

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá D.C. septiembre veintisiete de dos mil veintidós.

Magistrado Ponente	: JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Radicación	: 25307-31-03-001-2019-00006-01
Aprobado	: Sala 24 de septiembre 8 de 2022

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante principal, demandada en reconvencción, contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021, por el juzgado primero civil del circuito de Girardot.

ANTECEDENTES

1. Las sociedades Inversiones y Construcciones Inarcreto S.A.S., Inmobiliaria Servicios & Bienes Raíces S.A.S., ambas a través de Eliana Ivonne Ortiz Duque como su representante legal, y John Grover Roa Sarmiento, formularon demanda contra Olga Lucía Herrera Botero y Gloria Silva de Herrera, esta última en representación de sus hijos Marco Antonio Herrera Silva y Margarita Rosa Herrera Silva, para que se declare que los demandados incumplieron sus obligaciones derivadas del “*Contrato de asociación para desarrollar el proyecto de vivienda denominado ‘Casa Loma’ en la ciudad de Girardot*” suscrito el 1° de agosto de 2014 que consecuentemente se disponga la su terminación desde el 1° de marzo de 2018 y se les condene a pagar la suma de \$2.000.000.000.00, a título de indemnización de perjuicios y/o reintegro de gastos de inversión, con sus respectivos intereses e indexación.

En sustento de sus pretensiones, relataron que Olga Lucía Herrera Botero, Marco Antonio Herrera Silva y Margarita Rosa Herrera Silva son dueños del bien inmueble denominado Casa Loma 2B ubicado en Girardot, “*con un área de CUARENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS METROS CUADRADOS (46.946.00 m2), al cual le corresponde el folio de matrícula inmobiliaria No. 307-42840 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Girardot y Cédula Catastral No. 01-02-0006-0011-00*”, predio que adquirieron mediante adjudicación en sucesión de Marco Antonio Herrera Peña, en proporción del 33,333% cada uno, contenida en la escritura pública 1516 del 15 de octubre de 2012 otorgada en la notaría segunda del círculo de Girardot.

Marco Antonio Herrera Peña a su vez lo adquirió junto con Clara Inés Herrera de Cepeda y José Alejandro Herrera Peña, mediante adjudicación en sucesión de su padre Campo Elías Herrera Arias, según sentencia del 25 de mayo de 1972 proferida por el juzgado segundo civil del circuito de Girardot y registrada el 7 de junio de 1972.

Que el 1° de agosto de 2014 Olga Lucía Herrera Botero, Marco Antonio Herrera Silva y Margarita Rosa Herrera Silva, obrando estos dos últimos a través de poder general otorgado a su madre Gloria Silva de Herrera -“*aportantes*”-, celebraron con Inversiones y Construcciones Inarcreto S.A.S., John Grover Roa Sarmiento -en conjunto, el “*constructor*”- e Inmobiliaria de Servicios & Bienes Raíces S.A.S. -la “*comercializadora*”-, el denominado “*Contrato de asociación para desarrollar el proyecto de vivienda denominado ‘Casa Loma’ en la ciudad de Girardot*” conforme al cual los primeros aportarían el bien inmueble del que eran propietarios comunes, el “*constructor*” y la “*comercializadora*” la inversión económica, técnica y profesional con el fin de desarrollar un proyecto de vivienda, acuerdo que las partes declararon que se regiría por las normas del contrato de cuentas en participación.

Que de acuerdo con el contrato los “*aportantes*” se obligaron a trasladar la propiedad del bien inmueble antes descrito a un “*parqueo inmobiliario*” constituido como fiducia mercantil, con el fin de que con el apoyo de la fiduciaria el “*constructor*” tramitará los créditos hipotecarios,

adecuaciones de terreno, licencias de urbanismo y, en general, todas las actividades necesarias para la concreción del “*Conjunto residencial Casa Loma P.H.*”.

Que el “*constructor*” y la “*comercializadora*” cumplieron sus obligaciones cancelando oportunamente la suma de \$700.000.000.00, del primer pago a los “*aportantes*”, gestionando y obteniendo la licencia de construcción para el proyecto, invirtiendo recursos para su comercialización y suscribiendo una promesa de compraventa respecto de un predio con el fin de “*sanear la cuota obligatoria de desarrollo de vivienda de interés social a favor del municipio*”, entre otras labores.

Pero los “*aportantes*” nunca cumplieron su obligación de transferir el dominio del inmueble al “*parqueo inmobiliario*” y a la fecha de la demanda, el inmueble estaba embargado por parte de la Alcaldía de Girardot como consecuencia del cobro de obligaciones fiscales del predio.

Que el “*constructor*” y la “*comercializadora*” incurrieron en gastos que ascienden a la suma de \$2.000.000.000.00, en desarrollo del acuerdo asociativo por conceptos varios, todos los cuales deben ser indemnizados por los “*aportantes*”.

En varias oportunidades “*constructor*” y “*comercializadora*” requirieron a los “*aportantes*” para que cumplieran con su obligación relacionada con el parqueo inmobiliario, lo que nunca hicieron, por lo que el 2 de marzo de 2018, fue remitida a través de un grupo de WhatsApp común, una comunicación mediante la cual aquéllos notificaron la terminación del contrato.

2. Trámite.

La demanda fue admitida en auto del 15 de febrero de 2019¹, los demandados se notificaron por conducta concluyente² y contestaron oponiéndose y formularon las excepciones de mérito que denominaron:

(i) “*Inexistencia de incumplimiento deprecado*”, dado que “*En reiteradas oportunidades, la apoderada del demandante ha manifestado que mis mandantes no cumplieron una ‘presunta’ obligación de entregar el bien de su propiedad a una fiducia de parqueo*” pero “*era el constructor a partir de sus colaboradores, quien tenía comunicación directa con la fiduciaria encargada del trámite del parqueo del bien inmueble (...) la fiduciaria no tenía ningún tipo de comunicación directa con mis mandantes, sino que lo hacía a través de los demandantes*” y que de los medios de prueba documentales aportados con la demanda “*lo único que queda en evidencia es la dilación por parte de quien tenía la gerencia del proyecto, es decir, Jhon Grover Roa Sarmiento, pues como de allí se desprende tardaba dos y hasta tres meses para remitir la información, información que una vez era solicitada se remitía casi de inmediato por parte de mis mandantes a su solicitante*”, junto al hecho de que, en relación con el pago de impuestos del predio, “*era una obligación a cargo de los demandantes, obligación que tampoco se cumplió según lo acordado, tanto así que el inmueble tiene inscrita una medida cautelar en un proceso de cobro coactivo por parte de la administración del municipio de Girardot*”.

