

**JUZGADO TREINTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá D. C., veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021).

**Ref: Ejecutivo No. 11001 31 03 037 2019 00621 00**

Se reconoce al abogado ANDRES GUILLERMO RODRIGUEZ RAMIREZ como apoderado sustituto de la ejecutante, en la forma y términos del poder previamente aportado.

En firme este auto, vuelva al Despacho.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**



**HERNANDO FORERO DÍAZ**

**Juez**

JUZGADO TREINTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA

SECRETARIA

Bogotá, D.C. 22 de abril de 2021

Notificado por anotación en ESTADO No. 056 de esta misma fecha.-

El Secretario,

JAIME AUGUSTO PEÑUELA QUIROGA

**JUZGADO TREINTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá D. C., veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021).

**Ref: Verbal (responsabilidad civil) No. 11001 31 03 037 2019 00149 00**

Se acepta lo pedido por el demandante y en consecuencia, se ordena oficiar a la Procuraduría General de la Nación para informarle de la realización de las audiencias programadas en auto anterior y que se requiere su presencia en las mismas para que si a bien lo tiene, intervenga en su desarrollo conforme las competencias que la ley le impone.

Líbrese la comunicación al funcionario delegado que radicó su primera intervención para que se entere de esta providencia y el auto anterior.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**



**HERNANDO FORERO DÍAZ**

**Juez**

JUZGADO TREINTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA

SECRETARIA

Bogotá, D.C. 22 de abril de 2021

Notificado por anotación en ESTADO No. 056 de esta misma fecha.-

El Secretario,

JAIME AUGUSTO PEÑUELA QUIROGA

**JUZGADO TREINTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá D. C., veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021).

**Ref: Acción de Cumplimiento No. 11001 31 03 037 2021 00035 00**

Se acepta el desistimiento manifestado por la parte demandante frente al recurso de apelación promovido contra el auto que dispuso el rechazo de la demanda.

En consecuencia, se ordena la devolución de la demanda y sus anexos al accionante.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**



**HERNANDO FORERO DÍAZ**

**Juez**

JUZGADO TREINTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA

SECRETARIA

Bogotá, D.C. 22 de abril de 2021

Notificado por anotación en ESTADO No. 056 de esta misma fecha.-

El Secretario,

JAIME AUGUSTO PEÑUELA QUIROGA

## **JUZGADO TREINTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Se procede a dictar sentencia escrita dentro del proceso declarativo promovido por Fundación Unydos contra Parque Industrial Río de la Magdalena & Cía. Ltda., Javier Fandiño González y Constanza Basto Triana, siendo llamado en garantía Liberty Seguros S.A. **Rad. 110013103037201900031 00.**

### **ANTECEDENTES**

1. Mediante escrito radicado en este Juzgado el 18 de enero de 2019, la actora solicitó como peticiones principales, declarar que entre las partes existió un contrato civil de obra denominado “*contrato de diseños, estudios técnicos, trámites, licencias y construcción del Centro Cultural Juan Rey*”, suscrito inicialmente entre la Fundación Confraternidad y Constanza Basto Triana el día 13 de abril de 2013; que luego se presentó una cesión de posición contractual de esta última a favor de Parque Industrial Río de la Magdalena & Cía. Ltda. Mediante documento suscrito el 12 de septiembre de 2013 y donde quedó como garante solidaria la señora Basto Triana.

También pide que se declare que el contratante inicial cedió su posición contractual a la ahora demandante a través de escrito fechado el 30 de diciembre de 2014, y que el 20 de octubre de 2015 se modificó el negocio para denominarlo “*contrato de construcción en la modalidad todo costo y precio fijo para la terminación del centro cultural Juan Rey*”, suscrito entre Fundación Unydos y Parque Industrial Río de la Magdalena & Cía. Ltda.

Consecuencialmente deprecó que se declare resuelto el convenio de que trata el documento de fecha 13 de abril de 2013 que posteriormente fue objeto de cesiones de posición contractual los días 12 de septiembre del mismo año y 30 de diciembre de 2014 y modificado en el año 2015.

Solicitó que a raíz de las anteriores declaraciones, se ordene a la parte demandada reintegrar en forma solidaria al accionante los dineros recibidos en ejecución del contrato; que deben pagar el equivalente al 30% del valor del negocio y *“el valor que exceda de esta suma, como indemnización de los perjuicios causados a la parte demandante por el incumplimiento”* de los accionados.

