

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá D.C. marzo once de dos mil veintidós.

Magistrado Ponente : JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Radicación : 25290-31-03-002-2013-00107-02
Aprobado : Sala 04 de febrero 17 de 2022.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 3 de mayo de 2021, por el juzgado segundo civil del circuito de Fusagasugá.

ANTECEDENTES

1. La propiedad horizontal Conjunto Residencial Villa Lorena, formuló demanda de responsabilidad civil contractual en contra de la Constructora Gaitán y Ocampo Ltda., a la que posteriormente fueron integrados como litis consortes necesarios del extremo pasivo, sus socios Aura Ruth Gaitán Ocampo, José William Gaitán Ocampo, Luis Alfonso Gaitán López, Ulises Gaitán Ocampo, Flor Teresa Gaitán Ocampo y María Yolanda Ocampo de Gaitán, última que falleció en curso del proceso y fue sucedida por sus herederos, pretendiendo que se declare que la convocada *“está incumpliendo su obligación contractual de realizar las obras pendientes por construir relativas a las áreas comunes prometidas dentro de los contratos de compra venta suscritos con los propietarios del conjunto; así como para que haga entrega de la totalidad de las áreas comunes referidas en los planos del proyecto radicados en planeación municipal y descritas en el concepto de uso de suelo que autorizó el desarrollo del conjunto cerrado Villa Lorena”*.

Relató, que la demandada construyó el proyecto denominado Conjunto Residencial Villa Lorena, aprobado por la oficina de Planeación Municipal de Fusagasugá, mediante resolución 2345 de diciembre 01 de 1995, allí se indicó que el conjunto contaría con áreas comunes de uso particular y general como *“los jardines o zonas verdes del conjunto, como los andenes, las lámparas de iluminación exterior, las zonas recreativas o de juegos, los parqueaderos para visitantes, las zonas de circulación peatonal, el salón comunal o múltiple de los edificios multifamiliares I y II, el espacio para los juegos infantiles, las piscinas de adultos y niños, el tanque de reserva de agua, la cancha de uso múltiple, el shuck de basuras, el lobbie y la oficina de administración, así como los parqueaderos para visitantes, la ampliación de algunas calles, el encerramiento del Conjunto y la zona de BBQ”*. Esto, *“conforme a la parte final de la cláusula novena del reglamento de propiedad horizontal del Conjunto, el cual fue reformado y actualizado a la ley 675 de 2001, mediante escritura pública No. 1568 del 16 de noviembre de 2002 de la Notaría Segunda de Fusagasugá”*.

Que, pese a que las zonas comunes no esenciales se encontraban relacionadas en el proyecto y en el reglamento de copropiedad, la constructora *“no ha hecho entrega de ninguna área común, y tampoco ha construido la mayoría de tales obras, incumpliendo el Proyecto que radicó ante Planeación Municipal y por ende con cada uno de los copropietarios del Conjunto”*, lo que *“genera una Responsabilidad Civil Contractual de la constructora para con el Conjunto Villa Lorena, persona jurídica regida por propiedad horizontal conforme a la resolución administrativa n. 061 de julio 12 de 1999 proferida por la Alcaldía de Fusagasugá”*.

Añadió que, de acuerdo con la capacidad habitacional *“concedida al conjunto Villa Lorena por Planeación Municipal, en el concepto de uso del suelo, en cumplimiento del POT del Municipio, la Constructora podía desarrollar en el conjunto 56 unidades de vivienda, quedando imposibilitada la Constructora para desarrollar más unidades de vivienda, y lo único que resta para que la citada Constructora termine el proyecto es que le cumpla a los copropietarios con la obligación de terminar de construir las áreas comunes prometidas en el documento de compraventa que suscribió con cada uno de ellos”*.

Señaló, que dentro de la copropiedad actualmente “*existe un lote de propiedad de la Constructora denominado ‘Lote de reserva No. 3’, con un área aproximada de 786,87 Mts., el cual queda al costado derecho de la entrada al conjunto, y la Constructora se ha negado a utilizar dicho lote para terminar de cumplir con las áreas comunes faltantes en el Conjunto, y pretende continuar desarrollando unidades de vivienda en dicho predio, a sabiendas que ya no le es factible construir más unidades de vivienda, conforme a las disposiciones de Planeación municipal*”.

De igual forma, la constructora “*no ha cumplido con los lineamientos dados por el uso de suelo No. 06-OAPM del 13 de marzo de 2007, otorgado por la Alcaldía Municipal para el desarrollo de la construcción, parámetros que le indican claramente a la aquí demandada la cantidad porcentual conforme a la extensión del terreno donde se desarrolló el conjunto de las áreas de cesión, así como las características de las mismas y las dimensiones de éstas*”.

Que además “*la constructora realizó unas obras que requieren de arreglos para poder ser recibidas, como son el parqueadero del sótano del multifamiliar I, del alumbrado y los pisos del polideportivo, y entregar en perfecto funcionamiento el tanque de reserva*”

2. Trámite.

La demanda fue inadmitida para que se aportaran “*los contratos a los que hace referencia en el cuerpo de la demanda, toda vez, que no se advierten dentro del expediente*”¹; subsanada allegando para ello copia de la promesa de compraventa de fecha 2 de enero de 1996², fue admitida mediante proveído del 29 de mayo de 2013³.

El 19 de septiembre de 2016 se tuvo por notificada a la sociedad demandada y seguidamente se señaló fecha para audiencia de conciliación, que se declaró fallida por inasistencia de la pasiva. Por auto del 31 de noviembre de 2017, se abrió el proceso a pruebas decretándose las pedidas por el extremo actor, entre estas, la prueba pericial y se informó a las partes que a partir de esa data se ajustaría el trámite al C.G.P.

Por auto del 15 de agosto de 2017⁴, se integró el contradictorio con Aura Ruth, José William; Luis Alfonso, Ulises y Flor Teresa Gaitán Ocampo, Luis Alfonso Gaitán López, María Yolanda Ocampo de Gaitán. Notificados los demandados contestaron oponiéndose a las pretensiones, si bien en dos escritos separados, propusieron las mismas excepciones de mérito que denominaron:

(i) “*prescripción extintiva*”, que se fundó en que el reglamento de propiedad horizontal “*se aprobó el 01 de diciembre de 1995*”, el contrato de promesa de compraventa aportado por la parte demandante data “*de fecha 02 de enero de 1996*” y la reforma al reglamento se hizo a través de escritura pública “*del 16 de noviembre de 2002*”, por lo que al presentarse la demanda “*en mayo de 2013*”, el término prescriptivo se había configurado.

(ii) “*cumplimiento de entrega de áreas comunes no esenciales*”, indicando que “*los diferentes ítems que se relacionan con las fallas de construcción estaban bien realizados, conservados, mantenidos y en buen funcionamiento, porque además de estar demostrado que esos servicios, se construyeron técnicamente, están funcionando de manera normal, después de más de 23 años de servicio*”.

