darle la connotación de quebrada a ese drenaje y emite las referidas recomendaciones.

4. Como consecuencia de la conclusión anterior, la no configuración de los requisitos jurisprudenciales para que proceda la declaratoria oficiosa de la nulidad absoluta del contrato de construcción de obra, pasa la Sala al estudio del invocado incumplimiento contractual de la empresa constructora demandada que fundamenta las pretensiones de la actora.

A este respecto, el a quo consideró que la obligación del contratista en el contrato de obra es “de resultado” y que “si bien formalmente la ejecución del contrato pudo darse, lo cierto es que esta se efectuó con desconocimiento de las normas ambientales y así se procuró, que así se desprende del concepto técnico emitido por la CAR, como autoridad máxima autoridad ambiental y, así se procuró la licencia ambiental de construcción otorgada con la información imprecisa de los planos que habían omitido relacionar la existencia de una quebrada”.

En primer lugar, basta con hacer remisión a las consideraciones que anteceden para evidenciar que la sociedad constructora no incurrió en el incumplimiento que se le endilga, relativo a la

²³ Por disposición ahora del artículo 88 de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA

supuesta irregularidad de la información empleada para la obtención de la licencia de construcción, pues no es cierto que hubiera *“omitido relacionar la existencia de una quebrada”*, sino que lo acontecido fue que la misma autoridad municipal no reconocía al cuerpo de agua en cuestión como *“quebrada”* cuando se adelantó y concedió el trámite de la licencia.

También cuestiona la actora que la ejecución de la obra sólo alcanzó el 20% de su objeto, como lo expresa un informe rendido por el señor Ernesto Oregón Ramos del 13 de marzo de 2012²⁴, aportado con la demanda.

Pero debe entonces recordarse que el artículo 1609 del Código Civil establece: *“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”* excepción de contrato no cumplido, expresamente propuestas por la sociedad demandada alegando que, como la misma actora lo reconoció en los hechos de su demanda y su interrogatorio de parte, fue la demandante quien incumplió el contrato pues sólo llegó a hacer el pago de \$247.000.000 sobre el valor de la construcción mediante abonos de: \$100.000.000 entregados el 15 de julio de 2010; \$47.000.000 el 5 de julio de 2011; \$100.000.000 el 3 de octubre de 2011; cuando preveía un precio de \$593.189.000, adicionado en \$72.576.000 mediante el otrosí.

Aunque se ha querido contrastar el porcentaje de avance de la obra del 20%, con el de pago efectuado sobre el precio total, que teniendo en cuenta la adición del otrosí corresponde al 37,1%, lo cierto fue que en el contrato no se estipuló un avance de la obra ligado al pago del precio, pues se pactaron fechas precisas en que debían ser atendidos los anticipos para que se adelantara la construcción y que su incumplimiento habilitaba su suspensión.

Así en la *“CLÁUSULA CUARTA - FORMA DE PAGO”*²⁵, el precio total se cubriría en tres instalamentos, así: \$100.000.000 *“como anticipo y se cancelan a la firma del presente contrato”*; \$246.594.500 que se pagarían el 25 de octubre de 2010 y \$246.594.500 que se pagarían el 5 de enero de 2011. En el *“PARÁGRAFO PRIMERO”* de la cláusula, las partes acordaron que si se generaba mora en el pago del precio y *“si esta llegare a superar los quince (15) días, se suspenderá los trabajos hasta que el EL(LA)(LOS) CONTRATANTE cancele la cuota y la sanción, automáticamente, este evento, tendría como efecto, la ampliación del plazo estipulado para la entrega de la obra, por el mismo tiempo que dura la mora”*. De igual manera la adición de \$72.576.000, del otrosí No. 1 del 13 de diciembre de 2010, debía ser pagada antes del 10 de mayo de 2011.

Por lo que basta contrastar los pagos realizados por la demandante con los acordados en el contrato para evidenciar que hubo incumplimiento de la actora de esa obligación y por disposición del convenio, esa circunstancia habilitaba la suspensión de la obra.

En efecto, aunque fue cancelado el primer instalamento en debida forma, el segundo pago que lo era por un monto de \$246.594.500 no se realizó en la fecha convenida, 25 de octubre de 2010, y los abonos que se hicieron para cubrir esa segunda cuota no sólo ocurrieron en fecha muy posterior a la pactada, el 5 de julio y el 3 de octubre de 2011, sino que en su conjunto ascendieron al monto de \$147.000.000, suma inferior al pago que debía alcanzar \$246.594.500.

