

1657



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO VEINTE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

CARRERA 10 N° 14-33 PISO 2 EDIFICIO H.M.M.TEL: 2811323

ccto20fbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., Treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Declarativo No. 110013103020201700255-00

1.- Obedézcase y cúmplase lo resuelto por el superior, en providencia de 28 de agosto de 2019 (fls. 102 a 112, cdno. 6).

2.- En firme el presente proveído, secretaría de cumplimiento al artículo 366 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


PAULA CATALINA LEAL ALVAREZ
JUEZ

E.N.

| | |
|---|--------------------|
| Juzgado Veinte Civil Del Circuito Bogotá, | |
| D. C. | |
| La providencia anterior es notificada por anotación | |
| en ESTADO | No. _____ de fecha |
| _____ | |
| Humberto Almonacid Pinto | |
| Secretario | |

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D. C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001-31-03-020-2017-00255-02**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **RAFAEL HUMBERTO OTALORA PINEDA**
DEMANDADO : **PROLABCO S.A.S. Y OTROS**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

Discutido y aprobado por la Sala en sesión de veinticuatro (24) de julio de dos mil diecinueve (2019), según acta N° 026 de la misma fecha.¹

De conformidad con el artículo 373, numeral 5, inciso 3, del Código General del Proceso, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia de 31 de agosto de 2018, proferida, en el *sub-judice*, por el Juzgado Veinte (20) Civil del Circuito de Bogotá D. C.

I. ANTECEDENTES

1. El actor, en el libelo incoativo, solicitó la declaratoria de incumplimiento de los contratos de vinculación y de fiducia previamente constituidos, al declarar la finalización de la etapa preoperativa sin las condiciones para el inicio del proyecto. Que se declare responsables a Prolabco S.A.S., Acción Sociedad Fiduciaria S.A., y Kubik Lab S.A.S. por: **i)** no amparar el apartamento 504 con un área de 133.00 mts² en la licencia de construcción LC 15-3-004 adiada el 5 de enero de 2015; **ii)** incumplir el porcentaje de ventas estipulado en la cláusula 4.2.1.4. del contrato de fiducia mercantil; **iii)** incumplir con el porcentaje de ventas estipulado la

¹ Asunto también llevado a sala de 10 de abril y de 2019.

cláusula 10.4 del contrato de vinculación como aportante de área; **iv)** colocar en riesgo los inmuebles fideicomitidos al suscribir el 27 de enero de 2015 la Escritura Pública No 085 de la Notaría 35 de Bogotá cancelando los reglamentos de P. H., sin que a la fecha se hubieran llenado los requisitos de la finalización de la etapa pre-operativa contemplada en el contrato de vinculación como aportante de área en el Fideicomiso Kubik Virrey II; **v)** incumplir con lo estipulado en la cláusula 4ª del contrato de fiducia mercantil, al permitir un cambio en el proyecto que afectaba las áreas totales (de construcción y ventas) con la modificación de la licencia de construcción LC 15-3-0004, sin tener en cuenta que estas modificaciones afectaban los estudios y diseños técnicos y financieros del proyecto. En consecuencia, solicitó condenar a los encartados al pago de \$350'000.000,00, según lo contemplado en el parágrafo 1º del artículo 10 del contrato de vinculación, así como las costas procesales.

Como sustento fáctico de las aspiraciones elevadas, *grosso modo*, el interesado puso de presente que: **i)** el apartamento 504 con un área de 133.00 mts² que debían de restituirle no estuvo amparado por la licencia de construcción LC 15-3-0004 del 5 de enero de 2015; **ii)** el proyecto financiero presentado a la Subsecretaría del Habitat estuvo mal planteado, arrojando pérdidas reales por \$1.074'000.000, aproximadamente; **iii)** Acción Sociedad Fiduciaria S. A. obró de mala fe al decretar la finalización de la etapa pre-operativa sabiendo y conociendo que lo que estaba certificando el 06 de marzo de 2015 no cumplía con el lleno total de los requisitos estipulados en los contratos, pues la misma fiduciaria coadyuvó a Prolabco S. A. S., para la debida radicación de documentos ante la Subsecretaría del Habitat, oportunidad en la que se informó unas áreas totalmente diferentes a las suministradas por la fiduciaria el 07 de noviembre de 2014 y el 23 de febrero de 2015; **iv)** se incumplió con el porcentaje de ventas establecido en la estipulación 4.2.1.4 del Contrato de Fiducia Mercantil, y en lo acordado en la cláusula 10.4 del convenio de vinculación como aportante de área; **v)** se unieron como beneficiarios de área inmuebles que no estaban amparados con la Licencia de Construcción LC 15-03-0004; **vi)** Acción Sociedad Fiduciaria S. A., como vocera del fideicomiso Kubik Virrey II, incumplió con lo consagrado en los numerales 1, 6 y 8 del artículo

1234 del Código de Comercio; **vii)** La fiduciaria puso en riesgo los inmuebles fideicomitidos al suscribir el 27 de enero de 2015 la Escritura No. 085 otorgada por la Notaría 35 de Bogotá cancelando los Reglamentos de Propiedad Horizontal de los Edificios, e hipotecando los inmuebles, sin que a esa fecha se hubieran llenado todos los requisitos de la finalización de la etapa pre-operativa, y además por desembolsar \$1.050'000.000,00, sin haberse decretado la finalización de la etapa pre-operativa; **viii)** Acción Sociedad Fiduciaria S. A. incumplió con lo estipulado en la cláusula 4ª del contrato de fiducia mercantil al permitir un cambio en el proyecto que afectaba las áreas totales (de construcción de ventas) con la modificación de la Licencia de Construcción LC15-3-0004, sin tener en cuenta que dichas reformas afectaban los estudios y diseños técnicos y financieros del proyecto; **ix)** Prolabco S. A. S. incumplió el contrato de Transacción, al radicar la nueva licencia de construcción sin cumplir con los planos que hacen parte integral de dicho contrato; y **x)** la fiduciaria incumplió su deber de buen profesional al permitir vinculaciones de beneficiarios de área que no tenían una contraprestación definida, a la luz de la licencia de construcción LC 15-3-0004, y al expedir informaciones al respecto, como consta en las informaciones fechadas 07 de noviembre de 2014 y 23 de febrero de 2015.