(iii) “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, en tanto la demanda se dirigió contra la compañía Gaitán y Ocampo Ltda, “*pero esa sociedad comercial se canceló el día 9 de julio de 2013 ante la Cámara de Comercio de Bogotá*”, a lo que se agrega que “*la relación o acto jurídico de venta o promesa de venta, lo realizó en forma independiente la constructora, sin que para ello fuera necesario la vinculación de ninguno de los socios*”.

¹ Fl. 52 C. 1

² Fl. 53 a 58 C. 1

³ Fl. 61 y 62 C. 1

⁴ Fl. 141y Fl. 308 y 309 C.1

(iv) “prescripción extintiva especial sobre responsabilidad de la Ley 38 de 1999”, afirmando que “le ley 38 de 1999, obliga al constructor a responder por la obra, una vez que todos los propietarios han ocupado el inmueble, en tres tiempos: a) Un año para los vicios o defectos de EJECUCIÓN que afectan los elementos de terminación o acabados de las obras. b) tres años sobre los defectos de habitabilidad, funcionalidad y seguridad. C) diez años sobre los defectos sobre estabilidad y seguridad estructural del edificio”. Asu vez, “el art. 18, ibidem, fija el término de prescripción para exigir responsabilidad por daños, vicios o defectos de la obra, en un plazo de DOS AÑOS.”; por tanto, “en el evento improbable, que se hubiera incurrido en alguna falla, esta correspondería a un presunto defecto de ejecución, por no haberse construido, o dejarse a medias. Es decir, un término de un año. El que, sumado a los dos años de prescripción, en caso remoto, se estaría en un término máximo para demandar de solo tres años.”

El demandante descurre el traslado de las excepciones⁵ oponiéndose a su prosperidad. La de “prescripción extintiva”, porque no ha operado el fenómeno en tanto “la reforma al reglamento de propiedad horizontal se hizo mediante escritura 1568 del 16 de noviembre de 2002, la ley vigente para la prescripción sería el art 235 del Código Civil sin la modificación de la ley 791 de 2002, siendo entonces el término de prescripción de 20 años”, término que a la fecha de presentación de la demanda no se había cumplido y que tampoco la prescripción especial de la ley 38 de 1999 pues los demandados “en escritos presentados por ellos mismos a mis poderdantes han reconocido la existencia de las obligaciones”; menos la de “Cumplimiento de entrega de áreas comunes no esenciales”, porque ha sido la administración del conjunto quien ha construido las obras y se ha encargado del mantenimiento; y por último no habría lugar a considerar la “Falta de legitimación por pasiva”, como quiera que fue el juzgado quien ordenó la conformación del litis consorcio necesario.

Mediante auto del 18 de septiembre de 2020⁶, se señaló fecha para adelantar la audiencia del artículo 372 del C.G.P; y el 25 de septiembre se presentó “reforma a la demanda en el sentido de allegar nuevas pruebas encaminadas a demostrar las obras realizadas en las áreas comunes del conjunto, las cuales no fueron efectuadas por los aquí demandados.”, petición que se rechazó por extemporánea y concedido el recurso de apelación contra esa decisión se declaró desierto por el no pago de las copias.

Declarado fracasado el intento de conciliación, se surtieron los interrogatorios a los extremos del proceso, se decretaron las pruebas pedidas, el 3 de mayo de 2021⁷ se adelantó la audiencia de instrucción y juzgamiento, se escuchó a los testigos y al perito, se alegó de conclusión y se sentenció el proceso.

3. La sentencia apelada.

El a-quo denegó las pretensiones, consideró no cumplidos los presupuestos de la acción contractual, que se demandaba la construcción y entrega de unas zonas comunes del conjunto residencial Villa Lorena, autorizadas por la oficina de Planeación Municipal de la Alcaldía de Fusagasugá mediante resolución No. 2345 de diciembre 1 de 1995, pero las documentales allegadas no acreditaban el contrato que se decía violado, no se aportaba “la escritura madre, mediante la cual se constituyó la propiedad horizontal y esta es la escritura No. 1201 del 3 de julio de 1996 corrida en la notaría segunda del círculo de Fusagasugá, según se extrae del folio de matrícula inmobiliaria No. 157-67446, la cual en definitiva sería el génesis del vínculo jurídico generador de las obligaciones entre las partes y en tales condiciones la parte demandante jamás denunció la infracción del reglamento de propiedad primigenio, cuándo la reforma, reglamento y que rotula como fuente de la responsabilidad contractual contenida en la escritura pública 1568 del 16 de noviembre 2002 de la notaría segunda de Fusagasugá, no constituye la fuente primigenia la obligación contractual, mucho menos si el presunto permiso derivado de una obras comunes plasmadas en esta escritura donde se reformó un reglamento inicial contenido en otro acto escriturario, que no fue traído al proceso”.

⁵ Fl. 351 a 357 C. 1

⁶ Fl. 353 a 355 C.1

⁷ Fl. 403 a 405 C. 1

Se allegó un documento que refiere unas situaciones muy diferentes que, *“en vigencia de la ley 182 de 1948 no existían las zonas esenciales y no esenciales y de ello habla el demandante en su libelo de demanda; lo cual no resulta coherente que por más que se dio la reforma del reglamento para adecuarlo a la nueva ley, ya que nunca, o al menos de eso no hubo prueba que se hubieran reformado los planos primigenios con los cuales se impartió aprobación al proyecto”*.

Que si bien se aportó un contrato de promesa de compraventa de un bien inmueble con fecha 2 de enero de 1996, firmado por la sociedad demandada como promitente vendedora *“esa promesa solo genera una obligación de hacer, como es suscribir el contrato prometido”*, pero la escritura pública de cumplimiento de ese contrato no se trajo, ni el entonces vigente reglamento de propiedad horizontal, escritos que *“constituyen el soporte jurídico completo para obligar el estudio sobre el cumplimiento y demandar la responsabilidad siempre y cuando estuviera estipulado el momento y la forma en que se realizaría la entrega de los bienes que se extrañan en la demanda”*, lo que evidenciaba la inobservancia de la carga de la prueba regulada en el artículo 167 del C.G.P. en soporte de las pretensiones, aun cuando conto con oportunidad procesal para hacerlo.

Y que aun en el hipotético caso de darse por superada esa falencia, las pruebas daban cuenta de que las obras civiles reclamadas ya habían sido construidas y entregadas, como se derivaba de las actas de entrega y recibo a satisfacción y lo expuesto por el auxiliar de la justicia en su dictamen *“no obstante, haber realizado la experticia 4 años después de haber instaurado la demanda y 9 años después de la entrega”*, indicando que solicitó los planos en la oficina de administración del conjunto y en planeación municipal, los mismos que obraban en el proceso y haber realizado un estudio fotográfico al conjunto, anexado al informe, concluyendo frente a la realización y entrega de las áreas comunes que estas *“se encuentran cumpliendo a satisfacción el objetivo para el cual son destinados, esto en cuanto objetivamente puede apreciar”*, constató que las obras señaladas en los planos originales del año 1995, coincidían con las efectivamente construidas y entregadas.

