

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL – FAMILIA

Magistrado sustanciador: JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA

Popayán, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

(Discutido y aprobado en Sala de decisión de fecha 11 de diciembre de 2023, según acta No. 023)

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, dentro del asunto del epígrafe.

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES de la DEMANDA y HECHOS RELEVANTES. Mediante demanda presentada el 15 de septiembre de 2020 ¹, la CONSTRUCTORA BUZARDA S.A.S. por conducto de apoderado, solicita: i) que se declare el incumplimiento por parte de la ASOCIACION DAMNIFICADOS PROYECTOS DE VIVIENDA (ASODAMVI) del contrato de obra para la construcción de viviendas de interés social, del proyecto denominado *nuevo renacer*; ii) que se condene a “ASODAMVI”, a cancelar a la demandante la suma de \$ 387'454.151, por concepto de los gastos asumidos por esa constructora en cumplimiento del contrato referido; y iii) condenar a la demandada a cancelar a la demandante, la suma de \$ 500'000.000 conforme lo estipulado por las partes en la “CLAUSULA NOVENA - CLÁUSULA PENAL”.

Como sustento de las pretensiones anteriores, el apoderado de la demandante relata que el 14 de septiembre del año 2018 las partes suscribieron un contrato de obra para la construcción de viviendas de interés social del proyecto denominado *nuevo renacer*, cuyo objeto era: *“la construcción de 520 apartamentos de interés social distribuidas en 7 torres. 6 Torres de 10 pisos, 8 apartamentos cada piso, una torre de 10 pisos de 4 apartamentos por piso, del Proyecto adelantado por la asociación de vivienda “ASODAMVI, sobre los predios de su Propiedad, ubicados en la calle 65N # 19 — 387 lote B-3 BIS y lote # 2 de la ciudad de Popayán e identificados con las matriculas inmobiliarias Nros. 120-184078 y 120-187175 y números catastrales 010102770207000 y No. 010102770212000”*.

Que la parte demandada incumplió con todas las obligaciones a su cargo, concretamente lo establecido en la cláusula quinta del contrato, dado que,

¹ Archivo 01- 01PrimerInstancia

mientras la CONSTRUCTORA realizó todas las gestiones necesarias para obtener la licencia de construcción ante la Curaduría Urbano y así empezar con las obras, la demandada, en calidad de propietaria de los inmuebles donde se desarrollarían las mismas, no se hallaba a paz y salvo con el impuesto predial, lo que ocasionó que no se culminaran las actuaciones administrativas ante la curaduría. Agrega, que ASODAMVI tampoco hizo entrega de ninguna de las "disponibilidades" de los servicios de agua, luz y alcantarillado, las cuales eran necesarias para obtener las diferentes autorizaciones administrativas requeridas para adelantar la construcción.

Que, para garantizar el "*cierre financiero*" de un proyecto de viviendas de interés social, se requería la aprobación de un "crédito constructor" por parte de una entidad bancaria nacional, y en este caso, los pagos al constructor se debían realizar, primero, con aportes de capital individuales de cada asociado beneficiario y en segundo lugar, con aportes en dinero provenientes del subsidio otorgado por el Gobierno Nacional para este tipo de viviendas. Sin embargo, ASODAMVI no realizó las gestiones administrativas con sus asociados beneficiarios, para lograr la legalización de la hipoteca y por ende no se obtuvo el crédito constructor.

Que la demandada tampoco cumplió con su obligación de nombrar un interventor, y el deber de tramitar las inquietudes de sus asociados, fue atendido parcialmente.

Que la CONSTRUCTORA BUZARDA S.A.S. cumplió con sus obligaciones de contratar únicamente personal mayor de edad dedicado exclusivamente para ese proyecto, trabajadores por los que canceló una nómina por valor de \$ 15'297.999; vinculó profesionales para estudios de suelos, diseños estructurales, entre otros, pagando por honorarios la suma de \$ 62'890.000; sufragó un rubro de \$16'385.000 por anticipos de comisiones de preventa, impresión de folletos, pendones, impresión de planos, etc.; y con apoyo de la arquitecta FRANCY ELENA GOMEZ GUERRERO, elaboró y presentó ante la Curaduría Urbana los diseños arquitectónicos y urbanísticos del proyecto, el cual tiene un valor de \$ 292'881.152, gastos que se comprueban con la documental que se acompaña con la demanda.

Presenta oficios suscritos entre las partes donde se habla del incumplimiento de ASODAMVI y la falta de diligencia de su junta directiva para definir el futuro del contrato, destacando la actora que acató su obligación de entregar el

cronograma estimado de la construcción, pero no se pudo ejecutar por la inobservancia de los compromisos de su contraparte, y que no alcanzó a recibir recursos del crédito *constructor*, porque su desembolso estaba supeditado al pago del impuesto predial por parte de la demandada.

Que las partes convinieron en la cláusula novena del contrato, que en caso de incumplimiento se deberá pagar a título de indemnización la suma de \$500'000.000, y en el inciso tercero de la cláusula tercera, se pactó, que, si la suspensión del contrato es superior a 6 meses el contratista puede ejecutar la cláusula penal sin requerimiento judicial, resaltando la demandante que ya pasaron más de 6 meses.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES DE MÉRITO. La ASOCIACION DAMNIFICADOS PROYECTOS DE VIVIENDA (ASODAMVI), por medio de apoderado, se opone a las pretensiones de libelo, señalando, que el contrato al que hace alusión la actora existe materialmente, pero su objeto es ambiguo, incierto y no ofrece claridad respecto a las obligaciones de las partes.