2. Vinculadas formalmente, las sociedades Prolabco S.A.S., y Kubik Lab S.A.S. se opusieron a las pretensiones del reclamante, para lo cual formularon las excepciones de mérito "*Inexistencia de los incumplimientos alegados por la parte actora y violación de la carga de la prueba*"; "*indebida acumulación de pretensiones*"; "*Transacción y cosa juzgada en relación al grueso de los supuestos incumplimientos*"; "*Mala fe del actor y aprovechamiento de su dolo propio en su beneficio*"; "*Uso indebido y temeroso de la administración de justicia*"; "*Falta de legitimación en la causa*" (fls. 571 a 592, cdno 1 B).

En su oportunidad, Acción Sociedad Fiduciaria se pronunció frente al *petitum*, presentando las defensas denominadas: "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*"; "*Ausencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria S.A.*"; "*Diligencia y buena fe en la gestión encomendada*";

"Obligación de Acción Sociedad Fiduciaria es de medio y no de resultado", y la "Genérica".

II. LA SENTENCIA APELADA

1. Agotado el trámite de rigor, la falladora de primer orden, mediante sentencia, desestimó las pretensiones de la demanda bajo las siguientes de consideraciones:

Primeramente, resaltó que "(...) se encuentra acreditada la existencia del vínculo contractual entre el demandante y las sociedades demandadas."

En segundo término, frente a la imposibilidad de declararse la finalización de la etapa pre-operativa, reseñó que "(...) lo pactado en el contrato de vinculación era que la licencia de construcción estuviera ejecutoriada, lo que efectivamente ocurrió desde el 23 de febrero de 2015, mucho antes de que venciera el plazo fijado, que acaecía el 15 de abril de 2015 (...)".

Sobre el incumplimiento contractual basado en las pérdidas económicas arrojadas por el proyecto inmobiliario, hizo alusión a que el perito Jorge Humberto Jiménez Villa no acreditó en debida forma su idoneidad, amén de que su trabajo no goza del fundamento necesario que soporte sus afirmaciones.

Respecto del área del proyecto y su diferencia entre lo informado en el 2014 y 2015, puntualizó la sentenciadora que a pesar de la comprobación de tal divergencia, lo vinculante es la licencia de construcción, junto a sus modificaciones, actos en los cuales están claramente identificadas las superficies de cada una de las partes del proyecto inmobiliario.

En lo atinente al incumplimiento del porcentaje de ventas acordada en la cláusula 4.2.1.4. y 10.4, reseñó no ser cierto, pues para el 7 de noviembre de 2014 se había cumplido con la venta de 3031 mts², lo cual

era verificable a través de los contratos de vinculación; sin que se hubiera demostrado que los convenios suscritos se hubieran perfeccionado con espacios de construcción distintos a los aludidos en los instrumentos contractuales.

Igualmente, mencionó la falta de prueba en torno a que las conductas de las encartadas le hubieren generado perjuicios, habida cuenta que el apartamento del actor estuvo amparado en la licencia de construcción.

Al finalizar, en cuanto al riesgo de los bienes fideicomitidos y la cancelación de los reglamentos, memoró que las mentadas circunstancias no fueron probadas, máxime cuando riesgo, *per se*, no puede entenderse como daño.

III. LA APELACIÓN

1. Inconforme con dicha decisión, a través de la interposición del recurso de apelación, el procurador judicial del extremo activante discrepó del criterio de la falladora, aduciendo la falta de vinculación de la fiduciaria a esta contienda, como vocera del patrimonio autónomo.

Asimismo, puso de presente que la responsabilidad de la fiduciaria, como persona jurídica, está probada, la cual es solidaria al tenor de lo establecido en el canon 825 del C. de Co.

También, censuró que en la licencia de construcción inicial no estaban incluidos los apartamentos 504, 505, 604, y 704, no pudiéndose modificar con posterioridad dicho permiso, ya que éste debió contener, desde el inicio, los apartamentos a restituir en virtud de las obligaciones adquiridas en los contratos de vinculación.

Además, criticó que no se cumplieron los requisitos para decretar la finalización de la etapa pre-operativa, y no se atendió la exigencia contractual del punto de equilibrio del proyecto.

Finalmente, se quejó de la apreciación probatoria efectuada al dictamen pericial presentado por Jorge Humberto Jiménez Villa, y al testimonio de Guillermo Cubillos.

IV. CONSIDERACIONES

1. Encontrándose reunidos los presupuestos procesales necesarios para adoptar la decisión de fondo correspondiente a esta instancia, y verificada la inexistencia de alguna irregularidad capaz de invalidar lo rituado, debe precisarse que esta Sala se circunscribirá a analizar, exclusivamente, los motivos de censura demarcados por el extremo confutante, acatando los lineamientos del inciso 1º del canon 320 del Código General del Proceso.