Que el perito halló que todo estaba funcionando bien y no había irregularidad alguna, que contó para tal efecto con los planos aportados al proceso, sin acceder a la escritura primigenia, génesis de la responsabilidad perseguida, como lo ratificó en la audiencia, y concluyendo en el punto que *“la prueba pericial referida cumple con los presupuestos contenidos en el artículo 232 del código general del proceso, el dictamen es sólido, claro, exhaustivo, preciso y los fundamentos gozan de buena calidad y se notó la idónea del perito”*.

Para el a-quo, si bien los testigos de la demandante hacían mención a deficiencias en las construcciones *“como la piscina la cual refirió se le filtró el agua entre otros problemas, sobre la portería que también dice tenía un hueco que debió ser arreglado entre otras situaciones, la cancha de voleibol que señaló que unas placas debieron ser reparadas, sobre el tanque agua que también dijo tenía desperfectos, sobre la ampliación de calles que refirió también el testigo fue necesario realizar, el parque de los niños que también dijo el declarante no tenía sino un columpio y un tobogán que también debió ser mejorado, los parqueaderos que también presentan serias deficiencias, la portería donde indicó refería declarante que solo se había realizado un kiosco y el segundo testigo el señor Octavio Lozano de la Torre quién también similar que el anterior refirió ser residente del conjunto demandante y que fue testigo de que fue necesario realizar múltiples arreglos y obras como piscinas, paredes, baterías de baños, parqueaderos que dice están deteriorados, cancha de voleibol que debió ser reconstruida, lámparas de iluminación, salón comunal el cual se quejó que había un salón pequeño, tanque de reserva de agua que indica nunca funcionó realmente”*, lo que se extraía de esa prueba era que *“extrañan ellos, no la realización y la entrega de obras; sino unas presuntas obras de refacciones de mantenimiento que debieron ser realizadas luego de que aquellos fueron entregadas”*.

Pero lo que se demandaba era *“que se declarara una responsabilidad contractual por el presunto incumplimiento en la entrega en la construcción y entrega de unas obras, es decir, estamos hablando del mismo tema la prueba testimonial obras entregadas de manera imperfecta según el dicho los testigos que ampliamente anotaron en la audiencia, pero el objeto de este proceso no era que se corrigieran imperfecciones o que se pagarán gastos y perjuicios por obras imperfectas sino que no se habían construido y entregado obras y como ya sé concluyó*

de las pruebas de las actas de entrega de la superficie presentada, que en efecto las obras si fueron construidas y entregadas a cabalidad por la sociedad entonces demandada y por lo tanto a no haberse acreditado como se indicó desde el inicio el contrato completo generador de las obligaciones, pero en todo caso encontrar cumplidas las obras a que se obligó la sociedad demandada, considera el juzgado que el contenido de la prueba pericial se reitera y las documentales de actas de entrega, son suficientes para demostrar que el incumplimiento no se generó”.

Que al no existir incumplimiento tampoco se acreditaba un nexo causal *“motivo por el cual se deberá negar las pretensiones de la demanda por sustracción de materia al no alcanzar a triunfar las pretensiones, pues bien, sabido es que las excepciones atacan la pretensión y la pretensión no logró triunfar carece de objeto por sustracción de materia, el juzgado entonces queda relevado del estudio de los medios exceptivos”*

4. La apelación.

El demandante pide revocar la sentencia, sostiene que *“sí fueron allegados con la demanda, como prueba, los planos aprobados con el proyecto inicial y la escritura 1568 de 16 de noviembre de 2002, escritura esta que como lo refiere en su encabezado y el texto de la misma, corresponde a la reforma y actualización del reglamento de propiedad, lo que implica sin mayores discusiones que este acto escritural deja sin valor ni efecto las escrituras proferidas con antelación”.*

Además, *“los bienes comunes de uso y goce general jamás fueron modificados, circunstancia que desvirtúa la manifestación del señor juez que necesita de la escritura inicial para poder establecer si los bienes son los mismos, pues de igual manera se pasa por alto que la licencia de construcción es una sola y jamás fue modificada, y es tal licencia la que aprueba los planos allegados, los cuales, se reitera, nunca fueron modificados.”*

Agrega, que también se aportó un contrato de promesa de compraventa del año 1996 y *“en la parte final de la cláusula séptima de dicha promesa se dice claramente que ‘la venta de los inmuebles comprenderá el derecho a servirse de las zonas comunes del edificio que se ejercerá conforme se establezca en su respectivo reglamento de propiedad horizontal’”.*

De otro lado, discute, que *“el juez aplica sin ningún reparo la favorabilidad de la norma, no siendo factible tal circunstancia, puesto que en materia civil tal principio no es aplicable, como lo pretende hacer el juez, ni mucho menos cuando el proceso inició en el año 2013, y ya la Ley 675 de 2001 llevaba prácticamente 12 años de vigencia y esta ley, sí exige que los conjuntos sometidos a propiedad horizontal deben tener unos bienes comunes esenciales y unos bienes comunes de uso y goce general; así como también tales bienes deben coincidir con los expresados en los planos y en reglamento de copropiedad (...) la misma norma exigía la modificación y actualización de los reglamentos de copropiedad, tanto de las normas antiguas como las nuevas, y ello obligaba también a la constructora a modificar e incorporar el dicho reglamento de copropiedad, toda vez que ellos no habían terminado el proyecto”.*

Que se desconocieron las pruebas que daban cuenta que el ingeniero representante de la constructora *“colocaba como condición para terminar las obras faltantes de las áreas comunes, ampliar las unidades de vivienda, citando él mismo a una audiencia de conciliación extrajudicial; carta que fue enviada al señor Rubén Darío Sierra Tovar, presidente para ese entonces del consejo de administración del conjunto, quien declaró en el proceso y certificó en su declaración que efectivamente había sido citado a conciliar con la constructora y que la misma había ofrecido terminar las obras comunes inconclusas, siempre y cuando se les permitiera ampliar las unidades de vivienda allí fue donde le entregaron al Consejo de Administración los planos de la propuesta que también fueron allegados al expediente.”*

Añade, que fue un error darle valor probatorio al dictamen pericial, pues en su sentir, *“tal dictamen no tiene la solidez, claridad, exhaustividad, precisión, y calidad de fundamentos, adicionado al hecho del comportamiento asumido y lo dicho por el perito en audiencia”* y agrega que *“pese a que como apoderado en la audiencia inicial le solicité al señor juez requiriese al perito para que ampliase el dictamen, y así lo ordenó el juez en dicha audiencia conforme aparece en el minuto 38.2 del respectivo audio de la audiencia inicial, el perito nunca*

aclaró el dictamen, nunca fue requerido por el despacho pese a la orden dada por el juez, no cumpliendo el dictamen con el objeto para el que fue solicitado”.

Señala que el juez *“le da a las pruebas allegadas y referidas como supuestas actas de entrega un valor probatorio que no tienen ni expresan (...) para respaldar el dictamen pericial que contiene todas las falencias ya señaladas”*, que es así puesto que sólo hay dos que datan del 2004, que se refieren apenas al parque de recreación y al polideportivo; una de 1996, firmada por el mismo representante legal de la constructora como administrador provisional del conjunto, que en todo caso no acredita entregas, sino que sólo expresa lo que se habrá de construir y plazos tentativos para ello; una que no es acta de entrega, sino una mera relación de los bienes comunes con los que ha de contar el conjunto, en la que además no aparece ninguna firma.