Que la señora GLADIS ILDUARA LUNA DE REALPE quien para la fecha de la celebración del contrato era la representante legal de ASODAMVI, "jamás fue debidamente autorizada" para suscribirlo, "*en atención a que en esta entidad y estatutariamente, no se maneja la figura de gerente*". Agrega, que, en los archivos de esa asociación, no existe carpeta, ni expediente físico ni digital, que contenga soporte alguno de solicitud de ingreso y/o actas de reunión de la Junta Directiva, estudiando, aprobando y/o autorizando o aceptando formalmente el ingreso de la prenombrada ciudadana como asociada, "*es decir, hasta la fecha la mencionada jamás ha tenido la calidad de asociada de esta entidad sin ánimo de lucro*".

Que el acta No. 002 de Asamblea General, realizada el 2 de septiembre de 2018, contiene una serie de inconsistencias respecto al presidente ad hoc, al secretario ad hoc, a los asociados activos y a la verificación del quorum.

Que no es cierto que esa asociación haya incumplido las obligaciones de la cláusula 5 del contrato, que no existe prueba de las supuestas actuaciones que la CONSTRUCTORA adelantó ante la curaduría para obtener la licencia de la obra, y en cuanto a la disponibilidad de servicios públicos domiciliarios, señala, que solo bastaba con que la contratista realizara la solicitud pertinente.

Que sus asociados nunca conocieron del contrato de obra celebrado por la entonces representante legal con la CONSTRUCTORA, situación que solo se trató en el año 2019; que esa asociación no podía asumir la responsabilidad del trámite de una hipoteca, ni del "crédito constructor", dado que eso era una obligación de la Constructora; que el incumplimiento de nombrar a un interventor en nada influía para la ejecución del contrato, y que las inquietudes de sus asociados son algo inherente al objeto de su asociación.

Que la Constructora en su afán de ocultar su incapacidad logística menciona el cumplimiento de deberes que son propios de este tipo de obras; que con las pruebas aportadas no se puede demostrar que las actividades de las cuatro personas que contrató la demandante, se relacionen con el objeto del contrato; que los estudios de suelos, diseños estructurales y demás, jamás fueron entregados a la contratante, y los gastos de las contrataciones que se mencionan, no fueron demostrados.

En relación con la cláusula penal argumenta que el incumplimiento es del contratista, *"mediante gestiones ajenas al contrato para después desarrollar lo proyectado en un contrato suscrito con posterioridad a esas actuaciones y las cuales hoy esgrime en pro de obtener un beneficio, lo cual deja en total evidencia que el contrato obedece más a los intereses de la contratista constructora BUZARDA S.A.S. que a las necesidades de la contratante... en cuanto al tema del predial, ASODAMVI no se obliga al pago del predial, por el contrario la Asociación entiende que el pago lo haría BUZARDA S.A.S. porque la intención era salir de esas obligaciones y porque la capacidad de los asociados se agotó con la compra de los inmuebles, ante lo cual resulta procedente analizar que si supuestamente el contratista realizó una inversión por cercano a cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000) ante la prioridad en realidad de cancelar el impuesto predial no invirtió los veinticinco millones de pesos (\$25.000.000) en el pago de la mencionada obligación, con el fin de que el contrato siguiera su curso normal"*.

Que la suspensión de la obra obedeció a la falta de experiencia y claridad de la demandante. Finalmente expresa que el contrato tiene muchas falencias que lo hacen inexigible y que su objeto no tiene sentido.

Objeta el juramento estimatorio² y propone como EXCEPCIONES DE MÉRITO las tituladas:

a) *"Falta de legitimación por activa"*, debido a la falta de claridad del contrato y a la ambigüedad de las obligaciones de cada una de las partes, lo que hace que el convenio sea "inexigible" y la Constructora no está facultada para demandar incumplimiento alguno. Agrega, que está demostrado que la actora no cumplió con las obligaciones a su cargo como lo es tramitar un crédito constructor, y pretende el cobro de rubros que no tienen relación con el contrato, bien porque se desarrollaron en fechas anteriores a su suscripción o que no obedecen a la naturaleza del mismo, como por ejemplo las supuestas comisiones canceladas a la señora TERESITA DE JESUS VICTORIA GUTIERREZ por preventa de 3 inmuebles inexistentes o los honorarios de un abogado que no prestó ningún servicio comprobado al proyecto.

b) *"Enriquecimiento sin causa"*, toda vez que se pretende cobrar una "actuación pre contractual que por ende nunca fue autorizada por el posterior contratante lo cual se evidencia claramente en el documento "acta de entrega diseño arquitectónico y urbanístico del proyecto "TORRES DEL SOL"...", que tiene fecha de inicio primero (01) de abril de 2018 con un plazo de entrega de cuatro (04) meses es decir julio de 2018, y el contrato de obra suscrito entre el hoy demandante y el demandado tiene fecha catorce (14) de septiembre de 2018, significa lo anterior que estamos frente a un evento ajeno al contrato y por tanto en el momento de sus suscripción y entrega no existía ningún vínculo entre ASODAMVI y BUZARDA S.A.S., entonces no se genera el derecho a cobro ni a cancelación de valor alguno por ese concepto".

Que el diseño arquitectónico y urbanístico elaborado por la arquitecta FRANCY GÓMEZ, esposa del representante legal de BUZARDA S.A.S., no fue entregado a la Curaduría Urbana.

c) *"Mutuo incumplimiento"*, bajo los mismos supuestos de la primera excepción.