(ii) “*Cumplimiento de las obligaciones por parte de los demandados*”, basada en que era el demandante “*el llamado a liderar y a sacar adelante el proyecto, las sociedades demandantes y la persona natural son evidentemente comerciantes avezados en los negocios de la construcción, con el respaldo profesional que le permitió a mis mandantes tomar la decisión de llevar adelante el proceso*”, mientras que los demandados no eran comerciantes, no contaban con la experiencia y experticia que pretende hacer ver la parte actora “*cumplieron a cabalidad con sus obligaciones, se dejaron guiar y estuvieron prestos a entregar todo lo que estaba a su alcance y dentro de sus posibilidades para culminar el proceso*”, entregaron a Roa Sarmiento la documentación requerida para la fiducia de parqueo, pusieron a disposición el inmueble que era de su propiedad, comprometiendo su único patrimonio en este proyecto, suscribieron poderes, mandatos, para que se pudiera tramitar ante las autoridades municipales todos los permisos y licencias.

(iii) “*Mala fe*”, porque al no ser comerciantes los demandados “*los puso evidentemente en una desventaja tal que les impidió tomar medidas oportunas para evitar una catástrofe mayor a la que están viviendo en estos momentos a causa de la negligencia de los demandantes*” y “*arriesgó, bajo su cuenta y propia responsabilidad, de manera irresponsable, recursos, que si bien eran su obligación contractualmente, quiere hoy trasladárselos de*

¹ Fl. 05 Cuaderno Principal.

² Auto del 10 de octubre de 2019. Fl. 14 Cuaderno Principal

manera descarada a mis mandantes”, todo lo cual evidencia “la mala intención de los demandantes desde el inicio de la relación contractual”.

Los demandantes recorren el traslado señalando que son los demandados contratantes incumplidos pues nunca realizaron el traslado del predio al parqueo inmobiliario, *“donde contaban con el plazo de seis (6) meses a partir a partir de la firma del contrato referido, para efectuar dicho traslado del inmueble a la fiduciaria”*, mientras que ellos cumplieron sus compromisos. Que no es cierto que el constructor haya tenido el inmueble a su disposición desde el año 2014, por cuanto *“nunca tuvo disposición legal del predio, nunca fue aportado a la fiduciaria para el parqueo inmobiliario”*, y sin ese requisito no se podía entrar a ejecutar la construcción y su no calidad de comerciantes no es óbice para el incumplimiento de las obligaciones ya que tienen la capacidad legal de entendimiento, además son profesionales y ninguno se encuentra incapacitado legalmente³.

Formularon además demanda de reconvención para que se declare que los actores incumplieron el contrato de asociación suscrito el 1 de agosto de 2014, se decrete su resolución por incumplimiento y se les condene a pagar la suma de \$51.501.000.00, a título de impuesto predial que les correspondía asumir y de \$2.956.154.383.00, a título de intereses sobre los valores contractuales no cancelados oportunamente a favor de los demandantes en reconvención, o subsidiariamente, la suma de \$330.661.800.00, de lucro cesante por la explotación del inmueble desde el 1 de agosto de 2014 hasta que se resuelva de fondo el asunto y que corresponde *“al valor de un arrendamiento comercial, el cual fue proyectado de acuerdo con lo establecido legalmente, esto es por el 150% del valor catastral del mismo, esto es quinientos cincuenta y un mil millones ciento tres mil pesos m/cte (\$551.103.000)”*

Relataron que las partes celebraron un *“Contrato de asociación para desarrollar el proyecto de vivienda denominado ‘Casa Loma’ en la ciudad de Girardot”* el 01 de agosto de 2014. Que pese *“a lo que se pretendió inicialmente, dicho contrato no podía de ninguna manera tipificarse como un contrato de ‘cuentas en participación’ pues tal y como lo establece la norma, las partes, las dos, deben ser comerciantes, y es claro que los demandantes en reconvención no ostentaban dicha calidad. Pese a lo anterior, el contrato o acuerdo es válido y vincula la voluntad de las partes, pero no en la forma como en el mismo se pretende”*.

En la cláusula tercera se estableció que los demandantes en reconvención aportarían el inmueble mediante la figura del *“parqueo inmobiliario”* y que en contraprestación *“recibirían una suma de Siete mil millones de pesos m/cte (\$7.000.000.000) valor distribuido durante el término de duración del proyecto y el cual sería cancelado en los porcentajes y oportunidades allí establecidos.”*

Que recibieron \$700.000.000.00, como primer pago a su favor y en aras de contribuir al proyecto *“compuesto de 258 unidades de vivienda (apartamentos), integrador en 8 torres, junto con la determinación de parqueaderos siendo 320 privados y 80 visitantes, depósitos, zonas comunes y proyectos urbanísticos”*, cumplieron con sus obligaciones al poner el inmueble de su propiedad *“para la estructuración de la fiducia de parqueo”*, suministraron la información requerida y suscribieron los documentos necesarios para su estructuración, así como los poderes ante autoridades municipales para el trámite de la licencia de construcción y demás que fueran necesarios, no obstante, el proyecto no prosperó por faltas imputables al *“constructor”* como líder del proyecto, por dificultades económicas y falta de liquidez del John Grover Roa.

El contrato tenía un término de tres (3) años, *“contados a partir de la expedición de la licencia de construcción, esto desde el 15 de diciembre de 2016 el cual se extendía en teoría hasta el 15 de diciembre de 2018, según se evidencia en la licencia urbanística N° 25307-0-016-0523 proferido por el municipio de Girardot”*.

Desde esa fecha, el *“constructor”* y la *“comercializadora”* incumplieron sus obligaciones, al no presentar nunca las cuentas y balances de la cláusula decimoprimera, dejar de pagar los impuestos del 2015, no asumir los gastos de administración de la fiducia por no haber nunca terminado los trámites para constituirlos.

Que John Grover Roa suscribió un acuerdo de pago sobre los impuestos dejados de cancelar, pero sólo asumió la primera cuota y los *“aportantes”* debieron pagar el impuesto del 2015 por

³ Fl. 15 C.P.

valor de \$20.400.000.00, el 24 de diciembre de 2018; y el 30 de enero de 2019 celebraron un acuerdo de pago sobre los impuestos de 2017 y 2018, pagando \$10.010.400.00, y comprometiéndose a asumir 11 cuotas mensuales de \$2.339.200.00, para pagar el saldo de \$25.678.704.00, en la misma fecha pagaron el impuesto del 2019 por \$13.943.000.00.

El “constructor” y la “comercializadora”, unilateralmente, *“al ver que el tiempo transcurría sin iniciar la obra, y que el proyecto inicialmente proyectado ya no era viable, decidió cambiar, motu proprio la composición del proyecto de apartamentos a casas dúplex, en condiciones sustancialmente diferentes a las inicialmente pactadas económicas, comerciales etc., igualmente nunca inició proceso de ventas, nunca vendió ni comercializó ni apartamentos, ni casas”*.

Que el constructor *“intentó modificar las condiciones iniciales del contrato, enviando a mis mandantes proyectos de un nuevo contrato, con una desmejora considerable a sus intereses económicos, modificando tiempos de entrega, valores, expectativas económicas etc.”*. Posteriormente, dieron por terminado el contrato el 1 de marzo de 2018, antes del término contractual y sin haber nunca empezado la construcción⁴.