Insiste en que las pruebas allegadas con la reforma a la demanda deben ser valoradas, en razón a que dichos contratos prueban que las obras *“se terminaron de construir y adecuaron algunas áreas comunes que la constructora dejó inconclusas (...) contratos que no se allegaron con la demanda, toda vez que dichas obras fueron realizadas con posterioridad a la iniciación del proceso y se hicieron por la necesidad del servicio”*.

Por último, señala que se incurrió en violación al debido proceso, en tanto, *“interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la decisión tomada en la audiencia inicial de no aceptar la adición de la demanda (...) el recurso se sustentó en debida forma y el juez ordenó que por secretaría se envira el expediente previo el pago de las expensas por el apelante”*. Sin embargo, el recurso se declaró desierto, ya que la secretaria *“nunca informó dos aspectos importantes para continuar con el trámite del recurso, como lo es enviar y/o comunicarle el número de la cuenta y el valor de las expensas”*, hecho que no le es imputable y genera una vulneración al derecho de defensa.

CONSIDERACIONES

1. Fuente de las obligaciones es el contrato o acuerdo de voluntades destinado a crearlas; el artículo 1495 del Código Civil expresamente señala que *“las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas como en los contratos o convenciones...”*.

Relevada importancia se le otorga a tal tipo de convención, pues dispone el legislador en el artículo 1602 ídem 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”*; en caso de incumplimiento contractual la ley faculta al contratante cumplido a reclamar o bien la resolución del convenio o su cumplimiento forzado, en ambos casos, con derecho a indemnización de los perjuicios causados; así lo señala el artículo 1546 del código civil, que consagra la condición resolutoria tácita, propia de los contratos bilaterales.

2. La solución de la alzada.

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

En la demanda que la sentencia recurrida respondió pretendía la demandante se ordenara a la demandada *“realizar las obras pendientes por construir relativas a las áreas comunes prometidas dentro de los contratos de compraventa suscritos con los copropietarios del conjunto; así como para que haga la entrega de la totalidad de las áreas comunes referidas en los planos del proyecto radicado en Planeación Municipal y descritas*

en el concepto de uso de suelo que autorizó el desarrollo del conjunto cerrado Villa Lorena.”, que además precisó, eran las anotadas en la cláusula novena de la escritura 1568 del 16 de noviembre de 2002.

El juez al sentenciar consideró que las pruebas aportadas no acreditaban el negocio contractual fuente de las obligaciones que se pedía cumplir, es decir, la escritura que recogía las obras de propiedad de la comunidad que el constructor se comprometió a realizar y entregar; pero que aun dándolo por probado tampoco se evidenciaba el daño invocado, pues las obras comunes habían sido construidas y entregadas y estaban en buen estado de funcionamiento.

Para el extremo actor y recurrente, los documentos que allegó al demandar eran suficientes para probar la existencia del referido contrato, es decir, que podían derivarse de la escritura pública No. 1568 del 16 de noviembre de 2002, el plano de las obras y el contrato de promesa de venta de un inmueble a uno de los copropietarios, celebrado el 2 de enero de 1996, y que todas las pruebas mostraban el incumplimiento contractual demandado.

2.2. La Sala concluye que la sentencia apelada debe ser confirmada, pues el análisis individual y conjunto de los medios incorporados conduce a la conclusión de que no se acreditan los requisitos necesarios para dar prosperidad a la pretensión elevada.

Esto es, que la declaratoria de responsabilidad contractual por incumplimiento exige la plena prueba de un contrato válido, un comportamiento omisivo en la atención de sus obligaciones del contratante demandado y un perjuicio o daño derivado de esa omisión para el otro contratante o nexo causal.

Y que, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, la prosperidad del reclamo: *“depende de 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 sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado”*⁸

2.2.1. Para probar el contrato que se pretende se declare incumplido, porque la constructora demandada no elaboró ni entregó los bienes de uso común a los copropietarios de los bienes privados, aportó la demandante copia de la escritura pública No. 1568 del 16 de noviembre de 2002, de una promesa de compraventa suscrita entre la demandada y los señores Nohora Acosta Murcia y Octalio Lozano de la Torre de fecha 2 de enero de 1996 sobre un inmueble de la etapa uno de la copropiedad demandante y de los planos aprobados con la licencia de construcción No. 2345 del 01 de diciembre de 1995.

La escritura allegada en copia parcial y no completa recoge la **“reforma y actualización a la ley 675 de 2001 el reglamento de propiedad horizontal del conjunto cerrado residencial Villa Lorena”** al acogerse la copropiedad a la facultad que le entregaba la nueva ley de adecuar el reglamento de propiedad horizontal a su nueva regulación (art. 86); y en la cláusula novena a la que hace referencia el apelante, para derivar de allí cuales fueron las obras a que se comprometió la demandada y que no realizó, ni entregó, se indicó: *“BIENES COMUNES NO ESENCIALES” (...)* *tales bienes se relacionan así: los jardines o zonas verdes del Conjunto, tanto los generales como los andenes, lámparas de iluminación exterior, las zonas recreativas o de juegos, los parqueaderos para visitantes, las zonas de circulación peatonal, el salón comunal o múltiple del edificio multifamiliar I, el salón comunal o múltiple del edificio multifamiliar II, los juegos infantiles, las piscinas de adultos y niños, el tanque de reserva de agua, la cancha de uso múltiple y en general, todos aquellos bienes y servicios comunes, sobre los cuales ningún propietario de unidad privada puede alegar ningún derecho de propiedad exclusiva, por razón de su misma naturaleza y por no habersele transferido como pertenencia o cesión de propiedad individual, de conformidad con lo indicado en los planos y el Proyecto de división”*.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 032-2001, de 9 de marzo de 2001, exp. No. 5659, M.P. Nicolás Bechara Simancas.

Escritura que si bien relaciona una a una las zonas comunes no esenciales, que dice el actor corresponden con las que obraban en la escritura primigenia 1201 del 3 de julio de 1996, no se acreditó que fuese ello así, con un medio de prueba que lo corroborare; a más de que en esa relación no se menciona “*shuck de basuras, el lobbie y la Oficina de administración (...) la ampliación de algunas calles, el encerramiento del Conjunto y la zona de BBQ*”, que también reclama.

La aportada copia de contratos de promesa de compraventa suscritos entre la compañía constructora Gaitán Ocampo Ltda. y Nohora Acosta Murcia y Octalio Lozano de la Torre, de fecha 2 de enero de 1996⁹, que da cuenta que la primera prometió vender el apartamento 204 con su parqueadero No. 09 y bodega No. 15 del edificio denominado Multifamiliar 1, que se construirá en el conjunto residencial y comercial “*Villa Lorena*”, negociación que se cumpliría con la firma de la escritura pública de compraventa el 01 de julio de 1996, momento en el que también se haría entrega real y material del inmueble prometido en venta “*junto con todas las anexidades, usos, costumbres y servidumbres que legalmente le corresponden, de acuerdo al reglamento de propiedad horizontal*” además, la compra de ese inmueble les daría derecho “*a servirse de las zonas comunes del edificio, que se ejercerá conforme se establezca en su respectivo reglamento de propiedad horizontal*”, pero tampoco se allegó la escritura que finiquitó esa negociación, que pudiera reflejar que bienes comunes en concreto se entregaron a la copropiedad, y con ello se trasmitía su derecho al disfrute de los mismos al comprador.