3. LA SENTENCIA APELADA. Emitida en audiencia del 15 de junio de 2021, donde se resolvió; i) Declarar probada de manera oficiosa la excepción de "improcedencia de la acción resolutoria junto a indemnización de perjuicios", ii) negar las pretensiones de la demanda, y iii) condenar en costas a la

² Objeción a la que el Juzgado no dio trámite, según auto del 25 de enero de 2021 – archivo 57 - 01PrimerInstancia.

CONSTRUCTORA BUZARDA S.A.S., fijándose las agencias en derecho en la suma de \$ 5'000.000.

Lo anterior, tras considerar el operador judicial, que está demostrado que el contrato de obra civil suscrito entre las partes cumple con los requisitos legales de existencia y validez, cuestión que no fue objeto de excepción concreta por la pasiva, y la ausencia de facultades de la representante legal de la asociación para signar el convenio, finamente no fue demostrada en el plenario, sino que por el contrario, se evidenció que las actas donde constan las autorizaciones para la celebración de ese contrato, no fueron demandadas en proceso de impugnación de actas de asamblea, por lo que se infiere su validez.

Que para el éxito de la acción prevista en el artículo 1546 del C.C., la demandante debía acreditar que fue contratante cumplida, cosa que no ocurrió, pues de acuerdo con el texto del contrato, correspondía a la Constructora realizar a conformidad con el contratante, el diseño urbanístico y arquitectónico del Barrio Nuevo Renacer, y para esos fines se estipuló, que tal conformidad se expresaría mediante oficio del representante legal de la asociación demandada, documento que no se aportó como prueba.

Que de acuerdo con la Resolución 0462 del 2017 expedida por el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, no se exige el comprobante de pago del impuesto predial para tramitar la licencia urbanística, por lo tanto, el contratista no puede justificar su omisión en el cumplimiento de esta obligación atribuyéndole la responsabilidad al contratante, y lo atinente a la disponibilidad de los servicios públicos, la norma es clara al señalar que no se requiere la conexión a las redes matrices sino su viabilidad técnica, la que por demás, la expide la empresa de servicios públicos sin injerencia de las partes.

Que del contrato de evidencia, que la obligación del contratante de constituir hipoteca sobre el terreno de su propiedad, dependía de la aprobación por una entidad bancaria de un crédito constructor a favor del contratista, no obstante, la demandante no allegó prueba alguna de dicha aprobación, razón por la que no emergería la obligación consecuencial de la demandada de proceder a gravar el predio con esa garantía real.

Con relación al nombramiento del interventor, el Juez acude a la interpretación del contrato, y concluye que: *“el propósito de nombrar un interventor estaba dirigido a satisfacer el interés del contratante, al punto de establecer que el interventor rendiría el concepto al contratante y no intervendría en la ejecución de la obra, en consecuencia, el posible incumplimiento que se le endilga al contratante de una cláusula consagrada en su propio interés, no habilita al contratista para solicitar el extremo remedio de la resolución del contrato”*.

Y en cuanto a la obligación relacionada con el trámite de las inquietudes y sugerencias de los asociados ante el contratista, y el supuesto incumplimiento parcial de la misma por parte de la demandada, señala, que no aparece acreditada tal circunstancia en el proceso, y aun en el evento de hallarse demostrada, tendría que establecerse igualmente de qué manera se afectó el interés de la sociedad demandante como acreedora de la prestación debida en los términos previstos en el artículo 1620 del C.C.

Que al no encontrarse probado el cumplimiento de la demandante y el correlativo incumplimiento de la demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1546 del C.C., la acción resolutoria resulta improcedente y no hay lugar a ordenar la indemnización de perjuicios deprecada a través del cobro de la cláusula penal.

4. LA APELACIÓN³. La interpone la parte demandante, expresando sus reparos de la siguiente manera:

- Que en el anexo número 5 de las pruebas aportadas por ese extremo procesal, se encuentra el oficio fechado el día 20 de octubre de 2018, en el cual la CONSTRUCTORA BUZARDA realiza la entrega formal del diseño urbanístico y arquitectónico en medio físico e igualmente un vídeo en medio magnético, documentos que no fueron objetados ni controvertidos por la parte demandada. De tal suerte, que la CONSTRUCTORA BUZARDA sí cumplió con su responsabilidad contractual, porque de un análisis estricto del Literal a) del Parágrafo *“ACTIVIDADES ESPECÍFICAS DEL CONTRATO”* de la CLÁUSULA PRIMERA, se determina que BUZARDA se obliga a entregar el diseño

³ Archivo 82 - 01PrimeralInstancia

urbanístico y arquitectónico, y es la demandada quien debía proferir un oficio mediante el cual exprese su conformidad con el proyecto.

Que esa carga de la prueba le correspondía única y exclusivamente a ASODAMVI, y si aquella cumplió o no con esa formalidad, ese hecho no puede sustentar un presunto incumplimiento de la demandante, dado que los mencionados diseños fueron entregados formalmente y presentados a todos los asociados de ASODAMVI como consta en el Acta de asamblea general del 2 de septiembre de 2018 (Anexo 1), la que no fue cuestionada ni controvertida por la pasiva.

Que el *a quo* no valoró esa documental, como tampoco las declaraciones de la anterior representante legal y del actual de ASODAMVI, quienes nunca negaron la existencia y entrega formal que se hizo de los diseños urbanísticos y arquitectónicos, ni el oficio fechado el 8 de agosto de 2019 dirigido por la Constructora a la demandada, *"en el cual manifiesta y relaciona todas y cada una de las actividades y actuaciones realizadas por Buzarda, en cumplimiento del mencionado contrato objeto de este litigio. Dicho documento obra como prueba y le fue presentado en el interrogatorio de parte al señor HUGO FERNÁNDEZ, actual representante legal de ASODAMVI y no lo objeto, ni lo controvertió"*.