Admitida la demanda de reconvencción mediante auto del 27 de enero de 2020⁵, fue contestada por los demandados a través de la misma apoderada y escrito, oponiéndose y excepcionando de mérito:

(i) *“Inexistencia de la causa invocada” y “cobro de lo no debido”, fundadas ambas en que “las obligaciones contractuales adicionales por parte de -los demandantes- estaban supeditadas a una condición suspensiva, que era la obligación de los hoy demandantes en reconvencción de entregar el inmueble a la fiduciaria en parqueo inmobiliario, y al no cumplirse esa condición, no nació la obligación contractual de mis mandantes”*.

(ii) *“Incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de los señores Olga Lucía Herrera Botero, Marco Antonio Herrera Silva y Margarita Rosa Herrera Silva”, frente a la cual dijeron que “se corrobora con la omisión de su deber contractual de entregar a la fiduciaria el parqueo inmobiliario pactado, toda vez, sin el cumplimiento de esa obligación se mantenía suspendida las obligaciones contractuales de Inarcreto SAS, Sociedad Comercial Inmobiliaria Servicios & Bienes Raíces SAS y John Grover Roa Sarmiento, ya que si no existe un bien sobre el cual desarrollar un proyecto urbanístico e inmobiliario, no existía la obligación de pagar gastos de fiducia, de rendimiento a los hoy demandantes en reconvencción y mucho menos la capacidad legal de desarrollar un proyecto de tal envergadura”*,

(iii) *“Falta de estimación razonada de los perjuicios e incumplimiento de juramento estimatorio contemplado en el artículo 206 del C.G. del P.”*, señalando que no se cumplió con la estimación de perjuicios en los términos del artículo 206 del C.G.P., toda vez que *“no se dio una correcta aplicación de una norma taxativa para tal fin, por lo que la demanda de reconvencción frente a los hechos y pretensiones esgrimidas están llamadas a fracasar, más aun cuando no se aporta prueba ni siquiera sumaria de su causación, no existe declaración bajo juramento de los mismos, no existe acápite independiente que dé cumplimiento a dicha norma legal y dentro de las pretensiones tampoco existe enunciación de cumplimiento de los depuesto en la ley para la declaración de los mismos”*.

(iv) *“Temeridad y mala fe”, fundada en que los demandantes en reconvencción “pretenden sumas de dinero no causadas a su favor, pretenden evadir su responsabilidad contractual generada en el incumplimiento de sus obligaciones como lo era la del parqueo inmobiliario, buscando terceros culpables para no pagar a mis mandantes, los perjuicios causados conforme a los establecido en la demanda principal”*.

Objetando además el monto de los perjuicios por cuanto *“nunca existió entrega del inmueble a la sociedad comercial Inversiones y Construcciones Inarcreto SAS, como la sociedad comercial Inmobiliaria Servicios & Bienes Raíces SAS y el señor John Grover Roa Sarmiento, lo cual se corrobora con el mismo certificado de tradición y libertad que obra en el expediente que fuera aportado con la demanda, como tampoco fue entregado a la fiduciaria mediante la figura comercial del parqueo inmobiliario para la explotación del predio y desarrollo y ejecución del contrato conforme a lo pactado en el mismo”*; tampoco se causó suma alguna por concepto de intereses sobre valores que hubieren podido percibir, y no existe estimación razonada respecto a la explotación del inmueble, toda vez que los demandantes en reconvencción

⁴ Fl. 02 C. Dda. R.

⁵ Fl. 03 C. Dda. R.

explotaron económicamente el inmueble “*mediante arrendamiento para pastoreo de ganado y ante la no entrega del inmueble al parqueo inmobiliario o a los demandados hoy en reconvención, no se puede ahora exigir sumas de dinero que no se causaron, que no nacieron a la vida jurídica*”⁶

Decretadas y practicadas las pruebas se adelantó la audiencia de que trata el artículo 373 del C.G.P., se corrió traslado para alegar de conclusión y conforme lo autoriza el numeral 5° de la preceptiva en cita, diez días después se emitió la decisión por escrito.

3. La sentencia apelada.

El juez *a quo* declaró probadas las excepciones de mérito denominadas “*Inexistencia del incumplimiento deprecado*” y “*Cumplimiento de las obligaciones por parte de los demandados*” propuestas por los demandados principales, denegando en consecuencia las pretensiones de esa demanda y declaró no probadas las excepciones propuestas por los demandados en reconvención y acogió las pretensiones del extremo contrademandante.

Recordó como soporte normativo el artículo 1602 del Código Civil que señala que el contrato válidamente celebrado es ley para las partes y que el artículo 1546 ídem habilitaba la resolución por incumplimiento con indemnización de perjuicios; asimismo la excepción de contrato no cumplido recogida en el artículo 1609 ídem, según la cual, un contratante no está en mora de cumplir sus obligaciones si su contraparte ha incurrido primero en inobservancia de sus compromisos negociales.

Sostuvo que aunque en el texto del contrato se hizo referencia expresa al artículo del Código de Comercio que regula el contrato de cuentas en participación, no se probó que los demandados tuvieran la calidad de comerciantes y era ello una condición expresamente exigida por el artículo 507 del Código de Comercio y su inobservancia imponía que ese negocio jurídico no pueda tenerse como contrato de cuentas y sí como innominado o atípico, sometido a las normas de ese tipo contractual, por ser ellas las más próximas a su especial naturaleza.

Procedió al estudio del clausulado contractual y concluyó, respecto a la obligación de la constitución de la fiducia de parqueo inmobiliario y la transferencia de la propiedad del inmueble a la misma, que debía realizarse conjuntamente por todos los intervinientes en la relación negocial, que no había precisión a en cabeza de quien radicaba dicha obligación y que conforme las pruebas recaudas, fueron unas tareas y diligencias que “*asumió directamente el señor JHON GROVER ROA SARMIENTO de manera libre, sin que la misma le fuera impuesta por los demás asociados, empero, que abandonó tal obligación, dejándola inconclusa, y de contera como incumplida de su parte*”.

Analizando la cadena de correos de la señora Jenny Nathalia Rojas Rey funcionaria de la Fiduciaria Colpatría con el señor John Grover Roa Sarmiento, aportados con la demanda, indicó: “*claro es que la comunicación de la funcionaria de la Fiduciaria Colpatría JENNY NATHALIA ROJASREY, encargada de le entidad de gestionar el contrato de fiducia, únicamente la mantenía con el señor JHON GROVER ROA SARMIENTO, y este a la vez era el responsable de transmitirla a los demandados, y acopiar de éstos la información y documentos requeridos por la Fiduciaria para adelantar los trámites necesarios para llevar a cabo el tan mentado parqueo inmobiliario*”.