2. Clarificado lo anterior, viene bien memorar que el *petitum* impetrado hace relación a una acción de responsabilidad de tipo contractual,² cuya nota característica es la de surgir de un vínculo convencional preexistente, dentro del cual se encuentre plasmada el deber denunciado como desatendido, y que tal inobservancia haya producido los perjuicios alegados.³

² Esta aseveración encuentra asidero en las siguientes concepciones que la doctrina universal ha decantado alrededor de la responsabilidad contractual las cuales por su valioso aporte al presente caso se citarán textualmente, así: Marty, al respecto señala que se estará en presencia de responsabilidad contractual "*siempre que el deudor contractual no cumpla por su culpa las obligaciones que el contrato le impone y que ese incumplimiento culpable causa daño al acreedor. Esta responsabilidad es reglamentada por el contrato pues la voluntad de las partes es soberana*". (Marty, G. **Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, Vol. I. México : Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Pue., 1952. Pág. 270**). Para los hermanos Mazeaud, "*la responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando el contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar un perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones, está obligado a reparar ese perjuicio*". (**La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. 4ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1988, Mazeaud, Henri - Leon - Jean. Pág. 10.**) El doctrinante Gilberto Martínez Rave, enseña que la responsabilidad contractual es aquella que: "*nace para una persona que ocasiona un daño por el incumplimiento, demora o desconocimiento de determinadas obligaciones, adquiridas a través de un contrato o convención*". (Martínez Rave, Gilberto. **Obra citada, pág. 12.**). Para el autor chileno Arturo Alessandri la responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente y cuya violación sirve de sanción. (Alessandri Rodríguez, Arturo. *Obra citada, pág. 42.*)

³ Este Tribunal, es pretérita oportunidad, ha identificado como derroteros para la procedencia de la acción de responsabilidad contractual, los siguientes: **a)** Existencia de un lazo concreto y válido entre el pretensor de la indemnización y la persona a quien se le imputa el acto omisivo; **b)** Conducta atinente a la inejecución, ejecución retardada, o defectuosa de una obligación que por imperio de la ley, o disposición convencional, es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposo); **c)** Que el daño cuya reparación pecuniaria se reclama consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño). **Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil**, sentencia dictada el 12 de agosto de 2009 **Exp. 23-99-02132-02 M. P. Rodolfo Arciniegas Cuadros** dentro del proceso ordinario de Héctor. Eduardo Ramos López contra Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá S.A. E.S.P.

Sobre la aludida temática, el Alto Tribunal de Justicia, en sentencia de casación No 7220 de 2015, sostuvo que se "(...) *constituyen [como] requisitos para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria de origen contractual, la demostración de la existencia de un contrato bilateral válido celebrado entre quienes concurren al proceso en calidad de parte; actuación de la actora conforme a lo estipulado o haberse allanado a satisfacer las prestaciones a su cargo; incumplimiento del deudor demandado de las obligaciones derivadas de ese vínculo, o su tardía o defectuosa ejecución; daño irrogado al derecho del acreedor, y que el mismo sea consecuencia directa de alguna de aquellas conductas del obligado.*" (Negrillas de la Sala).

3. Dentro del marco jurisprudencial antes descrito, y siendo un tema pacífico lo relativo a la existencia de los vínculos contractuales que regularon las relaciones comerciales entre los aquí enfrentados, corresponde analizar, liminarmente, lo atinente a la legitimación en la causa de Acción Fiduciaria S. A., como persona jurídica, y, además, como vocera del patrimonio autónomo constituido.

En cuanto a este tópico, según lo decantado por el Alto Tribunal de Justicia en lo Civil, la legitimación en la causa, "(...) *consiste en ser la persona que la ley faculta para ejercitar la acción o para resistir la misma, (...) exige plena coincidencia de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva).* (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)' (CXXXVIII, 364/65), (...) (cas. civ. sentencia de 1º de julio de 2008, [SC-061-2008], exp. 11001-3103-033-2001-06291-01).⁴

En esa línea, Carnelutti conceptuó que la legitimación resulta útil para "*expresar la idea de un modo de ser del sujeto, del cual depende que le pertenezca o no un derecho*" y más que una manera de ser del sujeto en sí, es "*un modo de ser respecto de otros*";⁵ de tal suerte que viene a

⁴ Sala Civil. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 24 de julio de 2012, Exp. 1998-21524-01.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Trad. y Compil. por Enrique Figueroa Alfonso. Edit. Pedagógica Iberoamericana. México D.F. 1994, p. 77.

corresponder, en síntesis, en el demandante, a la cualidad de ser titular del derecho subjetivo invocado, y, en el demandado, a la condición de quien es obligado a soportar el llamado realizado por su contraparte.

3.1. A tono con lo expuesto, en lo tocante a la legitimación en la causa por pasiva de Acción Sociedad Fiduciaria, como persona jurídica, al verificarse la estipulación 3.1. del contrato de fiducia se otea lo siguiente:

“(...) se constituye el PATRIMONIO AUTÓNOMO, el cual actúa con plenos efectos jurídicos frente a los fideicomitentes y frente a terceros mediante su vocera que es ACCIÓN.”

Igualmente, en el párrafo del numeral 8 del citado arreglo se dejó *“(...) entendido que **ACCIÓN no contraerá responsabilidad por:** Los aspectos técnicos, financieros y jurídicos requeridos para adelantar el PROYECTO, tales como estudios técnicos y de factibilidad, presupuestos, flujo de caja, licencias, planos arquitectónicos, programación general del PROYECTO, permisos para el desarrollo de las obras, estudios de suelos y recomendaciones de cimentación (...) El destino final que EL FIDEICOMITENTE PROMOTOR dé a los recursos que le sean girados en los términos establecidos en el contrato de fiducia mercantil, mediante el cual se constituyó el FIDEICOMISO (...) La comercialización, promoción, construcción, gerencia, interventoría y demás aspectos del PROYECTO, pues no ostenta ninguna de dichas calidades, ni participa en manera alguna en el desarrollo del PROYECTO y en consecuencia no es responsable ni puede serlo en ninguno de los eventos previstos en este contrato, por la terminación, calidad, cantidad o valor de las unidades resultantes del mismo. (...) Sin perjuicio del deber de diligencia y del cumplimiento de las obligaciones que ACCIÓN adquiere como vocera del FIDEICOMISO, queda entendido que ACCIÓN no actuará en desarrollo del presente contrato como asesor jurídico, tributario, financiero, cambiario o de cualquier otra índole y, por tanto, no responderá por las consecuencias derivadas de las decisiones que EL FIDEICOMITENTE PROMOTOR o sus asesores tomen con respecto a dichos aspectos”* (negritas propias),⁶ manifestaciones de las cuales se desprende