Que en la providencia apelada, *"se traslada sin justificación jurídica, ni fáctica, la obligación de la elaboración del mencionado y referido oficio, a la Constructora Buzarda, cuando de la lectura expresa del documento contentivo del contrato, se determina de manera clara y expresa, que esa obligación le corresponde única y exclusivamente a la parte demandada en este proceso, en tal virtud, solicitó que no sea tenida en cuenta la valoración realizada por el ad quo, respecto de ese oficio expresamente, de conformidad a lo sustentado en este escrito y por el contrario, se declare la CONSTRUCTORA BUZARDA cumplió con la parte de la obligación contractual que le correspondía"*.

- Que la conclusión del Juez según la cual, la obligación de ASODAMVI de suscribir una hipoteca sobre el predio de su propiedad no pudo ser cumplida por cuanto la CONSTRUCTORA BUZARDA no había constituido el crédito constructor, obedece a un análisis precario de esa situación, dado que el fallador debía *"hacer una secuencia cronológica, que conllevaría a determinar los requisitos o pasos previos necesarios, legal, contractual y fácticamente para la constitución de una hipoteca, la cual se constituye para soportar o garantizar el*

crédito constructor y para que este crédito sea aprobado, se requiere la existencia de un proyecto de vivienda aprobado, que requiere la licencia de construcción, la cual debe ser emitida por una Curaduría Urbana, como autoridad competente para tal menester. Pero a su vez, la Resolución 0462 de 2017 del Ministerio de Vivienda, citada en la Sentencia recurrida, relaciona los requisitos legales exigidos para la solicitud de la licencia de construcción y en especial me quiero referir al Numeral 2, del Artículo 1 que exige la presentación del documento denominado "disponibilidad de servicios públicos".

Que de la lectura de la cláusula quinta literal b del contrato, se extrae, que la obligación de obtener la disponibilidad de servicios públicos le correspondía a la demandada, tal y como se corrobora con lo consignado en el acta No. 002 de la asamblea general de ASODAMVI en su página 4, párrafo 5, en donde la representante legal de esa asociación, en pleno ejercicio de sus funciones, manifiesta *"que no ha podido obtener esas disponibilidades, porque a pesar de haberlas solicitado, no le fueron concedidas por no encontrarse a paz y salvo con el impuesto predial"*.

- Que el Juez señaló que el pago del impuesto predial no era requisito para obtener la licencia de construcción, pero lo cierto es, que la Resolución 0462 de 2017 del Ministerio de Vivienda en sus artículos primero y segundo, menciona que para esos fines es necesario aportar una serie de documentos, entre ellos, la disponibilidad de servicios públicos, y si bien no exige sino la copia del certificado predial, sí está demostrado que ASODAMVI *"a pesar de haber solicitado las disponibilidades de los servicios públicos, no le fueron concedidas, porque no se encontraba al día o no tenía el paz y salvo del impuesto predial"*. Por lo tanto, *"no se pudo culminar con la licencia urbanística porque evidentemente la Resolución 0462 de 2017, exige la disponibilidad de los servicios públicos"*.

- Que tampoco se tuvo en cuenta el oficio del 12 de diciembre de 2019, proferido por la Curaduría Urbana Número 2 de Popayán, mediante el cual, se certifica que en los meses de noviembre y diciembre de 2018 la arquitecta FRANCY ELENA GÓMEZ acudió a ese despacho para revisar los diseños urbanísticos y arquitectónicos, es decir que dichos diseños *"estaban elaborados y presentados debidamente"*.

- Que está demostrado que la demandante honró todas sus obligaciones contractuales, y que la demandada incumplió las mismas, lo que faculta a la Constructora a demandar la resolución del contrato. Añade, que *“se puede dar aplicación al artículo 1609 del Código Civil Colombiano, en el sentido que está demostrado que se configuró la mora para la Asociación ASODAMVI, con la radicación del oficio fechado el día 08 de agosto de 2019 dirigido al señor HUGO FERNANDEZ, por parte del señor GUSTAVO HERRERA, en el cual detalla y describe todas y cada una de las obligaciones cumplidas por la Constructora Buzarda y manifiesta la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato por la negligencia e incumplimiento de la demandada ASODAMVI, lo que deviene en el derecho de la parte cumplidora para la reclamación de los perjuicios surgidos artículo 1615 del Código Civil”*.

Por lo anterior, solicita que se revoquen los numerales primero, segundo, y tercero de la sentencia recurrida, y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

5. ACTUACIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA. Mediante auto datado el 7 de septiembre de 2022, se dispuso la admisión de la alzada, teniéndose por sustentada de manera anticipada la apelación, sin perjuicio de que el apelante haga uso de la facultad que le confiere el inciso tercero del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, ordenándose correr traslado de la misma a la parte contraria, y se tuvo por prorrogado el término para proferir sentencia.

5'. ALEGATOS DEL NO APELANTE⁴. La parte demandada pide confirmar el fallo atacado, argumentando, que *“no se puede tener por cumplida la obligación del contratista de realizar a conformidad con el contratante, el diseño urbanístico y arquitectónico del barrio NUEVO RENACER, por cuanto dicha conformidad del contratante debía cumplirse con una formalidad convencional consistente en un oficio expedido por el representante legal de la contratante, lo cual no fue demostrado en el proceso, como lo dispuso el a quo... por lo que se puede inferir, que el diseño urbanístico y arquitectónico del barrio Nuevo Renacer no se realizó a conformidad del contratante, razón por la cual no se expidió, ni otorgó dicho oficio al contratista, de lo contrario, estaría en su poder como prueba de conformidad de ASODAMVI, lo que demuestra el incumplimiento del contrato por la parte demandante”*.