De donde dedujo que el cumplimiento de la mentada obligación corría a cargo del demandante, pues se desprendía de la prueba documental y testimonial que “*ningún resquicio de duda queda sobre la responsabilidad y posterior incumplimiento del señor JHON GROVER ROA SARMIENTO en no poder llevar a cabo el contrato de fiducia para el parqueo del inmueble donde se desarrollaría el proyecto inmobiliario CASA LOMA, puesto que su regular actuación como coordinador de dicho proyecto, como él se denominó, fue negligente, particularmente, en todo lo relacionado con la consecución de la documentación e información de los demandados y que era requerida por la entidad fiduciaria*”.

⁶ Fl. 04 C. dda. R.

Por lo anterior, desestimó las excepciones denominadas “Inexistencia de la causa invocada”, “cobro de lo no debido”, “Incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de los señores Olga Lucía Herrera Botero, Marco Antonio Herrera Silva y Margarita Rosa Herrera Silva” y “Temeridad y mala fe”, propuestas contra la demanda de reconvención. Sobre la excepción “Falta de estimación razonada de los perjuicios e incumplimiento de juramento estimatorio contemplado en el artículo 206 del C.G. del P.”, sostuvo que “debió plantearse por la abogada de la parte demandante mediante el respectivo recurso de reposición en contra del auto que admitió la demanda de reconvención, con el fin de poder brindar la oportunidad al Juzgado de enmendar la omisión y a la demandante en reconvención, de corregirla”.

Precisó que la pretensión de condena fundada en lo pagado por los “*aportantes*” en impuesto predial era improcedente, pues el “*constructor*” sólo asumió este rubro en virtud del acuerdo contractual, mismo que se declaró resuelto. Negó igualmente la suma pretendida por interés sobre las sumas contractuales que no se pagaron, porque se trataba de expectativas derivadas en la prosperidad del proyecto que nunca se concretó.

Accedió a la pretensión subsidiaria relativa a la condena por la explotación económica del predio, pero sólo entre el 1 de agosto de 2014 y marzo de 2018, cuando fue devuelto el predio a los demandantes en reconvención. Aplicando la misma fórmula propuesta por éstos, es decir, la de estimar un monto a título de canon mensual de arrendamiento, tasado como el 1% del valor comercial del inmueble, que a su vez fue fijado a partir del 150% del avalúo catastral, de \$551.103.000.00, profirió condena por la suma de \$242.485.320.00, en contra de los demandados en reconvención.

Finalmente, ordenó la restitución de los \$700.000.000.00, del primer pago del contrato a favor de los “*aportantes*”, que fue efectivamente hecho por el “*constructor*” y la “*comercializadora*” tal como fue reconocido por los mismos demandados, junto con la respectiva indexación que ordenó pagar dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia “*desde el momento en que les fue entregada, hasta cuando se verifique su pago.*”

Consideró que el hecho de que la testigo Amparo Pérez Cortés no hubiera revelado su condición de representante legal suplente de la sociedad demandante Inmobiliaria Servicios y bienes Raíces S.A.S., al momento de ser interrogada por sus generales de ley, y que la apoderada del extremo actor tampoco informara esa circunstancia al citarla como testigo, pese a tener conocimiento sobre tal calidad, ameritaba una compulsa de copias a la Fiscalía General de la Nación respecto de la primera y a la Comisión Seccional de Disciplina judicial respecto de la segunda.

4. La apelación.

La demandante principal y demandada en reconvención es la única apelante, pide revocar el fallo que acusa de no observar la reglamentación legal y jurisprudencial del contrato de cuentas de participación ni las obligaciones de sus demandados y califica el fallo de ser contrario a derecho.

Asegura que se soporta en apreciaciones personales del juez que no da alcance al contrato de cuentas en participación e incurre en una falsa motivación al denegar sus pretensiones dándole valor probatorio a situaciones jurídicas contrarias al objeto del contrato y al no traslado del inmueble sobre el cual se ejecutaría el proyecto urbanístico (fiducia de parqueo), por sus demandados.

Que mantuvo el juez un errado concepto de las obligaciones de las partes y manifestó siempre que sus demandados habían sido engañados, que ellos sí habían cumplido el contrato; que una valoración racional de la prueba y la lectura del contrato permitirían corroborar que nunca fue por aquellos cumplido el traslado del predio al parqueo inmobiliario, dentro de los seis meses que se tenían previsto para ello, pues nunca formalizaron esa transferencia y ello era requerido para el desarrollo del proyecto, y trajo como consecuencia la imposibilidad legal de seguir con la ejecución del contrato *y que debió por ello reconocerse el pago a favor de los demandantes los gastos causados en la ejecución del contrato.*

Considera que la condena proferida en contra de las demandantes era improcedente, por cuanto *“no se encuentra probado en ningún acápite del proceso, de la etapa probatoria, el lucro cesante deprecado en el fallo hoy objeto de alzada, donde no se entiende cual han sido los fundamentos procesales reales, por medio de los cuales el A-quo, basó su condena, más aún cuando dejo de lado el pronunciamiento expreso sobre la objeción de los perjuicios, conforme se desprende del escrito de contestación de la demanda de reconvención y conforme lo regula el artículo 206 del Código General del Proceso”*.

Destacó que no había compensación válida *“cuando no existe sumas de dinero a compensar entre las partes por cuanto no existe ningún lucro cesante causado respecto de los demandados en la demanda principal o demandantes en reconvención”*.

Frente a la compulsa de copias ordenada, señaló que la testigo Amparo Pérez Cortés *“indicó la calidad y clase de vinculación que tenía con los demás sujetos procesales, tampoco pretendió esconder tal calidad, mucho menos buscó inducir en engaño al despacho judicial de conocimiento”*, por lo que *“al no haberse configurado las causales de falta de lealtad procesal, y en vulneración del derecho de igualdad procesal, conforme a lo expuesto anteriormente, debe ser revocada la sanción impuesta de compulsar copias”*.

En relación con la misma orden respecto de la apoderada, manifestó que *“siempre se actuó con lealtad procesal, con diligencia, con profesionalismo, sin dilación del proceso, y nunca se pretendió vulnerar los derechos de lealtad procesal y mucho menos los deberes profesionales, actuando de buena fe y conforme a lo reglado en el estatuto procesal y la ley 1123 de 2007”*, de forma que solicitó *“la aplicación del principio in dubio pro disciplinado para garantizar la presunción de inocencia, es resolver la duda a favor del disciplinado cuando no se alcanza el nivel de certeza sobre la existencia de la falta y sobre la responsabilidad”*.

CONSIDERACIONES

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

2. 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”*, y 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 indemnización de los perjuicios causados; así lo señala el artículo 1546 del código civil que consagra la condición resolutoria tácita.

3. La solución de la alzada.

Para resolver el recurso interpuesto se analizarán y resolverán los reparos en cuatro puntos que permiten concentran las varias inconformidades de los apelantes.

3.1. El primero la naturaleza del contrato que dio origen a la controversia, pues el a quo concluyó que se trataba de un contrato atípico o innominado, pero el recurrente insiste en que corresponde a un contrato de cuentas en participación regulado en el Código de Comercio, como se señaló en su texto y sin que en ello importe que pueda o no atribuirse a los demandados la condición de comerciantes.