Esta situación fue puesta de presente en comunicación del 25 de enero de 2011, documento aportado con la contestación de la demanda de Constructora Bellarea S.A.S., en que se expresó: *“pasamos a solicitarle se sirva ponerse al día en sus obligaciones con esta empresa, ya que su contrato presenta una mora de TRES (03) meses en el pago, según lo convenido en el texto del contrato referido”*; asimismo, en correo del 3 de noviembre de 2011 aportado con la demanda, es decir luego de efectuados los dos abonos por la demandante, la constructora manifestó: *“Necesito que completes el 50% del valor del contrato para llegar a la obra gris. Esto será \$332.882.500. Entonces faltaría \$85.382.500 para terminar la obra gris. A terminar la obra gris necesito el otro 50% para poder terminar toda la casa, esto sería \$332.882.500. Por favor confírmame las fechas de pago según la programación de la obra. No podemos empezar*

²⁴ FL002C.1PrimeraInstancia

²⁵ FL002C.1PrimeraInstancia

la obra otra vez no sabiendo cuando vamos a recibir los pagos, ya me incurro en costos adicionales por pagar la obra y no puedo asumir estos costos otra vez”.

También se advierte en el correo electrónico del 29 de octubre de 2012, aportado con la demanda, que la sociedad demandada presentó una propuesta de un plan de pago para cubrir el saldo pendiente para esa fecha, con nuevas fechas que tampoco fueron atendidas, en cuatro instalamentos de \$104.272.780 que se pagarían el 15 de noviembre de 2012, el 30 de febrero de 2013, el 15 de marzo de 2013 y el 30 de abril de 2013.

Es decir que, desde el 25 de octubre de 2010, la demandante incurrió en incumplimiento y se mantuvo en él, pues, aunque en el año siguiente hizo dos abonos, ellos no alcanzaron para cubrir el importe del primer instalamento pendiente ya vencido; incluso el segundo pago tampoco llegó a cubrirse siquiera parcialmente, ni logró hacer ningún pago en los términos de la propuesta de “*plan de pago*” que le fue presentada con posterioridad por la compañía constructora.

De donde se concluye que la suspensión del avance de la obra, lejos de constituir un incumplimiento contractual de la demandada, derivó de una facultad conferida en el acuerdo, ante el incumplimiento de la acá demandante.

En efecto no se puso nunca en tela de juicio, ni se invocó siquiera que se hubiere probado que en algún momento la sociedad demandada hubiera manifestado que la obra se interrumpía por complicaciones con los trámites de la licencia. Como se dejó expuesto, de los pronunciamientos obtenidos de las autoridades sobre el punto, por derechos de petición elevados por la demandante, la solicitud a la CAR en cuya respuesta se emitió su tan citado concepto, fue radicada el 15 de agosto de 2013, mucho después del incumplimiento en el pago de los abonos pactados y de la suspensión de la obra por este motivo.

Circunstancias que conducen a declarar probada la excepción de “*Contrato no cumplido*” y con ello a la no prosperidad de las pretensiones principales de resolución de contrato por incumplimiento del extremo demandado; pues al quedar acreditado que fue la demandante quien incumplió su obligación de pago del precio ello impide dar prosperidad a su reclamo resolutorio, así como que al dejarse sentado que se probó incumplimiento contractual de la actora y no de la demandada constructora, tampoco puede salir avante la pretensión subsidiaria, encaminada a la declaración de un “*mutuo descenso tácito*”, pues sin precisarse del análisis de sus demás requisitos, dicha figura supone de entrada un incumplimiento recíproco, que en el caso no concurre y la constructora se opone a tal pronunciamiento.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca en Sala de decisión Civil – Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales **SEGUNDO** y **TERCERO**, de la sentencia proferida el 27 de abril de 2022, por el juzgado primero civil del circuito de Zipaquirá, que quedara así:

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de fondo propuesta por la demandada CONSTRUCTORA BELLARES denominada “*Contrato no cumplido*” respecto de la demandante Sandra Moyano Osorio.

TERCERO: DESESTIMAR las pretensiones de la demanda, tanto principales como subsidiarias respecto del demandado “*CONTRATO DE OBRA DE DISEÑO ARQUITECTÓNICO Y CONSTRUCCION A TODO COSTO*”, suscrito por la demandante Sandra Moyano Osorio y la demandada Constructora Bellarea Ltda.

SEGUNDO: Condenar en costas en ambas instancias a la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$2.000.000.oo. Líquidense por el a-quo.

En lo demás la sentencia apelada se mantiene incólume.

Notifíquese y cúmplase,

Los magistrados,



JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS



JAIME LONDOÑO SALAZAR



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