Que se condene a los accionados al desembolso a favor del extremo activo y de manera solidaria, de la cantidad de \$537'394.814 por concepto de los dineros pagados durante la ejecución del contrato, más los intereses moratorios sobre tal cantidad o su respectiva indexación, causada desde el día de su desembolso y hasta que se pague la obligación. Todo ello junto con el 30% del valor del contrato conforme se indicó previamente equivalente a \$184'500.000 y atendiendo que el precio del mismo era de \$308'634.054.

En subsidio y ante la eventualidad de que el Juzgado considere que las partes celebraron dos contratos, uno el celebrado el 13 de abril de 2013 con sus respectivas modificaciones y otro el contenido en documento de fecha 20 de octubre de 2015, pide que se declare *“la resolución por incumplimiento”* del contrato civil de obra denominado *“contrato de diseños, estudios técnicos, trámites, licencias y construcción del Centro Cultural Juan Rey”*, suscrito inicialmente entre la Fundación Confraternidad y Constanza Basto Triana el día 13 de abril de 2013; que luego se presentó una cesión de posición contractual de esta última a favor de Parque Industrial Río de la Magdalena & Cía. Ltda. Mediante documento suscrito el 12 de septiembre de 2013 y donde quedó como garante solidaria la señora Basto Triana.

Que se declare la resolución por incumplimiento del contratista, *“del contrato civil de obra”* denominado *“contrato de construcción en la modalidad todo costo y precio fijo para la terminación del centro cultural Juan Rey”*, suscrito entre Fundación Unydos y Parque Industrial Río de la Magdalena & Cía. Ltda. A través de documento privado de fecha 20 de octubre de 2015.

Como consecuencia de lo anterior, pidió condenar a los convocados de manera solidaria al pago de \$537'394.814 por concepto de los dineros recibidos durante la ejecución del contrato, más \$77'540.000 equivalente al 30% del valor del contrato inicialmente mencionado y \$68'190.000 como 30% del monto del segundo negocio arriba descrito, todo ello a manera de sanción por incumplimiento a cargo de la parte demandada, junto con los intereses moratorios y la indexación a que hubiere lugar.

2. Admitida la demanda, los demandados JAVIER ALFREDO FANDIÑO GONZÁLEZ y PARQUE INDUSTRIAL RÍO DE LA MAGDALENA & CIA LTDA., excepcionaron *“prescripción de la reclamación, no comprender en la demanda a todos los litisconsortes necesarios, falta de legitimación en la causa por activa, indebida acumulación de pretensiones, daños por culpa exclusiva del demandante, exoneración de culpa de los demandados, falta de requisitos para la terminación del contrato”*.

Por su parte, la demandada Constanza Mireya Basto Triana propuso, además de las arriba mencionadas, las excepciones de *“exoneración de culpa de los demandados, falta de requerimiento para la terminación del contrato y mala fe del demandante”*.

3. Se llamó en garantía a LIBERTY SEGUROS S.A., quien excepcionó *“falta de jurisdicción y competencia, necesidad de examinar el contrato de seguro a la luz de las disposiciones que lo rigen, falta de legitimación en la causa por activa por parte de Parque Industrial Río de la Magdalena & Cía. Ltda. Para llamar en garantía, prescripción de las acciones, imposibilidad de afectar el amparo de cumplimiento y de estabilidad de la obra de manera simultánea, inexistencia de siniestro bajo el amparo de cumplimiento por ausencia de incumplimiento contractual, ausencia de demostración de la ocurrencia del siniestro y de la cuantía de la pérdida, inexistencia de siniestro respecto del amparo de anticipo, exclusión de cláusulas penales, exoneración de responsabilidad por modificaciones al contrato garantizado, aplicación del límite de la suma asegurada y el límite del perjuicio patrimonial”*

*sufrido por el asegurado, reducción de la suma asegurada y de la indemnización por aplicación del principio de proporcionalidad y compensación”.*

4. Corrido el traslado de las excepciones, se convocó a la audiencia prevista en los artículos 372 y 373 del C. G. P. Cumplidas las etapas respectivas, se corrió traslado para alegar y se anunció oralmente el sentido de la sentencia, que en escrito se expondrá en detalle.

### **CONSIDERACIONES**

1. Los presupuestos procesales se encuentran acreditados en el presente proceso, y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar la actuación, ni impedimento para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponda.

2. Lo primero a advertir es que no cabe examinar en este fallo excepciones como las de indebida acumulación de pretensiones, falta de integración del contradictorio, pues, bien pudieron formularse en su oportunidad mediante excepciones previas, conforme lo previsto en los artículos 100 y siguientes del C. G. P.

En todo caso, no se olvide que se pretende declarar solidariamente y con base en lo plasmado en los contratos, que los demandados son obligados al pago de las sumas de dinero deprecadas, lo que descarta la necesidad de vincular a todos los intervinientes o participantes en la relación contractual que ha vinculado a las partes de esta controversia.