⁴ Archivo 8 - 02SegundaInstancia

Que en la cláusula primera parágrafo literal F del contrato se estipuló: *“El contratista obtendrá a su costa licencia de construcción de las 520 soluciones de vivienda que componen el nuevo barrio Nuevo Renacer.”* Lo que puede ser entendido como que el contratista asume todos los gastos y trámites relacionados con la expedición de la licencia de construcción, por tanto, no es dable considerar que lo establecido en la cláusula quinta del contrato respecto a la obligación del contratante de facilitar al contratista las condiciones para el cumplimiento de la misión contratada, infiera que era responsabilidad de mi representada pagar el impuesto predial como condición necesaria para tramitar la licencia de construcción ante la Curaduría Urbana, como bien lo afirmó el a quo en la sentencia No. 059 de junio 15 de 2021... Lo anterior denota una clara falta a las obligaciones pactadas en el contrato por parte de la demandante y/o contratista, mayormente, cuando la Resolución 0462 de 2017 no estipula como condición que para tramitar la licencia urbanística, el impuesto predial deba estar pagado, por lo tanto, conforme lo afirmó el a quo en el fallo de instancia, el contratista no puede justificar su omisión en el cumplimiento de esta obligación atribuyéndole la responsabilidad al contratante”.

Que, según lo estipulado en el contrato de obra, la obligación de adelantar el crédito hipotecario estaba en cabeza del contratista, y la demandante no logró demostrar que se hubiere aprobado a su favor un crédito constructor por parte de una entidad bancaria, *“razón por la que no emerge la obligación consecuencial del contratante de constituir dicha garantía hipotecaria”*.

En cuanto a la disponibilidad de servicios públicos, afirma, que de acuerdo con la Resolución 0462 del 2017, esa certificación sobre la viabilidad técnica es expedida por las empresas respectivas *“sin que tengan injerencia las partes”*, y reitera, que *“el contratista asume todos los gastos y trámites relacionados con la expedición de la licencia de construcción, de ahí que, no debe excusarse en lo que le correspondía o no adelantar al contratante, máxime, cuando se trate de cuestiones técnicas cuyo conocimiento y experticia lo tiene la demandante por ser parte de su desarrollo profesional”*.

Por último, frente al oficio fechado el 12 de diciembre de 2019 proferido por la Curaduría Urbana, resalta, que no es cierto que los diseños urbanísticos y arquitectónicos ya estaban elaborados y presentados debidamente ante la curaduría, puesto que en la declaración de la arquitecta FRANCY GOMEZ, *“asevera que en Curaduría lo que se recibió fue una asesoría para poder cumplir*

con los requisitos, para que el diseño cumpliera con todas las normas antes de solicitar la licencia de construcción y urbanística que pidió asesoramiento previo a la radicación del proyecto”.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales están satisfechos en este asunto, luego no hace falta pronunciamiento particularizado al respecto distinto al de mencionar, que tampoco se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta este momento ni las partes presentaron alegato en tal sentido.

2. Es además a esta Colegiatura a la que le corresponde conocer en segunda instancia de la apelación en contra de la sentencia proferida por el *a quo* bajo la órbita de la competencia fijada en razón del factor funcional consagrado en el art. 31-1 en concordancia con el 35 del CGP, siendo del caso pronunciarse en principio **“solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”** (inciso primero del Art. 328 *ibídem*), para revocar o reformar la decisión, si a ello hubiera lugar.

3. Tras estas precisiones iniciales, los problemas jurídicos que se plantean para resolver el recurso de apelación, se contraen a establecer: i) si la parte demandante logró acreditar los presupuestos sustanciales para la prosperidad de la acción resolutoria; y en caso afirmativo, ii) si es procedente acceder a la indemnización por los conceptos y montos deprecados en la demanda.

4. La tesis de la Corporación es, que la demandante no demostró el cumplimiento preliminar de sus obligaciones, que la facultara para exigir de su contraparte la posterior observancia de las suyas, y por lo tanto, la decisión atacada que negó los pedimentos del libelo será confirmada. A la anterior conclusión se arriba luego de realizar el siguiente análisis jurídico y probatorio:

5. PRESUPUESTOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA. El artículo 1602 del C.C. consagra que, *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, y el art. 1546 de la misma codificación establece que, *“en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo*

pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

En desarrollo de las citadas disposiciones, la Jurisprudencia establece unos requisitos o presupuestos para la procedencia de la acción resolutoria a saber: “a) que se trate de contrato bilateral válido; **b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o haya estado dispuesto a cumplirlas, y c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponden**”⁵.

5.1. En el sub examine, aunque la parte demandante no mencionó expresamente en sus pretensiones la “resolución” de los contratos por ella descritos, sino que solicitó declarar el incumplimiento de su contendiente, de la lectura armónica de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyan tales pedimentos, e inclusive de los argumentos del apelante, la Sala entiende que este asunto efectivamente corresponde a la acción resolutoria contemplada en el artículo 1546 del C.C., y por consiguiente, se procederá a examinar la satisfacción de los requisitos previstos para la misma.