Tampoco se puede tener claridad respecto a las zonas no esenciales reclamadas, esto es, “*los jardines, o zonas verdes del conjunto, como los andenes, las lámparas de iluminación exterior, las zonas recreativas o de juegos, los parqueaderos para visitantes, las zonas de circulación peatonal, el salón comunal o múltiple de los edificios multifamiliares I y II, el espacio para los juegos infantiles, las piscinas de adultos y niños, el tanque de reserva de agua, la cancha de uso múltiple, el shuck de basuras, el lobbie y la oficina de administración, así como los parqueaderos para visitantes, la ampliación de algunas calles, el encerramiento del conjunto y la zona de BBQ*” del plano que fue aprobado junto con la licencia de construcción 2345 del 01 de diciembre de 1995, también aportado con la demanda, pues allí sólo se hace relación a la piscina; kiosko y juegos infantiles.

Por lo que, el no aporte de la escritura de compra que finiquitó la promesa ni del reglamento de propiedad horizontal en que debían constar las zonas comunes prometidas por la constructora, no permite establecer con claridad y precisión la certeza de los reclamos en que funda las pretensiones la copropiedad, con ello, dificulta el establecer que las obligaciones demandadas correspondían a las aducidas en la demanda.

En armonía con lo expuesto, el parágrafo segundo del art. 24 de la Ley 675 de 2001, que también invoca el recurrente como sustento de la obligación contractual que contrajo la constructora, prevé que “*Los bienes comunes deberán coincidir con lo señalado en el proyecto aprobado y lo indicado en el reglamento de propiedad horizontal*”, circunstancia que evidencia con mayor razón la necesidad del aporte del reglamento de propiedad horizontal recogido en la escritura pública 1201 del 03 de julio de 1996, así como de un contrato de los convenidos con la constructora que permitiese concretar el fundamento del reclamo u obligación incumplida, para que pudiera afirmarse si las áreas comunes, enlistadas en la reforma del reglamento de la escritura No. 1568 del 16 de noviembre de 2002, coincidían o no con las contempladas en el reglamento original o las que la constructora ofrecía levantar.

Y resulta claro que conforme lo dispone el art. 38 de la Ley 153 de 1887 “*En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*”, y que no puede simplemente reclamarse el principio de favorabilidad para que la obligación que se reclama incumplida se someta a la nueva ley 675 de 2001 y no la vigente al momento de constituirse la copropiedad, como lo alega el recurrente, pues no es este un espacio en que rijan la aplicación retroactiva de la

⁹ Fl. 53 a 58 C. 1

ley, para situaciones no previstas por el legislador como la entrega de bienes comunes no esenciales que acá se reclaman y que refieren al cumplimiento de obligaciones pecuniarias.

Así entonces, desde luego que el contrato, su vigencia, determinación de las obras relacionadas como zonas comunes que se construirían, son cuestiones trascendentes para el establecimiento del daño demandado, las que no pueden ser salvadas, con la simple afirmación del demandante que son las mismas que se enlistan en la escritura actualizada del año 2002 y con las documentales que no precisan claramente las obras no esenciales a las que se comprometió la demandada en el año 1995, cuando se legalizaron los planos, se aprobó la construcción del conjunto, se prometió la venta de uno de los apartamentos, por tanto, razón suficiente para considerar que no se acreditaba con suficiencia la relación contractual, lo que de suyo, impone la negativa de las pretensiones.

2.2.2. Pero lo que resulta determinante en la decisión anunciada es que, aun aceptándose lo afirmado por el apelante y dándose por cumplido el anterior requisito, esto es, la existencia del contrato y de la obligación de la constructora de elaborar y entregar los bienes comunes no esenciales que se reclaman, en el estudio del alegado incumplimiento de esas obligaciones, tampoco las pretensiones saldrían avante, dado que las pruebas obrantes dejan sentado que sí fueron aquellas obras realizadas y entregadas a la copropiedad.

En efecto, el dictamen pericial se solicitó por la parte actora, con el propósito de que se conceptualizara *“sobre las áreas comunes, zonas de parqueo, áreas de recreación, áreas de uso social, zonas verdes, áreas de servicio de portería, seguridad, instalaciones de energía, acueducto y alcantarillado; espacios públicos y adyacentes a que tienen derecho mis poderdantes de conformidad y en proporción al concepto de uso de suelo y acorde a las reglas de planeación Municipal.”*¹⁰, y ese estudio efectuado por un ingeniero civil, con más de 20 años de experiencia, da cuenta, primeramente que *“las áreas comunes se encuentran cumpliendo a satisfacción el objetivo para la cual son destinadas”*.

A su vez, informa pormenorizadamente respecto a cada uno de los puntos solicitados lo siguiente: respecto a zona de parqueo, *“En total según cuentas son 26 sitios establecidos posiblemente por la persona jurídica en asambleas (...) se deja constancia que a pesar que lo antiguo del conjunto todas las zonas de circulación de vehículos se encuentran con adoquines y están en buen estado”*; en cuanto a áreas de recreación y de uso social, *“sería el parque infantil bien conservado como se puede ver en la fotografía (...) la piscina de la foto 2 de este mismo folio 7 bien conservado [...] el salón de administración bastante amplio (...) y el salón de reuniones (...) también bastante amplio”*; áreas verdes, *“Se encuentran bien mantenidas”*; áreas de servicio de portería y seguridad, *“el área donde se encuentra la portería fue adquirida por escritura pública (...) allí funciona el sitio de seguridad del conjunto con su celador además está el sitio para el depósito de basuras”*; referente a instalaciones de acueducto y alcantarillado, *“se encuentran funcionando correctamente”*; espacios públicos y adyacentes, *“son bastante amplios y acondicionados para el personal que allí habita (...) otro servicio serían los tanques para el depósito de agua”*. concluyendo el experto que *“las zonas comunes y ornamentación o presentación exterior con juegos, piscinas, antenas, iluminación etc. etc se encuentran bien presentado”*, todo lo cual se complementa con fotografías.

Estudio y conclusiones que ratificó bajo la gravedad del juramento, en su declaración rendida en audiencia de instrucción, donde fue ampliamente interrogado por el solicitante de la prueba y los demandados, señalando allí que encontró en perfecto funcionamiento las áreas comunes tal como se evidencia en las 10 fotografías aportadas con el dictamen; pudo corroborar en las tres oportunidades que visitó la copropiedad que esas áreas coincidían con las señaladas en el plano original elaborado en el año 1995, documental que le puso de presente la administradora de la copropiedad, mismas que obraban en la carpeta de la oficina de planeación municipal de Fusagasugá y como anexos de la demanda.