Lo concerniente a la prescripción de la reclamación obedece más una oposición que pudiera plantear la aseguradora frente al llamamiento en garantía, por lo que los accionados no están facultados para invocar dicho medio extintivo con base en hechos que incumben al asegurador de este proceso.

No puede abrirse paso lo que respecta a la ausencia de legitimación por activa, toda vez que es claro el texto de los documentos contractuales aportados al plenario, que la Fundación Unydos es la contratante y beneficiaria del negocio que de acuerdo con las pruebas aportadas no cumplió su cometido en lo que respecta al actuar de la parte demandada, correspondiendo dilucidar si le asiste algún derecho en relación con los hechos alegados.

3. Ahora, los documentos aportados y las declaraciones rendidas por las partes, así como los testigos que comparecieron al proceso, permiten determinar que la relación contractual que involucró a las partes acá convocadas es una sola.

Si bien existen diferentes documentos, todos ellos plasman el cambio de posición de unos sujetos a otros, hasta terminar en los intervinientes que hoy están enfrentados en este litigio, pero la esencia del mismo es la misma, cual es la construcción, diseños y trámite de licencia respectiva para levantar la sede del centro comunitario Juan Rey, a cargo de la Fundación Unydos.

En ejercicio de la libertad contractual, las partes pueden en el curso de la ejecución del contrato cuya génesis data del 13 de abril de 2013, hacer las modificaciones que estimen convenientes de acuerdo con la manera en que el negocio se desarrolle y evolucione.

Es por eso que llegaron hasta el último documento calendado el 30 de noviembre de 2015, que examinado en conjunto con las demás modificaciones al acto jurídico inicial permiten inferir que la parte contratante es la demandante Fundación Unydos, el contratista es la sociedad Parque Industrial Río de la Magdalena & Cía. Ltda., figurando como garante solidaria de las obligaciones a cargo de la primera la Fundación Confraternidad y respecto de la contratista la aquí accionada Constanza Basto Triana.

También se entiende acorde con el documento del 20 de octubre de 2015, que el precio final del contrato es de \$227'300.000 incluido el

AIU y el IVA; que el plazo final para la entrega de la obra encargada fue el 23 de marzo de 2016 y que la última sanción acordada por incumplimiento contractual imputable al contratista es el 30% del valor arriba mencionado.

No se desconoce que hubo pagos efectuados con anterioridad al contratista, y que hubo un plazo inicialmente estipulado para la entrega de la edificación objeto de negocio, cual fue de seis meses contados a partir de la fecha de suscripción del contrato inicial (13 de abril de 2013), pero por diferentes circunstancias no se entregó la obra en los plazos acordados.

Igualmente está probado que el día 6 de mayo de 2016 se firmó un documento denominado “*acta de entrega de la obra en el estado en que se encuentra*”, donde se acordó que se dejaría a disposición del contratante la edificación trabajada hasta ese momento por la sociedad demandada, reservándose la ahora accionante la potestad de disponer los medios a su alcance para terminarla y adelantar las gestiones legales para resolver las diferencias por posible incumplimiento contractual.

4. Debe recordarse que al ser ésta una acción de responsabilidad contractual, que está inmersa dentro de las pretensiones resolutorias como la que se examina en este caso, la prosperidad de las peticiones está sujeta a “*la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado*” (Casación Civil, sentencia del 9 de marzo de 2001, rad. 5659).

Deviene fundamental para el éxito de la acción demostrar el incumplimiento del demandado y que no haya en este caso un desacato

convencional en cabeza del accionante, que sea trascendental y de una incidencia que haya impedido a la contraparte acudir a la observancia de sus compromisos u obligaciones.

Como se precisó al inicio de esta exposición, en esencia el objeto del contrato consistió en la construcción del Centro Cultural Juan Rey, lo cual comprendía la elaboración y entrega de diseños, trámites, licencias y estudios técnicos. Todo dentro de los plazos y con los compromisos plasmados en los diferentes documentos aportados y suscritos por las partes.

Es cierto que, conforme lo dilucidado por las partes, en especial las declaraciones de parte y algunos de los testimonios, en especial los rendidos por Juan Carlos Fandiño y Elsa Victoria Wolf Cuartas, así como los documentos de avance de obra anexos al paginario, se tiene que en el año 2013 iniciaron las obras para levantar la edificación del centro cultural arriba mencionado. Deviene intrascendente para estos efectos que los trabajos que iniciaron refirieron a la adecuación del terreno sobre el cual se construiría el centro cultural en mención, pues, ello comporta que inició acciones encaminadas a ejecutar el contrato materia de este debate.