⁶ Folios 25 y 28 vuelto, del cuaderno principal.

que la actuación adelantada contra tal organización societaria ha de entenderse como vocera del patrimonio autónomo constituido, lo que, desde el pórtico de la discusión, imposibilitaría su citación a responder directa y personalmente en este trámite de responsabilidad civil de tipo contractual.

En ese sendero, la cláusula vigésima segunda del contrato de vinculación, numerales 22.4 y 22.5, estatuyó que "**LOS FIDEICOMITENTES han constituido el FIDEICOMISO KUBIK VIRREY II cuya vocera es ACCIÓN SOCIAL FIDUCIARIA**, a través de la suscripción del contrato de Fiducia Mercantil (...) teniendo en cuenta todo lo mencionado, **no podrá imputársele responsabilidad alguna a ACCIÓN por los conceptos contenidos en la anterior declaración**", expresiones de la voluntad que infieren un protagonismo de Acción Sociedad Fiduciaria como administradora del patrimonio conformado y no como individualidad jurídica.

Ahora, no se desconoce lo reiterado por la Corte Suprema de Justicia, en cuya doctrina ha puntualizado que, por regla general, "(...) las obligaciones que adquiera el fiduciario en la cabal ejecución del encargo recaen sobre ese patrimonio autónomo, no sobre el suyo propio, por manera que su responsabilidad no se ve comprometida. (...) cosa distinta es (...) que por razones de otra índole, verbi gratia, las derivadas de un obrar excesivo o contrario a las estipulaciones negociales o a los fines de la fiducia, (...) el fiduciario comprometa su responsabilidad y, por ende, sus propios bienes, frente a los afectados por su obrar ilícito, responsabilidad que en el ordenamiento jurídico patrio no es extraña, en la medida en que, el que con su dolo o culpa causa un daño, está llamado a indemnizarlo, siendo contractual el fundamento de esa responsabilidad, si es que esa conducta activa u omisiva se dio en desarrollo de un negocio jurídico de esa naturaleza, o extracontractual, en el caso contrario (art. 2341 del C. Civil)". (Cas.civ. mayo 31/2006 [SC-065-2006], exp.0293). Por ello, la inobservancia de los cánones rectores inherentes a su condición de profesional experto, la ruptura de la confianza otorgada, el incumplimiento de sus deberes legales y contractuales, la inobservancia de la diligencia exigible, los cánones explícitos e implícitos rectores de su profesión, de las instrucciones impartidas, su extralimitación o sustracción inmotivada,

compromete su responsabilidad directa, personal y su patrimonio por los daños causados a las partes o terceros, sin extenderla, por supuesto, a los resultados exitosos del negocio fiduciario, o sea, a sus resultados."⁷

Sin embargo, partiendo del contexto jurisprudencial relacionado, si se contrastan las omisiones alegadas por el activante en el libelo introductor con las obligaciones de que trata el canon 1234 del C. de Co., y los compromisos adquiridos por Acción Sociedad Fiduciaria como persona jurídica -en la cláusula 8.4 del contrato de fiducia- se advierte que ninguno de los incumplimientos endilgados hace referencia a los compromisos legales y contractuales asumidos, circunstancia que, desde el pórtico, descarta el estudio de la responsabilidad civil contractual planteada en su contra.

Es más, de la lectura a los acuerdos celebrados y al pliego iniciático se alcanza a percibir que las inconformidades aducidas por el impulsor tienen que ver con las obligaciones del fideicomitente promotor y de la fiduciaria como administradora del patrimonio autónomo Kubik Virrey II, escenario que respalda la impertinencia del llamamiento a Acción Sociedad Fiduciaria como persona jurídica individualmente considerada, así como la aplicación de las disposiciones consagradas en el artículo 825 del C. de Co. al *sub lite*, dado que ésta, en sí misma, no funge como deudora de los compromisos inobservados en que se basó la responsabilidad civil contractual incoada, de lo que se insiste, su intervención se dio como vocera de los pactos cuyo incumplimiento se depreca.

3.2. En lo atañadero a la no vinculación de Acción Sociedad Fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo, si bien no se avizó una convocatoria formal durante la primera instancia,⁸ también lo es que ésta actuó en varias oportunidades durante el proceso en representación de dicho conjunto de bienes, como puede advertirse del auto del 15 de mayo de 2018 -folio 991, cdno. 1 C, y en la audiencia en que escucharon los alegatos conclusivos de las partes. Al margen de esto, lo cierto es que la mentada irregularidad debe tenerse por saneada, al tenor de lo preceptuado en el canon 137 del C. G. del P., comoquiera que, a pesar de ser puesta de

⁷ Casación Civil, Sentencia del 1 de julio de 2009. Exp. 039-2000-00310-01.

⁸ Ver auto admisorio de la demanda obrante a folio 243 del cdno.1.

presente en sede de apelación, ésta no fue implorada ni reprochada por la directamente interesada.