¹⁰ Fl. 135 C. 1

Enfatizó, que encontró en funcionamiento la piscina de adultos y niños; el kiosco, la portería; el salón social que está ubicado en el edificio 2 y la oficina de administración que se encuentra en el edificio 1, que *“no estaba en los planos que le fueron aportados”*; los andenes que *“están completos”*; las luces *“estaban correctamente”*; la entrada en adoquines que *“con el tiempo se han conservado bien”*; el shut de la basura *“está completo”*; la portería *“en funcionamiento”*; el parque infantil que esta *“en funcionamiento”*; una cancha de juegos pavimentada y con sus graderías; las zonas verdes y el tanque de reserva de agua que se construyó en concreto reforzado, pero que no lo estaban utilizando.

De ese recuento, con claridad se evidencia, es que las áreas cuya construcción echa de menos la demandante, existen y estaban funcionando cuando el experto acudió al lugar para elaborar su dictamen. Probanza que si bien fue cuestionada por el extremo actor, para esta Sala cumple con los presupuestos del artículo 226 del Código General del Proceso, para tener por acreditadas estas obras y su respectiva entrega, pues a más de que no se controvertió con otra experticia como lo autoriza la norma, en ella respondió el ingeniero civil de manera clara, y detallada uno, a uno, los puntos que exigía la parte actora solicitante de la prueba, dio cuenta de las investigaciones realizadas para fundamentar la experticia y de la razón de sus conclusiones.

Además lo allí anotado, lo corroboran los testigos oídos, al respecto **Rubén Darío Sierra Tovar** de 79 años, sargento mayor del ejército, retirado, residente de la propiedad horizontal hace 18 años, administrador de la misma hace aproximadamente 12 años, dio cuenta que la constructora entregó la piscina para adultos y niños, los parqueaderos de visitantes, el shut de basuras, la cancha de juegos, los tanques para reserva de agua, un parque para los niños, la portería, un salón para reuniones, la oficina de administración, la iluminación, el encerramiento de la copropiedad, obras que están funcionando *“perfectamente”*; aclaró que la copropiedad en los últimos años *“me parece que empezó en diciembre o en enero de hace dos años”*, le ha realizado bastantes adecuaciones y mantenimiento, precisamente para que funcionen en perfectas condiciones; no obstante, cuando él fue administrador *“aproximadamente hace doce años”*, solo les hizo *“mantenimiento normal de todo conjunto”*, precisando que: *“Cuando hicieron la piscina tenía una escaleras a un lado de la piscina, había unas escaleras con un hueco y la piscina pegaba apenas con eso y no con la pared que está aborita, entonces que tocó hacer la piscina empezó a tratarse de correr la piscina, el agua filtrarse, se filtraba el agua entonces inclusive donde estaban todas las máquinas ahí tenía una filtración y al lado derecho donde se le hizo aborita con el dinero que pusimos nosotros los propietarios que la constructora no nos cumplió esa parte de la piscina, entonces toco nosotros hacerlo para que la piscina no se fuera a derrumbar no se fuera a caer”*. Los parqueaderos *“le echaron un cementico ahí y eso se levantó se polvero”* por lo que ellos como propietarios tuvieron que arreglarlo *“lo pavimentaron le hicieron una mejor rampa porque eso estaba pegando contra la pared encima del edificio cuando entraban algunos carros entonces tocó hacerle todo ese arreglo a ese edificio en los parqueadero, se pintaron y quedaron perfectos”*; el shut de basura también tuvieron que adecuarlo *“tocó hacerlo prácticamente nuevo, aborita quedó mejor arreglado se le sacó una puerta del lado afuera, se le pusieron unas canecas para poder echar la basura porque antes se tiraba ahí en el suelo, se pusieron canecas y quedó perfecto aborita el shut de basura, quedó mejor arreglado”*, a la cancha de voleibol que dejó la constructora *“se le levantaron las placas que se habían hecho anteriormente, que había hecho la empresa, se levantaron y esas también nos tocó a nosotros poner un dinero para hacerle las placas nuevas”*, dijo que si bien hicieron los tanques para reserva de agua, no pusieron la motobomba *“para que cuando el agua se fuera subiera a los apartamentos”*, quedaron en ampliar la calle que tiene el conjunto pero no se llevó a cabo ese arreglo, *“las calles están en la forma que se encuentran actualmente”*. Que si bien construyeron un parque para los niños *“no tiene sino un columpio y un tobogán pequeño, esto toco arreglarlo también a nosotros del conjunto porque eso era en una madera muy mala y se dañaron las tablas que tenía y toco volverlo a organizar”*. Los parqueaderos de visitantes eran *“4 o 6 parqueaderos”*, pero no eran buenos parqueaderos. En la portería hicieron un kiosco con una puerta *“un kiosco pequeño donde estaba apenas el vigilante y una reja en hierro que hicieron ahí pero después con el tiempo hicieron aquí la comunidad tocó hacerle el shut de basura a organizarlo mejor, una cosa que había ahí y se hizo un shut de basura más grande, más amplio más higiénico fue lo que se hizo organizándolo nosotros”*, hicieron un salón para reuniones *“yo me encontré el salón hecho, el salón que hay ahí que dijeron que era el salón comunal, el salón social pero es un salón para hacer reuniones, es donde nos*

hemos reunido un salón que hicieron ahí es un salón. En el mismo salón quedaba la oficina de administración “ahí mismo se instaló la oficina porque oficina oficial no había, no hicieron oficina para la administración. Entonces se organizó en el salón social, se organizó una oficina que es la que está ahorita”. El encerramiento de la copropiedad no lo hicieron en un material adecuado “ellos le pusieron unas cosa de alambre la cerraron con unas mallas y el proyecto que tenía era el material el encerramiento del conjunto, de verdad todo el que pasa por la calle siguiente está mirando todo hacia adentro, es una reja de alambre lo que hay ahí y fuera de eso ellos dijeron que todo eso iba a quedar iluminado y eso no tiene ninguna clase de luz, la luz que se le puso, se le puso hace unos 3 o 4 años, que aquí se le compraron unos postes de esos y se le compraron unas pantallas, pero que ellos hubieran hecho las luces y el encerramiento como debió ser tampoco se hizo, el encerramiento no está bien hecho”. La constructora puso una parte de la iluminación “unas pantallitas que pusieron dentro del conjunto alrededor del conjunto unas pantallitas que hicieron, pero el conjunto como había muchas partes que estaban oscuras, mejor dicho, tocó cambiar las que había por unas mejores que iluminarán más, pero la hizo el conjunto, que son diferentes a la que se hicieron ahora”. Respecto del BBQ dice que lo hicieron los propietarios, no obstante, reconoce que la constructora, para esa obra, les entregó aproximadamente un millón de pesos. Precisó que frente a su casa existen 6 parqueaderos de visitantes, al final del edificio 1 hay dos parqueaderos más “y en la parte de adelante en la entrada del conjunto a mano derecho también hay otros dos, pero yo no sé dónde sacarían tantos parqueaderos”. Cada una de las torres tiene un salón social, la número 1 tiene un salón “pequeño para reunión de eso tiene dos baños, baño de dama y baño para caballero y tiene una puerta para salir a un balconcito afuera que hay y la entrada, pero ahí es donde hemos estado haciendo las reuniones porque no tenemos otra opción”, lo ha estado utilizando sin ningún problema, “pero es bastante apretadito”. Narró que hace doce años, cuando él fue administrador no hizo ninguna de esas reparaciones, hizo “el mantenimiento normal de todo el conjunto cuando había que hacerlo con gastos de administración para el sembrado de matas para embellecer el conjunto, se pidió un dinerito para que colaboran para hacerla los jardines, todo eso se hizo sí, el mantenimiento de la piscina cuando uno es administrador, pero obras grandes no logre yo hacerlas pero la hicieron otros administradores” y eso fue como un año antes de la pandemia.