Está demostrado que la obra inició aún sin tener la licencia de construcción aprobada, tal como lo aceptó el representante legal de la sociedad demandada, pero todo bajo la excusa de que al colocar una valla de inicio de aviso de obra, es una costumbre que siempre tiene para adelantar el encargo encomendado por la contratante.

Admitiendo que fue algo que contó con el consentimiento de todas las partes del contrato, no se pasa por alto que en lo fundamental una de las obligaciones del constructor consistió en el trámite de la licencia de construcción para contar con el visto bueno de la autoridad administrativa para que la obra pueda desarrollarse.

Sin embargo, es evidente que a pesar de haberse iniciado el trámite ante la Curaduría Urbana por parte de la empresa

constructora, los documentos aportados dan cuenta que en un principio no tuvo éxito la gestión por cuanto en un momento, dicha entidad requirió la aportación de unos documentos para completar el trámite, como eran la prueba de que los linderos físicos y los de planos coincidieran, o certificarlos con los de Catastro Distrital y otras que fueron debidamente descritas en Resolución 13-4-1327 del 27 de diciembre de 2013 (folios 80 a 89, cuaderno 1).

Del material probatorio no se advierte que se hubieran agotado las gestiones para subsanar tales falencias. Más bien, transcurrido el plazo allí indicado se procedió por Curaduría a declarar terminado el trámite por desistimiento, sin que hubiera sido objeto tal acto administrativo de recursos.

El hecho de que el constructor, como manifestó el representante legal de la sociedad accionada, hubiera efectuado por sus propios medios labores de delimitación o corrección de los linderos del inmueble, pese a que la autoridad le había indicado una vía como era acudir a los planos catastrales o documentos correspondientes que Catastro maneja, no subsanaba la omisión que dio por terminada la actuación administrativa. Era necesario agotar no solo esas tareas sino las otras que requirió el Curador Urbano para avalar la licencia de construcción solicitada.

Esa situación motivó el cierre de la obra que repercutió en un retraso importante de los trabajos, lo cual acaeció en el año 2014 y se levantó tal suspensión luego de que en el año 2015 se gestionara y avalara la nueva licencia, con todas las formalidades y el lleno de los requisitos legales.

Se considera entonces, que el hecho de haber iniciado obras sin contar con la licencia de construcción debidamente aprobada, el hecho de no concluir en un principio las gestiones para que se obtuviera el visto bueno de la autoridad urbanística para conceder dicho aval, sino que se dejó sin mayores explicaciones vencer el término para corregir la solicitud y provocar la declaratoria de desistimiento del trámite,

configuran un primer incumplimiento de la obligación de gestionar la aprobación de dicho permiso.

Ese incumplimiento contractual generó la orden de sellamiento del proyecto y un retraso importante en su cumplimiento, al punto que en los plazos fijados en los primeros documentos contractuales no se cumplieron, sino que la parálisis de la obra tuvo una duración importante.

5. Otro de los reparos al proceder de la empresa constructora refiere a la calidad del trabajo encomendado. A ello se ha opuesto el extremo demandado advirtiendo que para marzo de 2016 (momento en que hizo entrega de la obra a la contraparte), estaba su edificación estaba levantada en un porcentaje importante y en buenas condiciones; que nunca fue notificado o constituido en mora respecto de posibles incumplimientos y que la obra fue modificada unilateralmente y sin consentimiento del constructor después de su retiro del lugar de desarrollo de los trabajos.

Para acreditar ello, aportó el accionante un dictamen pericial, cuyo profesional que lo elaboró estuvo presente en la fase de instrucción y juzgamiento. De dicho peritaje se extrae que luego de hacer una revisión a los documentos, planos que le fueron suministrados e incluso una visita hecha en el año 2019 al inmueble donde se levantaba la construcción, se evidenciaron defectos como la inexistencia de ventanas para las fachadas, la estructura metálica no era la adecuada, no se ajustó a las especificaciones presentadas en la licencia de construcción, no era apta para obtener el permiso de ocupación si se hubiera continuado el trabajo como se encontraba al momento de su entrega al contratante, el muro de contención medianero con otro predio no estaba levantado con materiales adecuados para mitigar cualquier dificultad (al punto que hubo una querrela del vecino por esas falencias que terminó vía conciliación, como se corroboró de diferentes declaraciones y otros documentos aportados al plenario), falencias que ofrecían como alternativa el desmonte de la estructura o su demolición, procediéndose a lo primero

para presentar finalmente la obra que evidenció en su última visita a la zona.