4. Superados los anteriores escollos, es del caso entrar a determinar si fueron desatendidos los requisitos para dar por finalizada la etapa pre-operativa con la falta de inclusión de los aptos 504, 505, 604, y 704 en la licencia de construcción LC 15-3-004 adiada el 5 de enero de 2015, y si se deshonró la exigencia contractual del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario Kubik Virrey II en dicho estadio convencional.

Al respecto, debe memorarse que, según la estipulación 4.2.1. del contrato de fiducia, la fase pre-operativa del plan inmobiliario tenía por objeto obtener las condiciones de inicio de las obras, elaboración de planos, diseños, estudios técnicos, la celebración de todos los actos jurídicos necesarios para la adecuada planeación del mismo, incluida la vinculación de los beneficiarios de área, así como el trámite para conseguir la licencia de construcción. Entre los requerimientos para dar por agotado el mentado *iter*, se pactaron los siguientes:

a) 4.2.1.1. Licencia de construcción del proyecto con constancia de ejecutoria, cuyo titular sería el fideicomitente promotor o el constructor.

b) 4.2.1.2. Radicado de los documentos necesarios para realizar las actividades de enajenación, expedido por el fideicomitente promotor, y coadyuvada por la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo, previa instrucción expresa y escrita por el primero.

c) 4.2.1.3. La transferencia de la totalidad de los bienes inmuebles donde se desarrollará la construcción, debiendo estar libres de cualquier gravamen, afectación o limitación al dominio, así como la elaboración del estudio de títulos con concepto favorable.

d) 4.2.1.4. La entrega de los contratos de vinculación debidamente firmados por las partes, con la totalidad de los documentos soportes, compromisos de aporte que han sido determinados en la firma de contratos de vinculación equivalentes mínimo al 60% del área enajenable del proyecto, porcentaje que fue considerado como punto de equilibrio, el cual es responsabilidad del fideicomitente promotor.

e) 4.2.1.5. Concepto favorable acerca de la obtención del punto de equilibrio entregado por el representante y el contador del ente promotor.

f) El plazo fijado para el cumplimiento de los referidos aspectos fue de 12 meses, prorrogables por un período igual que correría automáticamente, contados a partir de la suscripción del contrato de vinculación.⁹

4.1. Con apoyatura en lo precedentemente descrito, y de cara a la finalización de la etapa pre-operativa sin haberse incluido los apartamentos 504, 505, 604, y 704 en la licencia de construcción LC 15-3-004 adiada el 5 de enero de 2015, de acuerdo con el reflejo probativo del reseñado contrato de fiducia, se otea que la inserción de las glosadas unidades inmobiliarias no se aprecia como un requisito para el correcto fenecimiento de la etapa inicial, al menos, así no se desprende de lo expresado en el numeral 4.2.1.1.

Si esto es así, nada se oponía para que posteriormente fuera reformada la licencia de construcción con la introducción de los anotados apartamentos al proyecto, pues, al fin y al cabo, el parágrafo del artículo 1º del Decreto 1069 de 2010 habilita al licenciado efectuar tal enmienda.

Ahora, no es desconocida por esta Colegiatura la preocupación del criticante consistente en que previo a la obtención de la licencia de construcción, enero de 2105, ya se había convenido, como parte de la contraprestación al aporte realizado por el accionante, la entrega de un apartamento de menor metraje,¹⁰ y, por tanto, el permiso constructivo debía contener el apartamento prometido. Tampoco puede cerrarse los ojos a que el 16 de septiembre de 2013 las partes reformaron el reseñado orquestamiento de entendimiento, en cuanto a las dimensiones del predio a restituir, y una compensación de \$224'000.000,00, y,¹¹ posteriormente, debido a varias diferencias entre los aquí enfrentados, se suscribió contrato de transacción el 26 de septiembre de 2014, en el que, además de declarar que dirimían total y voluntariamente sus conflictos, se clausuló que la

⁹ Folios 26 y 27, Cdno 1º.

¹⁰ La época de celebración del memorando de entendimiento data del 24 de julio de 2013. Folios 10 a 13, *ídem*.

¹¹ Folios 14 a 16, *ibídem*.

constructora desistiría de la licencia de construcción No 14-3-0262 de 21 de marzo de 2014, quedando obligada a realizar una nueva radicación documental para la adquisición de una nueva concesión, dando lugar al licenciamiento LC 15-3-0004, ejecutoriado el 23 de febrero de 2015.

Sin embargo, al margen de la falta de incorporación de la unidad prometida en la documentación primigenia y la temporalidad en que emergieron tales modificaciones, lo cierto es que la recriminación efectuada a las encartadas no es suficiente para endilgarles una responsabilidad de tipo contractual como lo reclama el pretensor en otro de sus reparos, habida consideración que no se demostró que los aquí intervinientes, de manera consensuada, hubieren ajustado la inclusión del bien desde el albor del proceso de licenciamiento, ni menos que el permiso constructivo, una vez radicado, no pudiera ser objeto de modificatoria.

A esta ultimación se llega de la lectura armónica de las cláusulas 6ª del contrato de vinculación, y del numeral 1.7 del acuerdo de fiducia, en las cuales se establece la reformatoria del proyecto por: **i)** exigencias de las autoridades; **ii)** por disposiciones técnicas de la construcción; **iii)** por razones imprevistas generadas en el mercado, e inclusive, contempló la posibilidad de modificar el área ofrecida, siempre que mediara autorización expresa del aportante de área.

Y es que, en realidad, nada les impedía efectuar los correctivos a la licencia inicialmente presentada, pues los entes querellados solo se comprometieron a lograr la autorización de la construcción, y su ejecutoria antes del 20 de enero de 2016, condición sin duda cumplida, dado que contaba con 12 meses a partir del 20 de enero de 2014 para ello,¹² y, como se aprecia a folio 437 del paginario, la licencia LC 15-3-0004 cobró firmeza el 23 de febrero de 2015.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe anotar que al interior de las diligencias aparece mencionada la razón por la cual se habría procedido a solicitar la licencia de construcción sin la determinación del total de las unidades residenciales planeadas.