Octaliano Lozano de la Torre, 67 años, comerciante, residente en la propiedad horizontal desde hace 10 o 12 años, dijo que la constructora “entregó esos parques, entregó unos columpios, entregó unos pasamanos y algo como un túnel para los niños”, también los parqueaderos de visitantes, construyeron un salón social en el edificio 1, otro salón social en el bloque 2, las zonas de circulación peatonal, el tanque de reserva, el encerramiento del conjunto, les dio un dinero para la construcción del BBQ, que a la fecha de la declaración está funcionando la portería, las zonas verdes, un sistema de iluminación, preciso: “Construyeron un salón en el edificio 1, un salón pequeño en el que se hacen las reuniones de cosas de administraciones, pero es un salón bastante incómodo pequeño, el bloque # 2 también consta de un salón que es donde un saloncito llamémoslo así, allí funcionan las oficinas de administración”, existen los parqueaderos de visitantes pero están demarcados sobre las vías, que inclusive son vías angostas pero ahí están “esos parqueaderos de visitantes, hay en esos parqueaderos de visitantes también en el parqueadero del edificio #1 existen esos parqueaderos y están demarcados como visitantes”. Que la constructora también hizo las zonas de circulación peatonal y aún existen, construyeron el tanque de reserva, pero no funciona. El encerramiento del conjunto también es el que dejó la constructora, aunque no es muy seguro. La constructora dio un dinero para la construcción del BBQ, “es un BBQ pequeño en la parte de la esquina entrando allá hay un Bbq que lo han utilizado varias personas”. La portería “fue la que quedó cuando la constructora realizó las obras, pero la verdad la palabra portería le queda grande porque la verdad es un salón incómodo y que brinda poca seguridad a los celadores”. Había zonas verdes. Un sistema de iluminación, pero deficiente “eso se fue arreglando cuando se compraron las pantallas”

Y en parte **Yury Natalia Sarmiento Salazar**, de 36 años de edad, contador público, administradora de la copropiedad desde mayo de 2020, quien dijo que “efectivamente se entregaron algunas zonas comunes esenciales entre ellas la piscina, en lo que hemos notado en algunos contratos ejecutados, fue necesario hacer unas adecuaciones a esa zona, por ejemplo la piscina presentó unos inconvenientes en la parte estructural y el tema de las duchas no estaba acondicionadas a lo que se requería por ley, entonces fue necesario construir estas duchas, hacer el encerramiento de las piscinas y modificar toda la parte de las enchapes de la piscina,

para hacer algunas adecuaciones y poderla dejar en óptimo funcionamiento, según los propietarios me comentan durante años la piscina no se pudo utilizar, ya que por más que se realizaran los mantenimientos pues no tenía las condiciones aptas para que el agua permaneciera como la norma lo solicita. El otro tema que estaba pendiente que fue necesario que la comunidad lo acondicionara fue el shut de basura, que como lo hemos comentado durante todo el proceso se acondicionó de manera provisional un cuarto para la disposición de estos residuos; no existe oficina de administración, actualmente se está utilizando un espacio en el sótano del bifamiliar 2 el cual pues también ha llamado el constructor o los socios como salón social pero así como el perito lo puede corroborar y de pronto en una nueva inspección este salón presenta un deterioro notable, desde sus inicios es un salón que al quedar en un sótano pues tiene en el techo la caída de los desagües de los apartamentos del segundo piso, entonces ha tenido una serie de problemas de humedades que por más que han venido acondicionando, reaparecen en el tiempo. aún sigue haciendo falta acondicionar la portería la cual sigue siendo la provisional que entregó la constructora más unas adecuaciones que se le han hecho para comodidad de los trabajadores y el encerramiento general del conjunto sigue siendo una parte cerca viva y malla y otra parte en cerca muy convencional que no ofrece la seguridad que los copropietarios requieren, entonces es notorio que hacen falta la mayoría de las zonas comunes no esenciales que requieren los copropietarios para el goce y disfrute de sus zonas comunes tal como se les ofreció al inicio del proyecto”. Sin embargo, aclaró que no contaba con una relación de los bienes a administrar “no me lo entregaron en el acta” y que el reglamento interno que se continúa aplicando es el dejado por la constructora. Indicó que el conjunto tiene 23 parqueaderos comunales en total, pero “únicamente están funcionando algunos que se encuentran en la zona interna del multifamiliar uno puesto que, en la zona externa del multifamiliar 2 existen unos que fueron demarcados pero son zonas de circulación vehicular que en ningún momento pueden ser bahías de parqueaderos por el riesgo de choques entre los vehículos”, dio cuenta de la existencia de los tanques de reserva de agua, pero que estos no funcionan dado que no cuentan con el equipo para ello “por el alto costo de los equipos de hidroflew y la incapacidad económica de los copropietarios porque han asumido otros gastos”.

Conclusión que también se extrae de las actas de fecha 15 de octubre de 2004 -Fl. 345- y 20 de marzo de 2004 -Fl. 346-, mediante las cuales se hizo entrega “real, oficial y material” a la administración de la copropiedad del “parque infantil” y “polideportivo Villa Lorena”, respectivamente.

Todo lo cual coincide con lo declarado por los demandados Aura Gaitán Ocampo; Eulises Gaitán Ocampo; Flor Teresa Gaitán Ocampo; José William Gaitán Ocampo y Luis Alfonso Gaitán López, quienes coincidieron en indicar que entregaron la totalidad de obras comunes a que se comprometieron “El reglamento de la copropiedad lo entregamos el 15 agosto del 2007, la entrega de instalación del citófono el 5 de diciembre de 1997, el parque infantil el 15 de octubre del 2004, el polideportivo el 20 de marzo de 2004, las piscinas para marzo del 2004 y en el tema del BBQ que no se había construido, nosotros llegamos a un acuerdo con la copropiedad en que nosotros le dábamos el valor económico que costará el BBQ, para que lo pudieran construir y aquí tengo el recibo. Para octubre del 2012 nosotros dimos el dinero para la construcción del Bbq y está firmado por las personas representantes quienes recibieron la entrega de instalación de citófonos con la firma de todas las personas, el 15 de octubre del 2004 tengo el acta de entrega de todo el parque de desarrollo motriz con madera inmunizada pino verde, con los techos, deslizaderos, con la malla inclinada, con las escaleras de acceso, con la unidad básica de los columpios, el pasábamos, el juego de argollas, trapecio, el túnel de fibra de vidrio, puente colgante, 4 encerramientos y una arenera de 3.20 metros lo recibí Rosa Herrera tengo su cédula, su firma, tengo acta de entrega del bien común, del polideportivo de Villa Lorena firmado por los copropietarios que lo reciben. Tengo del 20 de marzo del 2004 recibido por doña Marina Carvajal y Luis Alfonso Rodríguez que en su momento estaban en el conjunto recibieron en perfecto estado parte del polideportivo, de placa de concreto de 9mts por 20mts en concreto, tengo la relación de todas las áreas que conformaban el conjunto, como lo son todas las vías pavimentadas, todos los jardines delimitados, toda el área común delimitada dentro del conjunto, la portería con toda la citofonía funcionando, entregamos el salón social tanto en el primer edificio como en el segundo edificio, cada uno tiene salón social independiente, la dotación del salón social le correspondía al conjunto pero nosotros lo desarrollamos está el espacio y así lo entregamos y así lo recibieron ellos”.