A lo anterior se suma el hecho de que en las primeras obras hubo una falla consistente en la incursión de trabajos en zona de afectación vial, hecho del que dio cuenta el representante legal de la demandante y otros testigos que rindieron su declaración sobre los hechos de la demanda.

El dictamen aportado por la parte demandada no derriba las conclusiones antes descritas, pues, se circunscribió a reiterar lo que especificaba la licencia sobre los términos y condiciones, que no había problemas con la cimentación del predio y a exponer que hizo una visita al bien, tiempo después de que se hubiera hecho la entrega de la obra a la fundación demandante y que la construcción estuviera terminada con las modificaciones hechas después de la terminación del vínculo contractual entre los sujetos acá implicados.

Añádase que ese perito (el de la parte demandada), no acreditó suficiente experiencia y conocimiento sobre la materia involucrada en el caso concreto y el documento que recoge su dictamen no contiene análisis o examen más profundo sobre la obra objeto de discusión o los aspectos técnicos de la misma y el proceder de las partes en contienda.

Igualmente, varios de los testigos señalaron los problemas o defectos en el trabajo encomendado al contratista inicialmente. Es así que Carlos Isaacs expuso que hacia el año 2016 evidenció problemas como vibración de las placas, que la obra como estaba en ese momento no reunía las condiciones para que se otorgara una licencia de ocupación y que sugirió, junto con otras personas, que se gestionara modificación de la licencia y el desmonte de la obra inicial o parte de ella, lo cual se logró en el año 2017 y finalmente se pudo elaborar la obra en condiciones adecuadas. También dio cuenta de los inconvenientes con un muro medianero que estaría afectando a un predio vecino y que no tuvo a la mano planos eléctricos e hidráulicos.

El testigo José Eustacio Escobar señaló que había evaluado la obra contratada y para el año 2016 estaba en un 60%. Que (al igual que el otro testigo) no encontró planos eléctricos e hidráulicos de la construcción, también sugirió tramitar cambios en la licencia otorgada en el año 2015, no encontró ventanas en la fachada, no había templetes en la cubierta ni muros laterales. También evidenció remoción de masas de tierra en la época en que se hizo entrega de la obra por parte del contratista aquí demandado.

Similares hechos refirió el testigo Miguel Ramírez Gómez, quien además, señaló que desde un principio evidenció problemas en la edificación, que había elementos de la misma que estaban ocupando una zona de cesión vial, la obra en últimas no estaba ajustándose a las especificaciones de la licencia que fue aprobada en el año 2015 y también sugirió el desmante o demolición, procediéndose a lo primero y refirió que fue menester tramitar modificaciones a la licencia inicial, dando un resultado favorable hacia el año 2017.

Se suma a lo anterior la declaración de Elsa Victoria Wolf Cuartas, quien ha fungido como representante legal de la Fundación Confraternidad y ésta fue la primera contratante antes de ceder su posición negocial a la ahora demandante, refiriendo que el día en que asistió a la inauguración del centro cultural evidenció problemas, como que la edificación no tenía baños, agua, alcantarillado, presentaba movimientos al desplazarse en su interior, la fachada no tenía ventanas, conoció que la sugerencia de otros profesionales (varios de ellos testigos que concurrieron a estas diligencias), era desmontar o demoler la obra y también dio cuenta de los problemas con el muro medianero que afectó un predio vecino al de la obra aquí involucrada.

Pese a que hubo motivos de sospecha en uno de los testigos, concretamente José Escobar por haber recibido alguna compensación monetaria para evaluar la situación de la obra, su declaración no se advierte contradictoria o vaga, ni existen serios motivos para dudar de su credibilidad por cuanto concuerda con el dicho de los otros testigos

y las demás pruebas anexadas por la parte actora junto con su demanda.

Es más, lo que relataron los anteriores testigos concuerda con el informe fechado el 9 de septiembre de 2016, que contiene el informe técnico de la obra correspondiente al Centro Cultural Juan Rey, donde detallan los inconvenientes hallados luego de la entrega de la misma por parte de la empresa aquí demandada, así como las sugerencias de trabajos y el camino a seguir para que pudiera encontrarse en términos funcionales la obra en mención.

Ahora, pese a que el testigo Juan Carlos Fandiño señalara que la obra se encontraba lista en un 90% para el año 2016, que en general no presentaba mayores inconvenientes o defectos la construcción, su dicho no concuerda con el de los demás declarantes ni la documental aportada, que sí ofrece detalle sobre los problemas que al momento de finalización de su cometido por parte del constructor se estaban presentando en la edificación. Súmese que en su caso, siempre su declaración estuvo encaminada a defender la labor de la sociedad accionada, dado que es socio de la misma, participó como residente de la obra y es hijo de su representante legal.