Planteamiento que se advierte intrascendente, pues no se asigna a la lectura acogida por el juez, más allá de la discusión de si fue o no acertada la calificación dada al contrato, un efecto práctico en la solución del debate, esto es, que de la regulación del contrato de participación se derivara

la existencia de una obligación en la parte demandada principal que el juez no consideró, o que estaba primero en el tiempo y su cumplimiento estaba atribuido a los demandados principales.

En efecto, señala el artículo 507 del Código de Comercio que “La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”.

El a-quo concluyó que al no estar acreditada la calidad de comerciantes en los demandados y ser esa condición un requisito inherente del contrato de participación, por disposición de la preceptiva en cita, no podría considerarse el celebrado como de dicha naturaleza sino un contrato innominado *“sometido a las normas de ese tipo contractual, por ser ellas las más próximas a su especial naturaleza”*.

Pero sabido es que la calificación o tipificación de una convención más que del nombre que las partes le otorguen deriva del contenido obligacional pactado que permite determinar si se ajusta a uno de los descritos legalmente o si bien no se enmarca en ninguno de aquellos, que *“en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevenida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica”*⁷.

Que la para la realización de actos mercantiles *“todo el que tenga capacidad para contratar y obligarse, la tiene igualmente para celebrar operaciones mercantiles, las que se califican de tales, objetivamente consideradas, y no en razón de las personas que en ella intervienen: quien, sin ser del gremio, ejecuta una operación mercantil, es comerciante, respecto del acto o contrato en que interviene (art. 10). Por consiguiente, si la operación que va a desarrollarse por medio de la asociación es de suyo un acto de comercio, los partícipes toman la calidad de comerciantes para ese negocio, en caso de que por su profesión no merezcan la calificación general de tales” (...)* Debe, pues, concluirse que tal contrato puede celebrarse por toda persona capaz, aun cuando con anterioridad al acto, no estuviere matriculada o catalogada como comerciante.”⁸

De manera que, aunque pareciera errada la consideración del juez para desvirtuar que se está en presencia de un contrato de participación, lo cierto es que el reparo formulado por el apelante resulta carente de efectos prácticos en la solución de la controversia, pues como se dejó planteado en antecedencia, en ningún momento refiere alguna norma particular que regule el contrato de cuentas en participación en que hubiere apoyado sus pretensiones en la demanda, que fuese inaplicable por la primera instancia y que hubiese conducido a una decisión errada; pues ese primer reparo de si era o no un contrato de participación no viene acompañado de un razonamiento argumentativo que permita darle un efecto que conduzca a la revocatoria de la sentencia apelada.

3.2. El segundo aspecto debatido directamente relacionado con el fondo del asunto alude a la determinación de las obligaciones que del contrato se derivaban para sus extremos, particularmente en lo que toca con la de constitución de una fiducia mercantil de *“parqueo inmobiliario”* que conllevaba el traslado de la propiedad del predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 307-42840 a la fiducia.

Pues el juez concluyó que se trataba de una obligación no asignada expresamente en el contrato, que en la práctica fue asumida por el demandante John Grover Roa Sarmiento, pero para el recurrente se trataba de una obligación a cargo exclusivo de los demandados e incumplida por ellos.

3.2.1. Si acudimos al texto del contrato en el tema en particular, el párrafo de la cláusula segunda señala expresamente que: *“LOS ASOCLADOS, adelantarán y realizarán las gestiones*

⁷ Sentencia del 19 de diciembre de 2011, Rad. 11001-3103-005-2000-01474-01 M.P. Arturo Solarte Rodríguez

⁸ Sentencia del 10 de junio de 1956, Magistrado ponente Manuel José Vargas.

necesarias para realizar el parqueo inmobiliario y el inicio del proyecto en un plazo no mayor a seis (6) meses, en el cual se tramitara el traslado de la propiedad del bien inmueble sobre el que recae el objeto del presente contrato”; Y en su cláusula sexta se dispone que: “Son obligaciones de los ASOCLADOS: a) la elaboración y trámite a que haya lugar con el fin de constituir el parqueo inmobiliario, con el fin de desarrollar el proyecto CASA LOMA, objeto principal del presente contrato”.

De donde puede interpretarse que, como concluyó el a quo, en el contrato no se asignó expresamente el cumplimiento de esa obligación a una de las partes, pues se señala a cargo de los “ASOCLADOS”, es decir, tanto a quienes actúan este proceso en calidad de demandados, como los demandantes.

Lectura que se muestra armónica con las reglas de interpretación de los contratos, a partir de la aplicación del artículo 1622 del Código Civil, según el cual *“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad” y “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.*

Normas que facilitan la lectura de las convenciones para fijar su alcance, como que: *“Es criterio de interpretación negocial que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” (artículo 1618 del Código Civil), en apoyo de lo cual igualmente sirve de fundamento, entre otras, la pauta o regla prevista en el inciso final del artículo 1622, ibídem, por cuya virtud las cláusulas de un contrato se interpretarán “por la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”. De ahí que como tiene explicado la Corte, en sentido jurídico, no puede hablarse de incumplimiento contractual, cuando las “partes con su actitud denotaron que, por no tener los hechos (...) trascendencia suficiente para impedir sacar adelante el contrato, consintieron en ellos y lo superaron”*

Pues lo cierto es que en el marco general del contrato, al “constructor” y a la “comercializadora” les correspondía el conjunto de actividades necesarias para el buen suceso del proyecto, mientras los “aportantes” se limitaban a poner el predio de su propiedad a su servicio, de allí que, a efectos de no permitir que se paralizara la ejecución del proyecto, por la indeterminación del texto del contrato en cuanto a la asignación de la obligación concreta que ahora se analiza, las partes procedieron de acuerdo a su rol en el negocio.

3.2.2. Como lo evidencia la cadena de correos aportados con la demanda y las declaraciones oídas, durante la ejecución del convenio fue John Grover Roa Sarmiento quien asumió la dirección y el desarrollo del asunto, se dio a la tarea de establecer el contacto entre los ahora demandados y Fiduciaria Colpatria S.A., con el objeto de que fuera constituido el “parqueo inmobiliario” establecido en el acuerdo; pues era el quien conocía del tema, pues como el mismo lo admite, él y las sociedades representadas por su esposa, en su calidad de constructores profesionales, tenían ya un negocio de similares características con la misma entidad prestamista.

En efecto, en su declaración de parte **John Grover Roa Sarmiento** de 56 años, ingeniero y abogado litigante, sostuvo que tenía más de 33 años de experiencia como ingeniero civil, adelantando proyectos de construcción de más de 6.000 viviendas, dos proyectos con igual modalidad a la del contrato en cuestión, esto es, donde terceros aportan el terreno en que se ha de desarrollar el proyecto urbanístico, uno de estos apoyado por la fiduciaria Colpatria, precisó que para este asunto en concreto *“yo adelantó, empiezo una gestión y colabore”*, con los trámites para efectivizar el parqueo inmobiliario con la fiduciaria Colpatria *“colaboré facilitando las cosas para que se dieran”*, si bien sostiene que no era esta su responsabilidad, si acepta que era quien mantenía comunicación con la entidad para los efectos precisos aportar documentación, e información necesaria para la constitución de tal garantía, pues *“soy el único que tengo un correo inscrito en el banco”*.