5.2. En desarrollo de esa tarea, se observa que el funcionario de primer nivel determinó la validez del **contrato de obra para la construcción de vivienda de interés social**, suscrito por los aquí contendientes el **14 de septiembre de 2018**⁶, la demandante en calidad de contratista y la demandada como contratante, lo cual no le mereció ningún reparo al apelante, por lo que se entiende que dicho negocio jurídico cumplió con todas las formalidades legales y sustanciales para su plena eficacia jurídica.

5.3. Los dos restantes presupuestos atañen a la legitimación en la causa de ambos extremos del litigio, dado que facultan para incoar la acción al contratante cumplido o que se allanó a cumplir, contra la parte que inobservó sus obligaciones, **siempre teniendo en cuenta la forma de ejecución de lo pactado**, pues como lo ha señalado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“Como regla general y en tratándose de compromisos que deben ejecutar las partes simultáneamente, **es menester, para el buen suceso del reclamo del demandante, que este haya asumido una conducta acatadora de sus débitos**,

⁵ CSJ SC11287-2016, 17 ago. 2016, rad. No. 11001-31-03-007-2007-00606-01 MP. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

⁶ Archivo 06 - 01PimeralInstancia.

porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria prevista en el aludido precepto, en concordancia con la excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus) regulada en el canon 1609 de la misma obra, a cuyo tenor ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Ahora, en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino sucesiva, se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque ésta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada

(...)

Así las cosas, el contratante que primero vulneró la alianza queda desprovisto de la acción resolutoria, mientras que su contendor sí la conserva a pesar de que también dejó de acatar una prestación, siempre que su actuar se encuentre justificado en su inexigibilidad por la previa omisión de aquel.⁷ (Resaltado fuera del texto)

5.4. En el sub examine, el contrato tenía por objeto “la construcción de 520 apartamentos de interés social, distribuidas en 7 torres, 6 torres de 10 pisos, 8 apartamentos cada piso, una torre de 10 pisos de 4 apartamentos por piso, del proyecto adelantad por la asociación de vivienda “ASODAMVI”, sobre los predios de su propiedad, ubicados en la calle 65N #19-387 Lote B-3 Bis y Lote #2 de la ciudad de Popayán, e identificados con la matrícula inmobiliaria #120-184078, 120-187175...” (cláusula primera).

Como “**ACTIVIDADES ESPECÍFICAS DEL CONTRATO**”, se estipuló en el parágrafo de la cláusula primera, en lo relevante, lo siguiente:

“a) **Realizar a conformidad del contratante, el diseño urbanístico y arquitectónico del barrio nuevo renacer, en un terreno de su propiedad. La conformidad con el proyecto se expresará mediante oficio del representante legal de la parte CONTRATANTE.**

Una vez acordado el proyecto, no podrá cambiarse unilateralmente, para modificarse requerirá del consentimiento de las dos partes (...)

e) El CONTRATISTA deberá obtener el plano topográfico a su costa.

f) **El CONTRATISTA obtendrá a su costa licencia de construcción de las 520 soluciones de vivienda que componen el nuevo barrio NUEVO RENACER (...)**”

⁷ CSJ SC1209-2018, 20 abr. 2018, rad. No. 11001-31-03-025-2004-00602-01 MP. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

En la cláusula quinta se acordó como **“OBLIGACIONES ESPECIALES DE LAS PARTES”**, entre otras, las siguientes:

“a) EL CONTRATANTE facilitará al contratista las condiciones para el cumplimiento de la misión CONTRATADA, el acceso al inmueble, la suscripción de documentos, las autenticaciones si es necesario, la relación con la asociación, etc.

b) EL CONTRATANTE entregará a EL CONTRATISTA las disponibilidades de los servicios de agua, luz, alcantarillado.

c) EL CONTRATANTE se compromete a garantizar mediante hipoteca del lote de su propiedad, donde se construirá el barrio NUEVO RENACER, el crédito constructor que adquirirá ante entidad bancaria, que tramitará el contratista para ejecutar la obra.

d) EL CONTRATANTE nombrará a su costa, un interventor, que rendirá el concepto al CONTRATANTE, y que no podrá intervenir en la ejecución de la obra.

e) EL CONTRATANTE como representante legal de la asociación de vivienda ASODAMVI acogerá y tramitará todas y cada una de las inquietudes y sugerencias de los asociados ante el contratista.

Por su parte el contratista tendrá las siguientes obligaciones:

a) EL CONTRATISTA se compromete a no contratar menores de edad para el ejercicio del objeto contractual (...)

b) Desarrollar y cumplir el objeto del Contrato, en las condiciones de calidad, oportunidad y obligaciones definidas en el presente Contrato, incluyendo sus anexos.

c) Entregar el Cronograma estimado de obra al CONTRATANTE y permanecer en contacto directo con la interventoría de la obra (...)

g) Comunicarle a la ASOCIACIÓN CONTRATANTE cualquier circunstancia política, jurídica, social, económica, técnica, ambiental o de cualquier tipo, que pueda afectar la ejecución del contrato.

h) Cumplir las obligaciones en materia ambiental, predial y de responsabilidad sociales que le competen conforme a normas aplicables y las especificaciones técnicas de la obra (...)

Y se pactó como cláusula penal por incumplimiento total o parcial de las obligaciones del contrato, “a título de indemnización”, la suma de \$ 500'000.000, advirtiéndose que esa estipulación “no impide el cobro de todos los perjuicios adicionales que se causen sobre el citado valor”.