Cabe señalar que si bien, como refirió el extremo activo y los testigos, se hizo un desmonte de la estructura inicial para hacer finalmente la construcción que se evidencia en la actualidad, ello no configura desacato a sus deberes contractuales por parte del beneficiario ni un actuar contrario a la legalidad y el contrato que se pretende dar por resuelto, dado que ya había entregado el accionado los trabajos al contratante, lo que daba lugar a que estuviera el accionante en libertad de disponer todo lo necesario para terminar su trabajo.

Es que no era necesaria una constitución en mora o requerimiento alguno antes de pedir los trabajos o finalizar el contrato, de las pruebas atrás descritas era claro que se venían presentando problemas o fallas en la ejecución del contrato que derivaron en el

incumplimiento de los plazos acordados, el no otorgamiento de la licencia de construcción desde un principio, el cierre de la obra en el año 2014, así como los defectos en la estructura evidenciados por los profesionales que comparecieron en condición de testigos a estas diligencias, lo cual daba lugar a reclamar por esta vía el incumplimiento contractual y sus consecuencias.

Luce carente de sustento la aseveración hecha por el representante legal de la empresa demandada en el sentido de que su trabajo se vio obstaculizado por interferencia del demandante y del comité que lo estaba rodeando. No se evidenció actividad de parte de los profesionales que fungieron como testigos en este proceso que estuviera dirigida a torpedear u obstaculizar la labor del constructor ni tampoco se demostró que las dificultades o defectos del trabajo encomendado hayan tenido como causa conductas emanadas del representante legal dirigidas a modificar unilateralmente y por fuera de los parámetros contractuales la obra inicialmente pactada.

Tampoco las declaraciones de terceros dan cuenta de peticiones unilaterales de parte del representante de Fundación Unydos que modificaran las especificaciones de la obra contratada, o que los defectos evidenciados por ellos tuvieran origen en su actuar o de la parte actora, sino que todo se basó en su conocimiento técnico y la observación hecha a los trabajos entregados, lo cual comporta que no se acoja la defensa fundada en la culpa exclusiva del demandante.

Por lo anterior se evidencia para el Juzgado el incumplimiento contractual de parte de la sociedad Parque Industrial Río de la Magdalena & Cía. Ltda., por cuanto la obra no contaba con las condiciones técnicas para su uso, no se cumplieron los plazos acordados en el contrato y sus diferentes modificaciones y no se gestionaron cabal y oportunamente las actividades para que la licencia de construcción estuviera aprobada desde un principio y, pese a ello, se iniciaron trabajos sin el aval de la autoridad competente.

Lo anterior torna viable la pretensión resolutoria elevada en las pretensiones principales. Se destaca que son éstas las que se evalúan en razón a que el contrato es uno solo, como se expuso en líneas anteriores, dado que el objeto del negocio y su finalidad siempre fueron las mismas desde un principio, siendo descartable examinar la contienda desde la óptica de las pretensiones subsidiarias.

6. Como se indicó previamente, el perjuicio a indemnizar debe ser cierto y claramente demostrado en esta clase de contiendas. Fundamentalmente se pide que se restituyan los dineros pagados al contratista por concepto del precio desembolsado en el curso de la obra, así como las sanciones por incumplimiento señaladas en las cláusulas correspondientes del contrato.

Es cierto que el representante legal de la compañía demandada aceptó haber recibido los dineros correspondientes a la remuneración pactada y todas las cantidades referidas en la demanda por ese concepto.

Sin embargo, para el Juzgado no es claro que quien los haya desembolsado fuera en un momento la Fundación Confraternidad (la entidad contratante inicial), ni tampoco la Fundación Unydos.

La declaración del representante legal de esta última persona jurídica refiere que él era una especie de ordenador de los gastos, de los pagos a transferir al constructor, pero que eran sumas que estaban en custodia de una entidad religiosa diferente, debido a que se trataba de dineros provenientes de personas de nacionalidad extranjera, con miras a hacer realidad el proyecto del centro cultural en la zona de Juan Rey de esta capital. Esos dineros no ingresaron directamente a las arcas, bien de la Fundación Confraternidad o de la institución que ahora está demandando, sino que estaban a cargo de otro ente tras su giro por parte de esos extranjeros y, el contratante era quien daba la orden para entregar los dineros al constructor según sus requerimientos y el avance de la obra.