¹² Folio 32, cdno 1.

Al respecto, el testigo Guillermo Cubillos historió que, inicialmente, se había radicado el proyecto de licencia, y luego se modificó con los planos definitivos, ejercicio que se hizo para "(...) *mantener la norma, esa es la verdad (...) si bien esta radicación no contenía [expresamente] el apartamento del ingeniero Otálora, de todas maneras era sabido por las partes que fue una radicación que se hizo precisamente para guardar norma y después se radicaría el proyecto ya con el contenido del apartamento del señor Otálora, de todas maneras era sabido por las partes que fue una radicación que se hizo precisamente para guardar norma y después se radicaría el proyecto ya con el contenido del apartamento del señor Otálora*", deponencia apreciada con una alta estima persuasiva no solo porque el testigo adujo haber sido el arquitecto gerente del proyecto inmobiliario en ciernes, y por ende conocedor, de primera mano, sobre los hechos narrados, sino en virtud de la responsabilidad y espontaneidad de su relato.

4.2. En lo referente a la presunta infracción de los contratos de fiducia y de vinculación respecto del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario Kubik Virrey II, la cual sustenta el apelante en que el área enajenable es el resultante del área total de los apartamentos menos la dimensión de las unidades a restituir a los aportantes, de ahí que si la primera extensión superficial es de 4.570 mts² y la segunda asciende a 1.703 mts², entonces la zona neta enajenable sería 2.867 mts², la que, a su criterio, no se cumplió.

A esto agregó que para el establecimiento de dicho dato únicamente podía establecerse con la licencia de construcción vigente a la fecha de declaratoria del punto de equilibrio debidamente ejecutoriada, no con la información de ventas, porque ésta no está sustentada legalmente y debe concordar, en un todo, con los planos arquitectónicos del proyecto.

Al respecto, comporta memorar que las estipulaciones 10.4 y 4.2.1.4 de los pactos vinculación y de fiducia determinaron expresamente que el punto de equilibrio era el "*60% del área enajenable*",¹³ sin que de tan claro designio pueda llegar a deducirse que la intención de los acordantes hubiere sido concretar dicho aspecto al producto del área total de los

¹³ Folio 6vuelto, y 26, cdno. 1.

109

apartamentos, menos la longitud de las unidades a restituir a los aportantes de área, amén de que ni la literalidad del comentado clausurado así lo revela, y menos es plausible arribar a tal entendimiento con el estudio del restante acervo contractual dispositivo.

Y es que al margen de que en la certificación emitida por la administradora del patrimonio autónomo se diferencien entre los beneficiarios los aportantes de área,¹⁴ eso no significa, *per se*, que la franja de terreno a restituir no corresponda al área total enajenable, ni que no deban tenerse en cuenta, si en últimas el vocablo "*enajenar*", según lo enseña la doctrina especializada, significa, transmitir a otro la propiedad de una cosa o bien, a título oneroso o lucrativo.¹⁵

Ahora, tras el análisis holístico de las disposiciones del contrato de fiducia, no es dable ultimar que el establecimiento del punto de equilibrio deba soportarse inexorablemente en la licencia de construcción aprobada en el 2015, pues los contratantes no lo impusieron de esa manera, y, además, ello no comporta un requerimiento infranqueable, si en mente se tiene que los suscriptores del negocio fiduciario, en su artículo 4.2.1.4., decidieron que los instrumentos para tal cometido serían los "*CONTRATOS DE VINCULACIÓN, debidamente firmados por las partes (...) compromisos de aporte que han sido determinados en la firma de contratos de vinculación, equivalentes mínimo al sesenta (60%) del área enajenable del proyecto*", redacción que, fuera de individualizar las formas de asociarse al proceso, también da a entender que ambas modalidades contribuyen a la delimitación del punto de equilibrio.

4.3. Otro de los ataques elevados contra el fallo se cimentó en que los documentos que sirvieron de base para certificar la finalización de la etapa pre-operativa -6 de marzo de 2015- no contemplaban el valor real de los bienes aportados, por cuanto "*(...) no se puede pretender que los inmuebles que son objeto de restitución se reporten como ventas con un valor y ese mismo valor sea el que se presente en el costo de los terrenos (...)*", cuestionamiento que luce desafortunado, dado que, si bien dentro de

¹⁴ Folio 89, *ídem*.

¹⁵ Cabanellas de Torres Guillermo. Diccionario jurídico Elemental Pag. 143.

los documentos a anexar para adelantar la construcción ¹⁶ está el presupuesto financiero del proyecto -tópico que guarda relación con el costo de la obra- también lo es que mediante contestación visible a folio 563 del plenario, en respuesta a un derecho de petición elevado por el señor Otálora a la Secretaría Distrital del Hábitat, ésta le informó que la radicación de los documentos realizada por la Promotora Lab Colombia Prolabco S.A.S., "(...) tuvo los respectivos efectos jurídicos, esto es que ya podía efectuar la enajenación de los inmuebles que conforman el proyecto", aquiescencia que también pregonó la autoridad de la actualización de la información, al encontrarla acorde con los "(...) requisitos exigidos y se encuentra ajustada a la normatividad vigente (...)",¹⁷ atestaciones que descartan un reproche a la pasiva por tal motivo.

En ese punto, basta con recordar que las circunstancias que encierran el caso en concreto, en especial el apalancamiento del proyecto en mención y la clase de bienes involucrados en el ejercicio contable fustigado, hacen ver factible que un mismo activo se considere como tal, y a la vez haga parte del costo del desarrollo inmobiliario, aspecto que al no ser cuestionado por la autoridad correspondiente no se avista la forma en la cual pueda repercutir en el cumplimiento de los requisitos orquestados para cerrar la fase inicial de la construcción.