Así, una lectura individual y conjunta del dictamen pericial y los demás medios de prueba incorporados, llevan en efecto a concluir que la reclamadas áreas o bienes comunes si existen,

que en su gran mayoría fueron elaboradas y entregadas por la constructora o por la administración del conjunto con dinero que le entregó la constructora según lo acordaron; y aunque también se alegue que varias de ello necesitaron de refacciones y mantenimiento, que algunas tenían defectos estructurales que según ellos les correspondió reparar a los copropietarios actuales, frente a esto último no se aportó ni pidió un medio de prueba que permita establecer si las áreas comunes entregadas eran defectuosas o si, por el contrario, sólo sufrieron un desgaste natural por el paso del tiempo, ello atendiendo a que las construcciones datan del año 1995.

Pero incluso si los defectos de construcción se acreditaran, no habría forma de emitir un fallo favorable desde el punto de vista procesal, pues el art. 1610 del CC. establece que, en caso de incumplimiento relativo a obligaciones de hacer, como la que da sustento al reclamo, “*podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1a.) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido. 2a.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor. 3a.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato*”.

Y en este asunto, las pretensiones de la demanda se encaminaron a la declaración de incumplimiento contractual de la demandada y que “*Como consecuencia de la anterior declaración se ordene: - La construcción y entrega a la Copropiedad con los jardines o zonas verdes del Conjunto, los andenes, las lámparas de iluminación exterior, las zonas recreativas o de juegos, los parqueaderos para visitantes, las zonas de circulación peatonal, el salón comunal o múltiple de los edificios multifamiliares I y II, el espacio para los juegos infantiles, las piscinas de adultos y niños, el tanque de reserva de agua, la cancha de uso múltiple, el shuck de basuras, el lobbie y la Oficina de administración, así como los parqueaderos para visitantes, la ampliación de algunas calles, el encerramiento del Conjunto y la zona de BBQ*”.

En este contexto, no es posible ordenar que se construyan unas áreas comunes, cuando está comprobado que las mismas están construidas. Si la demandante hubiera querido ser autorizada para ejecutar reparaciones a expensas de la constructora, o pretendido el pago de perjuicios compensatorios por sus defectos, debió así pretenderlo en su libelo, para que en torno a ese punto pudiera girar el debate procesal, pero como limitó su petición a que se elaborara y entregara lo que afirmó so se había ejecutado, ejerció la primera de las opciones que le confiere el art. 1610 ídem.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC3627-2021, con Rad. 11001-31-99-001-2014-58023-01, señaló: “*los asuntos civiles y comerciales, por regla general, tienen un contenido patrimonial y, en consecuencia, son de libre disposición, de allí que predomine el principio dispositivo, el cual confiere a las partes la iniciativa, entre otros aspectos, sobre el contenido de los asuntos sometidos a composición judicial. Rememórase el brocardico «ne eat iudex ultra petita partium» -la sentencia ha de atenerse a las pretensiones de las partes-, empleado para reconocer que los litigantes tienen el gobierno sobre la causa sometida a litigio y, por esta vía, impedir que la actividad judicial se desvíe hacia puntos no planteados por los contendores*”.

Coincide la Sala con la conclusión del a-quo, las obras comunes fueron construidas y están a disposición del conjunto, sin que en todo caso exista forma de demostrar defectos graves de construcción o habiéndolos sea posible declararlos a falta de pretensiones orientadas a ello, por lo que, como se anunció, por estos puntos, también debe confirmarse la sentencia.

Por último, riñe con la realidad procesal lo expuesto por el apelante en el sentido de que la constructora los llamó a conciliación y les “*colocaba como condición para terminar las obras faltantes*” que le permitieran ampliar las unidades de vivienda, y que así también lo confirmó Rubén Darío Sierra Tovar en su declaración, pues, en ambos escenarios brilla por su ausencia tal afirmación, el representante del contratista en aquella misiva propuso la conciliación para “*definir la situación jurídica derivada de la culminación de las obras y unidades privadas que corresponden a la etapa 3*”, es decir, la que pretendía construir, y el testigo si bien en una manifestación muy generalizada indicó que:

“siempre que hacíamos reuniones, invitábamos al Dr. William ósea a la empresa, lo invitábamos y él nos prometía que nos iba a arreglar el conjunto, que él iba a hacer todo”, ninguna referencia hizo a la conciliación, menos a la coacción que refiere el apoderado, por manera, que, ese argumento tampoco puede tener acogida para variar la conclusión del juzgador.

Para cerrar, en cuanto a la protesta por la falta de complementación del dictamen, como parte interesada le correspondía al mismo actor buscar que se hiciera efectivo, no obstante, nada dijo sobre ese punto durante la audiencia de instrucción y juzgamiento en que se interrogó al perito, oportunidad procesal prevista para la contradicción de esa prueba -Art. 228-, sino que aguardó a la sentencia para erigirlo como un reparo en la apelación, lo que resulta improcedente, en tanto esa oportunidad ya precluyó, consideración que aplica también para negar lo concerniente a la declaratoria de desierto del recurso de apelación que rechazó la reforma a la demanda, pues se reitera, son etapas procesales ya cerradas que no pueden revivirse a través del recurso de apelación, como lo prevé el artículo 117 del C.G.P. *“los términos señalados en este código para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario.”*

En conclusión, se impone la confirmación de la sentencia, al no ser de recibo los argumentos que motivan la impugnación, sin condena en costas, porque no aparecen causadas.

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

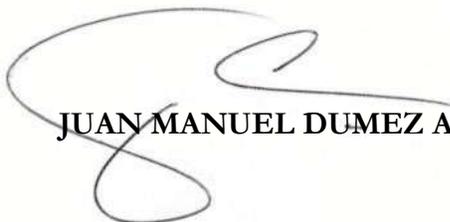
RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de mayo de 2021, por el juzgado segundo civil del circuito de Fusagasugá, por las razones expuestas en la parte considerativa.

Sin condena en costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

Notifíquese y cúmplase.

Los magistrados,


JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS


JAIME LONDOÑO SALAZAR


GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