Tal apreciación se corrobora con el testimonio de Elsa Victoria Wolf, quien manifestó en su declaración que los dineros llegaban de parte de los ciudadanos extranjeros (irlandeses más exactamente), entregaban el dinero a una Iglesia quien los tenía en custodia y ésta los giraba al constructor por autorización del contratante, que en un principio fue la Fundación Confraternidad y después la Fundación Unydos a través de su representante legal.

Estas aseveraciones conllevan a deducir que los dineros pagados a la constructora no provinieron de ninguna de las fundaciones contratantes, sino de terceros que aportaron los dineros para la obra y recibían el aval o visto bueno del representante legal de las fundaciones para entregarle al contratista a fin de que realizara sus trabajos, según los requerimientos del beneficiario de los trabajos encargados.

Por tal motivo no se impondrá condena al pago de los dineros desembolsados al constructor, a favor de la parte actora.

De todos modos, sí se ordenará el reconocimiento de la cuantía de \$68'190.000 correspondientes al 30% del valor del contrato según lo pactado en documento de fecha 30 de noviembre de 2015. Debiéndose precisar que conforme al otro sí calendado 20 de octubre de 2015 el monto estipulado como remuneración de dicho negocio era de \$227'300.000.

El porcentaje arriba descrito corresponde a la sanción por incumplimiento acordada por las partes, que haría las veces de estimación contractual anticipada de los perjuicios que pudiere generar el incumplimiento del contrato por alguna de las partes, y ante las circunstancias demostradas en este asunto, se impone decretar el pago de esa suma a título de pena.

7. Frente a quienes están obligados a pagar la cuantía de \$68'190.000 ya referida, se opondrá la demandada Constanza Basto Triana alegando que no ha sido parte del contrato materia de la presente controversia. Por su parte el actor buscó que las condenas se impongan

solidariamente, tanto a ella como al señor Javier Alfredo Fandiño González, porque ella figuró como garante solidaria del contratista y el segundo es el profesional que creó la sociedad demandada y quien suscribió todos los documentos relacionados con la gestión de la licencia de construcción para la obra objeto de disputa.

Respecto a la solidaridad, no se puede olvidar que ésta debe constar expresamente en la convención, el testamento o la ley, de modo que puede exigirse la obligación en su totalidad a cada uno de los deudores (art. 1568 CC).

Con base en ello, se encuentra que en los documentos suscritos el 20 de octubre y el 30 de noviembre de 2015, la señora Constanza Basto Triana firmó en calidad de garante solidaria del contratista, lo cual implica que mantuvo su vinculación en el negocio y debería acudir a cubrir los compromisos contractuales junto con la empresa contratista, bajo esa modalidad establecida en los artículos 1568 y siguientes del Código Civil.

No acontece lo mismo frente a Javier Fandiño González, pues, él es representante legal de la sociedad Parque Industrial Río de la Magdalena & Cía. Ltda., y también socio de aquella. Esa calidad no se fusiona con la de la persona jurídica, ni el hecho de que él ostente una condición profesional lo vincula como sujeto individual en el pago de las obligaciones derivadas del contrato de obra aquí implicado.

Recuérdese que conforme al artículo 98 del Código de Comercio, la sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. Lo que significa que los compromisos asumidos por Parque Industrial Río de la Magdalena & Cía. Ltda., no son los mismos que deba honrar con su patrimonio el señor Fandiño González.

A ello se suma que en el contrato no quedó expresamente consagrado que Javier Alfredo Fandiño González deba honrar

obligaciones del contratista en forma solidaria, por manera que a él no se le impondrá condena de esa manera a favor del extremo demandante.

8. Finamente, las pretensiones del llamamiento en garantía hecho a Liberty Seguros S.A. no están llamadas a prosperar. Todo porque de acuerdo con la póliza o conjuntos de pólizas suscritas como garantía del contrato y para salvaguardar prestaciones o circunstancias relacionadas con su desarrollo, están excluidas de cobertura las cláusulas penales o multas impuestas al contratista garantizado.

Ello se encuentra consignado en las condiciones generales de la póliza de seguro que anexó la aseguradora como prueba de sus excepciones (folio 58 cuaderno 2, vuelto).

Es de anotar que todo contrato es ley para las partes (art. 1602 CC), y en este sentido deberán las partes sujetarse a las condiciones señaladas en la póliza de seguro y las condiciones generales de la misma, en el evento en que no consten expresamente en aquella (arts. 1046 y 1047 C. Co.).

Por lo anterior no se impondrá ninguna obligación monetaria a cargo de la llamada en garantía y se acogerá la excepción de “*exclusión de cláusulas penales*” propuesta por Liberty Seguros S.A.