Lo que corroboró el arquitecto **Víctor Hugo Barrero Hernández** testigo y desarrollador del proyecto “Casa Loma” base del contrato, quien indagado sobre su conocimiento de quien estaba encargado de efectuar el parqueo inmobiliario de la proyectada construcción en el contrato objeto material del reclamo con la fiduciaria Colpatria, señaló que lo era *“Inacreto y la empresa*

⁹Sentencia del 09 de noviembre de 2009, Rad. 11001-31-03-027-1999-01621-01 MP. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

bienes y servicios”, es decir, la entidad de la que hace parte el demandante John Grover Roa Sarmiento.

Así como la declaración de **Yenny Natalia Rojas Rey** de 37 años, contadora pública, funcionaria de la fiduciaria Colpatria que estuvo en contacto con el proyecto y dio cuenta de que las conversaciones vía correo electrónico sobre el trámite del parqueo inmobiliario las sostenía exclusivamente con el ingeniero Roa “porque mi primer contacto o mi cliente directo digámoslo así fue el ingeniero John Roa, él fue el que nos contactó para constituir este negocio, él era como el puente de la comunicación con las otras partes que él estaba haciendo su tema de negociación del inmueble, así se maneja en algunas de las ocasiones, nosotros a través de alguna de las partes trasladamos la información que está pendiente o dependiendo de lo que solicite, así se manejó en este caso” y precisó que fue ésta persona quien la contactó para iniciar el parqueo inmobiliario.

Por lo que resulta entonces razonable el concluir que ante la asignación de la realización del parqueo inmobiliario a los asociados, sin una precisa determinación de funciones en el texto del contrato, desde la interpretación de las cláusulas del convenio a la luz de la labor llamada cumplir por las partes dentro del proyecto y la forma como se dio su ejecución práctica en la constitución de la fiducia, que no resulta contradictorio concluir que ese deber corrió a cargo del extremo actor, en particular, del señor John Grover Roa Sarmiento.

Esto es, que aunque en la demanda principal y en sus intervenciones en el proceso, los demandantes han insistido en que la labor del parqueo inmobiliario corría a cargo de los demandados, con sustento en que eran ellos quienes como titulares del dominio podían hacer su transferencia al “*parqueo inmobiliario*”, lo cierto es que ese compromiso contractual no se reducía a la transferencia del dominio como si de una compraventa se tratará, pues conllevaba la gestión de constitución de una fiducia mercantil indispensable para el negocio de la construcción proyectado, adelantándose la labor de propuesta de la financiación ante una entidad fiduciaria autorizada para este tipo de operaciones.

Lo que explica, como arriba se anotara, que la dirección y ejecución de esa actividad fue asumida por quien conocía de ese tipo de negociaciones, que fuese el “*constructor*” quien asumiera el realizar los contactos necesarios para la constitución de la fiducia, pues como aquel lo admite es un constructor avezado y “*el único*”, con correo inscrito en el banco, que ya había convenido con la misma entidad crediticia otra negociación similar a la que el negocio requería, es decir, era él quien tenía experiencia en la materia.

Además el afirmar que era aquél quien asumía ese compromiso también se desprende de una interpretación del clausulado en conjunto del contrato suscrito, pues a las partes del negocio era lo que más les convenía y hacía parte de las ventajas de la negociación, que quien tenía experiencia en esa trascendental gestión para la buena marcha de lo proyectado, fuese quien se encargase de intermediar ante la entidad financiera para lograr la aprobación de la fiducia y el parqueo inmobiliario; por ello también puede admitirse que, como lo afirman los demandados principales, a la luz del convenio, el deber de los “*aportantes*” se limitaba a atender los requerimientos de información y a comparecer a la firma de los documentos necesarios para la concreción del negocio.

Por ello, no puede considerarse desacertada la conclusión del a-quo de que esa carga obligacional recaía en los demandantes principales y no en los demandados y al no evidenciarse el yerro que en esta conclusión se le atribuye al juzgador, no puede entonces aceptarse y si descartarse que el incumplimiento del contrato que imposibilitó su buen suceso y que generó la acción de resolución demandada es atribuible a la parte demandante principal y demandada en reconvencción y no al contrario, como alega el recurrente.

Pues no basta con afirmar que los propietarios del inmueble nunca transfirieron su dominio del inmueble a la fiducia, para derivar que el incumplimiento fue suyo, pues la obligación en cuestión no se asimilaba al solo traspaso de la propiedad, pues conllevaba una gestión previa de consecución de la fiducia que recibiría el bien.

Y probado se encuentra que fue la falta de diligencia del extremo demandante principal lo que impidió la concreción de la fiducia de “*parqueo inmobiliario*” y frustró el proyecto de vivienda en su conjunto; pues tampoco se acredita que en su obligación de facilitar la documentación requerida por el gestor ante el banco para la obtención de la fiducia, hubiere los demandados principales faltado.

En efecto, la omisión que se le atribuida consistente en el aporte de documentos indispensables para la celebración del negocio fiduciario, no fue demostrada y quedó en el sólo dicho de los demandantes principales en sus interrogatorios; pues los demandados por el contrario, declararon haber aportado todo lo que les fue requerido en una reunión en el Hotel Unión de Girardot y la testigo Yenny Natalia Rojas Rey, funcionaria de la fiduciaria Colpatria a cargo de ese proyecto, nunca afirmó que el fracaso del se debiera a falta de aporte de documentación que se hubiere requerido a los dueños del predio en el contrato de asociación, pues insistentemente manifestó que en el mismo se logró un avance considerable, que no recordaba por qué razón no se concretó el negocio fiduciario, al respecto precisó:

“La verdad nunca se suscribió no recuerdo bien por qué motivo, sí recuerdo que se hizo la gestión comercial para lograr el cierre del negocio porque como usted ve, alcanzamos a generar una minuta de contrato, no tenemos ningún tipo de cobro de honorarios, debimos haber cobrado la estructuración pero no se dio, pero pues ahí la intención era cerrar el negocio pero no se logró, pero no recuerdo bien por qué no se logró. La minuta no se suscribió por las partes, no recuerdo que pudo haber pasado internamente, pero sí la intención era cerrar el negocio. No se logró porque debía suscribirlo por todas las partes, no podía faltar ninguno y cerrar el tema de vinculación de las partes”.

Ahora tampoco se aporta prueba por los apelantes, siendo la constitución de la fiducia un elemento esencial para el proyecto en su conjunto, de haber realizado un requerimiento por parte del “*constructor*” a los “*aportantes*” para que allegaran los documentos que ahora afirma, nunca fueron entregados en debida forma, o para que comparecieran a firmar el contrato fiduciario o la firma de la escritura.