5.5. Del texto en comento, palmariamente se advierte que la primigenia actuación requerida para la ejecución del contrato se hallaba a cargo de la CONSTRUCTORA BUZARDA S.A.S., dado que, de acuerdo con el párrafo de

la cláusula primera, correspondía a esa sociedad: **i)** realizar el diseño urbanístico y arquitectónico del Proyecto “a conformidad” de la ASOCIACION DAMNIFICADOS PROYECTOS DE VIVIENDA (ASODAMVI), y **ii)** obtener por escrito el consentimiento o aprobación de esos diseños por parte de la contratante.

En este aspecto, la Sala no comparte la interpretación del apelante según la cual, el compromiso contractual de la Constructora se colmaba con la sola entrega de los referidos diseños a la asociación, pues carece de toda lógica pensar que cualquiera fuera el diseño presentado por el contratista, la contratante estuviera obligada a emitir su aquiescencia frente al mismo. Por el contrario, por la forma en que se estipuló esa obligación, **es claro que la intención de las partes fue garantizar que la Constructora sujetara el diseño urbanístico y arquitectónico a los requerimientos de ASODAMVI**, quien, de hallarse conforme con ellos, emitiría la aprobación mediante oficio suscrito por el respectivo representante legal.

5.6. Ahora, para acreditar el cumplimiento de esas primigenias obligaciones, la CONSTRUCTORA BUZARDA S.A. allegó como prueba, **oficio con fecha de recibido 20 de octubre de 2018**⁸, suscrito por una persona de nombre “GERMAN DARÍO”, mediante el cual esa contratista remitió a la representante legal de ASODAMVI, el **“video representativo del desarrollo urbanístico y constructivo del proyecto denominado “Torres del Sol”**, en formato DVD, el que contiene una proyección digital de los apartamentos y torres ⁹ que se aspiraba construir.

Téngase en cuenta, que **en el documento en mención NO se hace alusión alguna a la entrega del diseño urbanístico y/o arquitectónico en medio físico**, como lo asegura enfáticamente el apelante, y tampoco es posible extraer de su contenido la aprobación de algún diseño por parte de la contratante.

Por el contrario, se evidencia que, apenas en la reunión extraordinaria celebrada el **2 de diciembre de 2018**, según **Acta No. 003 de 2018**¹⁰, se “socializó” ante los asociados de ASODAMVI el proyecto “Torres del Sol”, por

⁸ Archivo 027 y 059 pág. 9, 01PrimerInstancia

⁹ Archivo 060 - 01PrimerInstancia

¹⁰ Archivo 059 pág. 10, 01PrimerInstancia

parte de la arquitecta ANA MARIA HERRERA RUIZ y la asesora comercial TERESITA DE JESUS VICTORIA GUTIERREZ de la CONSTRUCTORA BUZARDA y el FNA, sin que se dejara constancia en ese documento de la entrega de los diseños convenidos y menos la aprobación de los mismos.

Posteriormente, consta en **Acta No. 012 de 2018**¹¹ la reunión de la Junta Directiva de ASODAMVI celebrada el **18 de diciembre de 2018**, con el fin de evaluar los avances realizados en el proyecto “Torres del Sol”, en la cual se hicieron presentes tanto la representante legal de la asociación, como el representante legal de la CONSTRUCTORA BUZARDA, entre otras personas, dejándose la siguiente constancia:

Se le concede la palabra a el **Dr. GUSTAVO ADOLFO HERRERA**, informa que se continua con la labor de adelantar trabajo para iniciar prontamente la construcción de la primera torre, en este momento hay una demanda de 40 apartamentos de 72 M2, y 20 apartamentos de 64 M2. El proyecto maneja zonas de parqueo y vías; la tendencia es que esta demanda aumente a medida que los Asociados conocen las bondades del proyecto; esto nos llevaría a un replanteo del diseño de las torres lo cual necesita un tiempo. Se está cotizando el Diseño estructural del proyecto, en una primera, se hace una retención del 11 %, más el IVA, para un total de 103 millones de pesos. Se está haciendo una segunda negociación más cómoda con otra persona. Con los primeros se contaba con la garantía de que, por su trayectoria, ya tienen un reconocimiento con la curaduría urbana y el trámite de aprobación de parte de ellos sería más rápido. Mientras que con los segundos tenemos que pasar el filtro de la curaduría y esto requiere de un poco más de tiempo en el proceso. Las decisiones definitivas se toman para dos torres, después se tomarán las que ameriten para cada torre. Se necesita la demanda real.

De ese texto se infiere, que, según la demanda de apartamentos, la Constructora “replantearía” el diseño de las torres, pero nada concreto se informa sobre si se hizo entrega o no de los presuntos diseños a la asociación, y menos si los mismos fueron debidamente aprobados.

5.7. En la sustentación de la alzada, el censor afirma que los plurimencionados diseños fueron entregados formalmente y presentados a todos los asociados tal y como consta en el **Acta No. 002 del 2 de septiembre de 2018**¹²; sin embargo, revisado el contenido de la misma, se observa que la representante legal de ASODAMVI para ese momento, señora GLADYS ILDUARA LUNA DE REALPE, planteó a los convocados autorizar a la CONSTRUCTORA BUZARDA para ejecutar el proyecto de vivienda de esa asociación, señalando que fue la única empresa que presentó una “propuesta formal” para esos fines, “*hizo llegar el portafolio de servicios, los documentos, los planos...*”, y pidió además,

¹¹ Archivo 059 pág. 16, 01PrimerInstancia

¹² Archivo 05 01PrimerInstancia

permitir a la presidenta de la Junta Directiva, que diligencie, firme y lleve a feliz término toda la contratación a que haya lugar con ese objetivo, lo cual fue aprobado por la mayoría de los asociados asistentes.