9. En síntesis, se acogerán las pretensiones principales de la demanda de manera parcial, decretando la resolución del contrato cuya génesis data del 13 de abril de 2013 y su último otro sí es el suscrito el 30 de noviembre de 2015, declarando resuelto dicho negocio y ordenando a la constructora y a la garante a pagar en forma solidaria y a favor de la demandante, la suma de \$68'190.000, en la forma y términos que se indicarán en la parte resolutive de la sentencia.

Atendiendo que se trata de un mismo contrato, no se acogerán las pretensiones subsidiarias, en lo que concierne al pago de la penalización acordada en el primer clausulado y la estipulada en el último otro sí, como prestaciones diferentes, por lo que la última

modificación consignada en documentos del 20 de octubre y 30 de noviembre de 2015 sobre ese punto, es la que rige todas las relaciones contractuales, incluso lo concerniente a sanciones por incumplimiento.

Por las razones expuestas en esta sentencia, esto es, el que no se demostró que el dinero acordado como precio del contrato haya salido de los recursos o patrimonio del demandante y del primer contratante, no se condenará a las pretensiones principales y subsidiarias relacionadas con el reintegro de los dineros que a título de remuneración se entregaron al constructor.

La obligación de pago de la pena será asumida en forma solidaria por la sociedad contratante y la garante Constanza Basto Triana.

No asumirá ningún monto económico Liberty Seguros S.A., por cuanto la condena acá impuesta está excluida de cobertura de la póliza que motivó el llamamiento en garantía hecho en el curso de esta controversia.

## **DECISION**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Siete Civil del Circuito Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO:** DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por los demandados CONSTANZA BASTO TRIANA Y PARQUE INDUSTRIAL RÍO DE LA MAGDALENA S.A.

DECLARAR PROBADA la excepción propuesta por Liberty Seguros S.A. denominada “*exclusión de cláusulas penales*” frente al llamamiento en garantía.

**SEGUNDO:** ACOGER PARCIALMENTE las pretensiones principales de la demanda. En consecuencia, se declara RESUELTO el contrato de obra denominado “*contrato de diseños, estudios técnicos, trámites, licencias y construcción del Centro Cultural Juan Rey*”, suscrito inicialmente entre la Fundación Confraternidad y Constanza Basto Triana el día 13 de abril de 2013, que fue objeto de cesiones de posición contractual detalladas en los otros sí enunciados en las consideraciones y que de acuerdo con las últimas modificaciones hechas en documentos fechados el 20 de octubre y 30 de noviembre de 2015, figuró como contratante la FUNDACIÓN UNYDOS y contratista la empresa PARQUE INDUSTRIAL RÍO DE LA MAGDALENA & CÍA LTDA., siendo garante solidaria de esta última la sociedad la demandada CONSTANZA BASTO TRIANA.

**TERCERO:** CONDENAR en forma solidaria a PARQUE INDUSTRIAL RÍO DE LA MAGDALENA & CIA LTDA y CONSTANZA BASTO TRIANA, a pagar a favor de la FUNDACION UNYDOS la suma de \$68'190.000 a título de sanción por incumplimiento. Monto frente al cual se causarán intereses moratorios a la tasa del 6% anual, a partir de la ejecutoria de esta sentencia y hasta que se verifique el pago.

Se niegan las demás prestaciones deprecadas en las pretensiones principales, y las de las subsidiarias no comprendidas dentro de la condena impuesta en el inciso anterior.

No se impone condena alguna a cargo de JAVIER ALFREDO FANDIÑO GONZÁLEZ, por lo expuesto en las motivaciones de esta sentencia.

Tampoco se ordena a LIBERTY SEGUROS S.A. el pago de sumas de dinero en esta sentencia, conforme se explicó en las consideraciones y se desprende del inciso segundo del numeral 1° de este fallo.

**CUARTO:** Costas de esta instancia a cargo de los demandados PARQUE INDUSTRIAL RÍO DE LA MAGDALENA & CIA LTDA y CONSTANZA BASTO TRIANA a favor del demandante y la llamada en garantía. Inclúyase la suma de \$4'000.000 frente al primero y respecto del segundo la cuantía de \$3'000.000, como agencias en derecho.

Sin costas a cargo de JAVIER ALFREDO FANDIÑO GONZÁLEZ ni a su favor por no encontrarse justificadas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**HERNANDO FORERO DÍAZ**

**JUEZ**

JUZGADO TREINTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECRETARÍA

Bogotá, D.C. **22 de abril de 2021**

Notificado por anotación en ESTADO No. **056** de esta misma fecha.-  
El Secretario,

JAIME AUGUSTO PEÑUELA QUIROGA