4.4. Abordando el estudio de las inconformidades relativas a la fecha de celebración del contrato de vinculación, y la licencia de construcción del proyecto debe decirse, en primer lugar, que la imprecisión de la fecha de suscripción del aludido acuerdo en nada contribuye a la solución de esta

¹⁶ El artículo 71 de la Ley 962 de 2005, modificado por el canon 185 del Dto. 19 de 2012, establece: "El interesado en adelantar planes de vivienda deberá radicar únicamente los siguientes documentos ante la instancia de la administración municipal o distrital encargada de ejercer la vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles contempladas en la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979: **a.** Folio de matrícula inmobiliaria del inmueble o inmuebles objeto de la solicitud, cuya fecha de expedición no sea superior a tres (3) meses; **b.** Copia de los modelos de contratos que se vayan a utilizar en la celebración de los negocios de enajenación de inmuebles con los adquirentes, a fin de comprobar la coherencia y validez de las cláusulas con el cumplimiento de las normas que civil y comercialmente regulen el contrato; **c.** El presupuesto financiero del proyecto; **d.** Licencia urbanística respectiva, salvo que se trate del sistema de preventas; **e.** Cuando el inmueble en el cual ha de desarrollarse el plan o programa se encuentre gravado con hipoteca, ha de acreditarse que el acreedor hipotecario se obliga a liberar los lotes o construcciones que se vayan enajenando, mediante el pago proporcional del gravamen que afecte cada lote o construcción. PARÁGRAFO 1. Estos documentos estarán a disposición de los compradores de los planes de vivienda en todo momento con el objeto de que sobre ellos efectúen los estudios necesarios para determinar la conveniencia de la adquisición. PARÁGRAFO 2. El Gobierno Nacional reglamentará la forma de radicar los documentos y los términos y procedimientos para revisar la información exigida en el presente artículo. PARÁGRAFO 3. En ningún caso podrá exigirse la ejecución parcial o total de obras de urbanización o construcción, según sea el caso, como condición previa a la radicación de documentos de que trata el presente artículo; sin embargo, se deberá atender lo previsto en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 9 de 1989. En el evento que se requiera radicar nuevos documentos o se cambie alguna condición de los ya radicados, la autoridad municipal o distrital no podrá solicitar permiso, autorización o trámite adicional diferente a la simple radicación del nuevo documento.

¹⁷ Comunicación emitida por la Secretaría Distrital del Hábitat emitida el 18 de junio de 2015. Folio 570, cdno. 1.

controversia, ni tampoco acompaña la tesis impugnativa argüida por el inconforme, si en mente se tiene que la memorada imprecisión –un día de diferencia-¹⁸ se advierte como un simple *lapsus cálimi* de la juzgadora, mas no como un hecho indicativo de confusión como lo quiere hacer ver el apelante.

En segundo término, respecto a la licencia de construcción cabe precisar que el numeral 1.7. del contrato de fiducia registra un área enajenable "**aproximada**" de 4570 mts², es decir, una cifra cercana al propósito determinado, por lo que no puede aspirarse que la extensión superficial aludida en la licencia fuera exacta; con todo, el mismo clausulado estatuye que dicho espacio puede sufrir modificaciones.

Empero, con independencia del metraje consignado en la licencia LC 15-3-0004 que cobró firmeza el 23 de febrero de 2015, no puede dejarse de lado que la misma disposición contractual contempla la posibilidad de que el proyecto sufriera variaciones, y, como se anotó en párrafos antelados, resultaba procedente efectuar modificaciones al permiso de construcción; de ahí que tales afirmaciones resulten exiguas para derruir la providencia confutada.

4.7. En lo tocante a la apreciación del testimonio de Guillermo Cubillos, insiste el contradictor en que de su relato se desgaja que la licencia LC-3-0004 no corresponde al desarrollo inmobiliario objeto de demanda; que la mentada autorización no contenía el apartamento del demandante, ni son veraces sus aserciones en cuanto a la radicación de la solicitud por un cambio de normatividad, toda vez que, según lo transado, tal diligenciamiento tenía como plazo final para llevarlo a cabo el 15 de octubre de 2014.

Sobre esta temática, viene bien traer a colación que la afirmación de incongruencia se desvirtúa sin dificultad al parangonar las documentales visibles a folios 174 a 176 de la encuadernación principal, pues la simple dirección indicada en el permiso de edificación coincide con la enunciada en

¹⁸ El contrato de vinculación visible a folio 4, registra como fecha de firma el 14 de abril de 2014, y la juzgadora en la sentencia emitida colocó como data de suscripción 15 de abril de 2019.

el folio de matrícula 50C-193494. En lo que respecta a la falta de enunciación del apartamento del actor en el licenciamiento, no hay duda de ello, pues además de que el representante de Acción Sociedad Fiduciaria lo admitió, y con las documentales obrantes a folio 447 del paginario, tal hecho puede corroborarse, acaecimiento que no sustenta un incumplimiento contractual por las razones expuestas en numerales anteriores, como ya se concluyó.

Por último, en lo concerniente a la razón que motivó la radicación de la solicitud de la autorización constructiva para el mes de octubre de 2014, es un hecho del dominio público la suspensión del plan de ordenamiento territorial impulsado por la administración del exalcalde Gustavo Petro para dicha data, así como la expectativa de su entrada en vigencia, facticidad susceptible de ser corroborada con los dichos del testigo Guillermo Cubillos y las aseveraciones del experto Álvaro Tachak, la que analizada bajo la égida de la sana crítica ciertamente no luce descabellada para sostener que esa fue una de las razones que acarreó la petición el último día del plazo convenido.