Es decir, si el demandante John Grover Roa Sarmiento adelantaba las gestiones para la fiduciaria y por su experiencia conocía de lo que era necesario para cerrar este tipo de operaciones, y estaba al tanto del avance de los trámites respectivos, resulta cuestionable que continuara invirtiendo recursos en el proyecto y al tiempo permaneciera silente mientras aquel componente esencial del proyecto, la obtención de la fiducia estaba estancado.

Era carga del apelante acreditar su afirmación de que los demandados incumplieron su deber de aportar la información necesaria para la constitución de la fiduciaria, carga probatoria consagrada en el artículo 167 del Código General del Proceso, al tenor de la cual, “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, contrario a lo afirmado por el recurrente, no se imponía a la parte demandada la carga de acreditar su cumplimiento, pues sobre ese hecho edificó su pretensión resolutoria.

3.2.3. Por el contrario está comprobado el incumplimiento de los demandantes principales y demandados en reconvención y aunque aquellos aludan que observaron obligaciones como el pago de los setecientos millones de pesos (\$700.000.000.00), convenidos como pago inicial a favor de los “*aportantes*”, el trámite de la licencia de construcción emitida y los gastos incurridos en beneficio de la comercialización de proyecto, lo cierto es que la inobservancia de una sola de las asumidas al firmar el contrato puede ser suficiente para que, no obstante el cumplimiento de las otras, se declare la resolución del contrato, con los efectos jurídicos que esta situación acarrea.

Y lo cierto es que los demandantes principales incurrieron al menos en dos incumplimientos comprobados; dejaron de gestionar con la debida diligencia el trámite de constitución de la fiducia, pues como ya fue explicado ampliamente, se trata de un compromiso que el demandante John Grover Roa Sarmiento asumió durante la ejecución contractual, sin que pudiera probar ni que no llegó a buen término por causa imputable a su contraparte negocial, ni que por su parte adoptó todas las medidas a su disposición para agilizar el proceso, pese a la importancia que reconoce tenía.

Asimismo, una obligación anterior en el tiempo a la primera, tampoco fue observada por ese extremo contractual, dejó de atender las obligaciones fiscales del inmueble objeto material del contrato, que corrían a su cargo desde 2015 en adelante por expresa estipulación del convenio, incluso cuando todo lo relativo al “*parqueo inmobiliario*” estaba en una etapa temprana de cruce de comunicaciones, como lo demuestra la Resolución No. 4032 del 15 de septiembre de 2015, la Alcaldía Municipal de Girardot libró mandamiento de pago y decretó las medidas cautelares de embargo y secuestro, por el incumplimiento en el pago del impuesto predial “*por el periodo, comprendido por los, años y vigencia gravables 2015*”¹⁰, documento aportado con la demanda de reconvención.

4. En conclusión, no resultan de recibo estos reparos del apelante a la sentencia recurrida, las conclusiones del a-quo relativas al contenido de las obligaciones del contrato, el extremo contractual a cargo de quien corrían y el estado de cumplimiento o incumplimiento respectivos, lejos de ser “*contrarios a derecho*” tienen respaldo jurídico y probatorio.

Y ello permite afirmar que la resolución del contrato fue acertadamente decretada, que fue contratante incumplido el extremo demandante y demandado en reconvención, y no hay yerro en las órdenes consecuenciales, no es procedente el reclamo de que por vía de restituciones mutuas se les reembolse a los recurrentes los gastos que dicen haber hecho en desarrollo del proyecto; pues de aquellos dineros aun comprobándose su desembolso, no podría aducirse que se le entregaron a los demandantes en reconvención, a los que se les impuso el deber de restituir la suma recibida debidamente indexada \$700.000.000.00

Pues las restituciones derivadas de la resolución del negocio obligan a las partes a retornar aquello que hubieran recibido en la ejecución del contrato, pero no lo que su contraparte hubiera pagado a terceros, incluso si es por rubros derivados de la ejecución del contrato. Cosa distinta sería si los demandados principales debieran indemnizar perjuicios, pero como ningún incumplimiento les fue atribuido, no existe fundamento para que estén obligados a restituir ese reclamo.

5. Frente al reparo o discusión por las órdenes de compulsas de copias de la decisión de primera instancia, cuestionadas por el recurrente en virtud de la inexistencia de conductas reprochables de la testigo Amparo Pérez Cortés y de la apoderada de ese extremo, tampoco resulta de recibo, baste con indicar que no es cierto su sustento, pues no es lo mismo compulsar copias que imponer una sanción disciplinaria o penal.

Esto es, que la orden de compulsas emitida es el cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 25 del artículo 38 de la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario, relativo al deber que tiene todo servidor público de “*Denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley*”.

Es un acto de puesta en conocimiento un hecho que el juez consideró constitutivo de falta disciplinaria o delito, que se entiende “*no constituye solo una facultad sino una obligación de los funcionarios. El comportamiento de quien ordena remitir copias para iniciar una investigación no puede estimarse, en sí mismo, atentatorio de los derechos fundamentales*”¹¹

Pues será la autoridad competente para determinar si hay mérito para adelantar investigación e imponer la sanción a la que haya lugar, a quien le corresponderá estudiar si realmente se configuró alguna conducta responsable tipificada en la ley disciplinaria o penal, o si están dadas las condiciones para que se abra una indagación preliminar o un proceso y culminado aquel si hay mérito para que se imponga alguna sanción, debate que resulta ajeno a la competencia de la jurisdicción civil y por lo mismo no atendible en esta instancia.

6. Por último, queda por definir los cuestionamientos del recurrente al juramento estimatorio en la demanda de reconvención. En este punto, no se discute que el extremo demandante en reconvención no cumplió con presentar con su libelo el juramento estimatorio de los perjuicios

¹⁰ Fl. 02 Reconvención.

¹¹ Sentencia T-738 de 2007, Rad. T-1519977 MP. Jaime Córdoba Triviño

que perseguía, pues el juez manifestó en su sentencia que *“es cierto que tal situación no se cumplió en la demanda de reconvención presentada”*, conclusión que no fue discutida. Pero el recurrente considera que además *“se vulneró por parte del juez de conocimiento de primera instancia el debido proceso que conlleva la objeción propuesta, ya que debió existir pronunciamiento de fondo”*.

6.1. Debe aclararse que la omisión del juramento estimatorio en aquellos casos en que corresponde efectuarlo tiene consecuencias jurídicas expresamente establecidas en la ley procesal. En efecto, el numeral 7° del artículo 82 del Código General del Proceso lo relaciona como un requisito de la demanda y el numeral 6° del artículo 90 ídem permite ante su ausencia la inadmisión de la demanda, que de no ser subsanada conllevará su rechazo.