Es decir, que lo suministrado por la Constructora fue apenas una “propuesta” o “proyección” de la obra con fines de socialización, conforme se corrobora con el testimonio de la señora GLADYS ILDUARA LUNA DE REALPE, y con el **oficio de fecha 19 de junio de 2018**¹³, mediante el cual, la Arquitecta FRANCY ELENA GOMEZ GUERRERO de la CONSTRUCTORA BUZARDA envía esa oferta a la representante legal de ASODAMVI con sus respectivos anexos, advirtiendo expresamente que **“el diseño urbanístico y arquitectónico de los bloques de apartamentos correspondiente al proyecto definitivo tendrá otro valor, que será entregado una vez se definan las características de demanda de cada tipo de apartamento”**.

5.8. Y es que de acuerdo con lo manifestado por el apelante, si supuestamente la entrega de los diseños se efectuó antes o durante la asamblea celebrada el 2 de septiembre de 2018, ello significa que presuntamente esa obligación se hallaba satisfecha incluso con anterioridad a la suscripción del contrato de obra de fecha 14 de septiembre de 2018 ¹⁴, sin que se evidencie una razón lógica y coherente para que las partes plasmaran nuevamente ese compromiso de la Constructora en el clausulado contractual, o que omitieran mencionar que la contratista ya había procedido en ese sentido.

A ello se suma, que según **acta de entrega del 19 de octubre de 2018**¹⁵, mediante la cual la Arquitecta FRANCY ELENA GOMEZ hizo entrega del diseño arquitectónico y urbanístico del proyecto “Torres del Sol” a la CONSTRUCTORA BUZARDA S.A.S., **apenas para ese mes de octubre la contratista contó con los diseños del proyecto que fue contratado por ASODAMVI**, los que debían ser entregados a la representante legal de esa asociación para que se emitiera su aprobación conforme lo pactado por las partes.

5.9. De otro lado, el impugnante cuestiona la falta de valoración probatoria del oficio fechado el 8 de agosto de 2019¹⁶, en el que el gerente de la

¹³ Archivo 027 01PrimerInstancia

¹⁴ Archivo 06 01PrimerInstancia.

¹⁵ Archivo 025 01PrimerInstancia

¹⁶ Archivo 27 pág. 11, 01PrimerInstancia

CONSTRUCTORA BUZARDA le informa a la nueva Junta Directiva de ASODAMVI las actuaciones y gestiones realizadas por esa contratista, entre ellas la elaboración del *“diseño urbanístico del Proyecto Torres del Sol”*, *“diseño arquitectónico de tres tipos de apartamentos”*, y solicita el agendamiento de una reunión para *“concertar sobre los pasos a seguir dentro de la ruta de cumplimiento del contrato”*; elemento de juicio éste que poco y nada ilustra sobre la entrega efectiva de los diseños convenidos a la asociación contratante, y del que tampoco es viable inferir el consentimiento o aprobación expresa por parte de la misma, acatando lo pactado en el contrato.

5.10. Lo mismo ocurre con el interrogatorio de parte del señor HUGO ALCIDES FERNANDEZ MEJIA representante legal de ASODAMVI, de cuya valoración probatoria también se duele la alzada, toda vez que su declaración fue confusa en cuanto a los detalles del contrato, precisamente porque no fungía en ese cargo para la época de su celebración, y ante esa ambigüedad en la información que suministra tampoco es posible desprender de su dicho una *“confesión”* respecto del hecho que se viene discutiendo, que pudiera relevar a la parte actora de la carga de probar la aquiescencia exigida en el contrato.

5.11. Y, por último, en lo que concierne al testimonio de GLADYS ILDUARA LUNA DE REALPE, quien dijo haber desempeñado el cargo de representante legal de ASODAMVI desde el año 2017 al 2019, aquella expuso que la ingeniera FRANCY ELENA GOMEZ elaboró el diseño arquitectónico y urbanístico del proyecto, pero no informó con precisión si esos diseños fueron entregados y aprobados por esa asociación para proseguir con la ejecución del contrato.

6. Así las cosas, se responde negativamente el primer problema jurídico propuesto, toda vez que **NO** se hallan perfeccionados los presupuestos para la prosperidad de la acción resolutoria, concretamente el relacionado con el previo cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Constructora demandante, por cuanto las pruebas aportadas no llevaron al convencimiento de esta Corporación de que aquella hubiera procedido en la forma expresamente convenida, desconociendo que el contrato es ley para las partes (art. 1062 C.C.), y en consecuencia, sin necesidad de incursionar -por carecer de utilidad- en los restantes reparos, se confirmará la sentencia de

primer grado que negó las pretensiones del libelo, reiterando que, sin estar acreditada esa primera observancia de los compromisos adquiridos por la contratista, mal podía exigir de su contraparte lo propio.

Ante el fracaso de la alzada y al tenor de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas de esta instancia a la demandante aquí apelante.

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

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de junio de 2021 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, dentro del presente proceso.

Segundo: Condenar a la demandante CONSTRUCTORA BUZARDA S.A.S. aquí apelante, a pagar las costas de esta instancia en favor de la parte demandada. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 2 SMLMV, la que será incluida en la liquidación correspondiente (arts. 366 del C.G.P. y Acuerdo No. PSAA16-10554).

Tercero: Una vez ejecutoriado el presente proveído, DEVUÉLVASE el expediente al despacho de origen, previas las desanotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado ponente



DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
Magistrado

AB.