Del mismo modo, de la lectura a la cláusula primera del contrato de transacción se avizora que la constructora quedó compelida a radicar la nueva documentación el 15 de octubre de 2014,¹⁹ acaecimiento que no obstante ser una razón fuerte para cumplir con dicha carga en la relacionada data, ello no tiene la fuerza para desmentir las afirmaciones del deponente, ni tampoco para tildar de desacertada la decisión del *a quo*, en virtud de que la médula argumentativa que estriba el incumplimiento contractual fue la no inclusión del apartamento del querellante en la licencia LC 15-3-0004.

A objeto de cerrar este capítulo, queda por analizar la experticia rendida por Jorge Humberto Jiménez, para la cual basta con descollar que la estimación realizada en primera instancia no luce arbitraria ni contraria a la sana crítica, comoquiera que al indagársele sobre si tenía especializaciones, indicó no tener, en torno a si tenía conocimientos en materia financiera adujo "*no tengo conocimientos específicos en materia financiera, tengo los habituales de un arquitecto*", manifestó que el laborío presentado era el

¹⁹ Folio 35 del cuaderno 1.

primero que realizaba, aserciones que ponen en tela de juicio su idoneidad sobre la materia, como en efecto lo ultimó la falladora de cognición.

4.8 Frente a los prejuicios ocasionados al actor, escrutado la integridad el acervo probatorio adosado al expediente se echa de menos medio suasorio que permita concretar en qué consistió el daño irrogado por la desatención contractual alegada, orfandad que impide acceder al reconocimiento petitionado, máxime si se repara en que "(...) *la doctrina de esta Corte ha venido afirmando que 'dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria'*. (Sentencia de casación civil de 4 de abril de 1968)"²⁰

Con apoyatura en lo descrito *ut supra*, al no avistarse comprobado el detrimento alegado a causa del actuar recriminado a los aquí enjuiciados, y al tenerse por cierto que el inmueble objeto de contrato le fue entregado al actor, tal y como el mismo lo certificó en el interrogatorio de parte rendido al interior de esta *lite*, no asoma razón jurídica valedera para imponer el resarcimiento económico solicitado; sin que el hecho de haber aludido la cuantía del mismo pueda suplir la carga probatoria que sobre sus hombros pesaba, dado que el *quantum* del perjuicio es un aspecto sustancialmente disímil al detrimento como tal.

4.9. En lo relativo al riesgo en que presuntamente incurrieron las convocadas con la suscripción de la escritural No 085 de la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, es menester anotar que de las documentales militantes a folios 59 a 88, del cuaderno principal –aportadas por la parte accionante– se infiere inequívocamente que el glosado acto público no contó con la autorización notarial, tal y como se hizo constar por la oficina fedataria al señalar que, "(...) *por cuanto transcurrieron más de dos (2) meses desde la fecha del primer otorgante sin que hubiere sido firmado este instrumento por*

²⁰ CSJ Sentencia SC10297-2014.

uno de sus otorgantes Banco Corpbanca Colombia S. A. razón por la cual procedo a no autorizarlo", atestaciones de las cuales se desprende sin tropiezo que, al no lograrse su debida protocolización, no pudo generarse los efectos aquí denunciados.

4.10. Finalmente, en lo atañadero al juramento estimatorio, no asoma incertidumbre alguna frente a la ausencia de objeción al mentado acto procesal del demandante; sin embargo, el parágrafo del artículo 206 del C. G. del P., preceptúa que *"(...) también habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo (...) en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios (...) La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte."*

En ese sentido, al ser patente la improsperidad de la demanda incoada, tras no hallarse soportados los incumplimientos contractuales, ni el daño alegados, y observarse una manifiesta carencia de fundamento en el resarcimiento de los perjuicios deprecados por el actor, al peticionarse una responsabilidad civil con base en unos contratos cuyo objeto fue cumplido a cabalidad y el activante salió beneficiado, de conformidad con lo preceptuado en el numeral 1 del artículo 79 del C. G. del P., la condena impuesta por la funcionaria de cognición merece ser ratificada.

5. De todo lo hasta aquí esgrimido se colige que la sentencia opugnada debe ser ratificada, con la consecuente condena en costas a la parte vencida conforme a lo previsto en la regla 1ª, del artículo 365 del C. G. del P.

6. DECISION: En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de agosto de 2018, proferida, en el sub-judice, por el Juzgado Veinte Civil del Circuito

de Bogotá D.C., conforme a lo esgrimido en el cuerpo considerativo de esta decisión.

SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a la parte demandante. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma de Un Millón de pesos (\$1'000.000,00). Tásense en oportunidad, conforme lo establece el artículo 366 del C. G. del P.

TERCERO: DEVOLVER, en su oportunidad, el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado

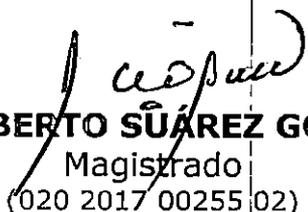
(020 2017 00255 02)

(Ausencia Justificada)²¹

NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN

Magistrada

(020 2017 00255 02)



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

(020 2017 00255 02)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL - SECRETARÍA

LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE NOTIFICA A LAS
PARTES POR ESTABO QUE SE FIJA HOY _____

29 AGO 2019

El Secretario _____

²¹ Se deja constancia que la H. Magistrada no suscribe esta providencia debido a que en la fecha de celebración de la audiencia pública realizada el pasado 22 de agosto de 2019 contaba con ausencia justificada. Por consiguiente, la sentencia se emite por los Magistrados que escucharon la sustentación del recurso de apelación.