Pero, como lo señaló el juez en su fallo, también desde el ámbito del derecho procesal, procedía ante la omisión del juramento estimatorio que el demandante principal propusiera recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda de reconvención para que se subsanara esa falencia, pero como no se formuló y el proceso continuó su curso, por mandato del artículo 132 del mismo Código General del Proceso, al no tener esta irregularidad procesal el carácter de nulidad insanable, ya no puede ser alegada y debe considerarse saneada.

Ahora bien, el incumplimiento de este requisito, no advertido por el juez ni la parte demandada en reconvención, una vez adelantado el proceso hasta su sentenciamiento, no puede tener el efecto de que el fallo prive a la actora del derecho a recibir el monto de la indemnización que acreditó por el perjuicio que se probó le fue causado, pues ninguna norma establece esa consecuencia procesal por la inobservancia de esa carga, pues la jurisprudencia constitucional¹² tiene establecida *“la prohibición de imponer sanciones si no es de acuerdo a las normas sustanciales previas que las determinen. Ha dicho además que la finalidad de este principio consiste en garantizar la libertad de los administrados y controlar la arbitrariedad judicial y administrativa mediante el señalamiento legal previo de las penas aplicables.”*

De hecho este caso plantea otro evento en que los reclamos patrimoniales pueden ser definidos sin que se haya efectuado al demandar un juramento estimatorio, como cuando de antemano se tiene establecido el monto del reclamo indemnizatorio que se perseguirá con la demanda, o se trata de reclamo en favor de incapaces en cuyo caso se exime de su formulación.

Debe entonces estudiarse el reclamo del apelante no desde la perspectiva de la objeción al juramento estimatorio que no se presentó, sino a la inconformidad con las sumas pretendidas como perjuicios derivados de la resolución del contrato demandado como reconvención a cargo del contratante incumplido, para determinar si el reconocimiento y monto de los perjuicios que fueron reclamados y terminaron siendo concedidos están fundados, atendiendo el pronunciamiento que los demandados en reconvención hicieron al respecto en su contestación.

6.2. En efecto en el acápite de la contestación de la demanda de reconvención, denominado *“objeción a la tasación de perjuicios”*, se cuestiona en síntesis que: 1. la misma no fue indicada conforme al artículo 206 del C.G.P.; 2. que no hay juramento estimatorio; 3. que no se encuentra probada razonablemente la causación de los perjuicios; 4. que no existió pronunciamiento expreso de correr traslado del juramento estimatorio; 5. que nunca existió entrega del inmueble a los demandantes; 6. que no se causó dinero por intereses sobre los valores que habrían percibido los demandantes en reconvención en ejecución del contrato; 7. que hubo explotación económica del inmueble mediante arrendamiento para pastoreo de ganado por parte de los demandantes en reconvención.

Para las objeciones 1, 2 y 4, por referirse a formalidades del juramento estimatorio, se hace remisión a lo dicho en precedencia. La objeción 6, por aludir a la pretensión de condena principal que fue denegada, no amerita ningún pronunciamiento.

Para resolver las objeciones 3, 5 y 7, hay que decir que no es cierto que *“se corrobora con el mismo certificado de libertad y tradición”* que no hubo entrega, pues este documento sólo refleja las transferencias del derecho de dominio del predio, que no su entrega material. Por el contrario,

¹² Corte Constitucional sentencia C-067 de febrero 17 de 2016.

la entrega está acreditada porque justamente los mismos demandantes reconocen que tuvieron el inmueble a su disposición, pues fue allí donde construyeron la sala de ventas para el proyecto.

Lo que se corrobora con la carta del 1 de marzo de 2018 enviada por los demandantes principales a sus demandados anunciando su decisión de terminar el contrato, al señalar que *“a partir de la fecha, se cancela el contrato de vigilancia, que se mantenía respecto de la construcción que se había ejecutado en el terreno, donde se iba a desarrollar el proyecto de vivienda [...] se hace a partir de la fecha la entrega de dicho espacio de construcción para que sea asumido su custodia y cuidado cargo de ustedes como propietarios del inmueble”*¹³.

En cuanto a la explotación del predio por parte de los demandantes en reconvención, cierto es que, en interrogatorio de parte, la señora Gloria Silva de Herrera reconoció que *“él habla de un ganado, eran tres animales que terminaron en la finca de él, tres animales que yo tenía allá, ahí en la finca, y se le entregó todo y él empezó a hacer sala de ventas porque era el propietario del lote”*. No obstante, más allá de esta alusión a *“tres animales”*, corroborada por la demandada Margarita Rosa Herrera Silva, no hay ningún elemento de prueba adicional que se hubiese dado la explotación que refiere la objeción.

De donde se concluye que como resulta fácil derivar del negocio proyectado, se da por sentado por los referidos medios, que el predio estuvo en manos de los demandados en reconvención y que su entrega comportó que sus propietarios se privaran de su explotación, en el espacio de tiempo que por razón del convenio suscrito se le entregó a los acá demandantes principales.

Entonces resulta viable el reconocimiento del perjuicio reclamado como lucro cesante, pues se acredita que los demandantes en reconvención estuvieron privados de explotar el predio afectado por el contrato en ejecución, y como la resolución decretada se atribuye al incumplimiento contractual de la demandante principal y demandada en reconvención, es procedente la indemnización.

La forma de tasación del perjuicio no fue objetada y no se muestra carente de sustento; pues la fórmula para determinarlo, propuesta en la demanda de reconvención y finalmente adoptada por el juez, se basa en el avalúo catastral del bien inmueble para el año 2019, como acredita el recibo del respectivo impuesto predial que fue aportado en aquel libelo inicial¹⁴, multiplicado por 150%, con base en el numeral 4° del artículo 444 del Código General del Proceso, y fijándose el canon de arrendamiento en el 1% de dicha suma, en atención al artículo 18 de la Ley 820 de 2001.

Esto es, que es el producto de un ejercicio válido y apoyado en documentos que obran en el proceso y normas legales, destacándose además que se optó por fijar el avalúo comercial acudiendo a tal fórmula y no, por ejemplo, al avalúo convencionalmente aceptado por ambas partes en el contrato, en la suma de \$7.000.000.000.00, con lo cual se habría obtenido un resultado muy superior. De ahí que no prosperan las objeciones a la estimación del lucro cesante que como perjuicio se reclamó en la demanda de reconvención, reconvencional en su contestación y tampoco las que ahora se dirigen contra la determinación del juez.

4. En suma, como no se acreditaron los reparos en contra de la sentencia de primera instancia, se confirmará íntegramente, con la consecuente condena en costas en contra del apelante.

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

RESUELVE

CONFIRMAR por las motivaciones expuestas, la sentencia proferida el 09 de diciembre de 2021, por el juzgado primero civil del circuito de Girardot.

Condénese en costas a la parte demandante, demandada en reconvención, para la cual se fijan en esta instancia como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.00.

¹³ Fl. 03 anexos demanda.

¹⁴ Fl. 02 demanda de Reconvención

Notifíquese y cúmplase,

Los magistrados,



JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS



JAIME LONDOÑO SALAZAR



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