



## **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL**

**Medellín, siete de marzo de dos mil veinticuatro**

De conformidad con la Ley 2213 de 2022 se procede a decidir por escrito, el recurso de apelación interpuesto por el demandante frente a la sentencia proferida el 11 de agosto de 2023 por el JUZGADO VEINTIUNO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN, en el proceso verbal adelantado por MARIO ALBERTO PAREJA MENDOZA contra JULIA BEATRIZ MURILLO AGUDELO.

### **1. ANTECEDENTES**

1. En octubre de 2016 MARIO ALBERTO PAREJA MENDOZA – demandante- CLODOBALDO CASTAÑEDA ALZATE y JULIA BEATRIZ MURILLO AGUDELO -demandada- constituyeron la sociedad MBC CONSTRUCTORES SAS para el desarrollo de proyectos urbanísticos e inmobiliarios.
2. El demandante quien para la fecha era representante legal de MBC CONSTRUCTORES SAS, suscribió el 1 de noviembre de 2016 como promitente comprador, contrato de promesa de compraventa con JUAN DIEGO ECHAVARRIA SALDARRIAGA –promitente vendedor- para la transferencia de inmueble con matrícula inmobiliaria No. 017-12106 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la Ceja, donde se

desarrollaría proyecto inmobiliario TERRAZAS DE LA RIOJA SUITES.

3. La sociedad celebró mediante escritura pública 3269 del 5 de diciembre de 2017 en calidad de beneficiaria futura, contrato de fiducia mercantil para la administración del FIDEICOMISO TERRAZAS DE LA RIOJA con FIDUCIARIA BOGOTÁ SA y JUAN DIEGO ECHAVARRÍA SALDARRIAGA como fideicomitente.
4. En noviembre de 2018 el demandante y los demás socios de MBC CONSTRUCTORES SAS construyeron con recursos propios suite modelo y sala de ventas del proyecto TERRAZAS DE LA RIOJA SUITES; se abrió al público con la finalidad de alcanzar el punto de equilibrio de la primera etapa del proyecto; el demandante, director de ventas, alcanzó un total de 12 clientes vinculados al proyecto.
5. El 11 de julio de 2019 en asamblea extraordinaria de accionistas, JULIA BEATRIZ MURILLO AGUDELO mediante *“propuesta de venta de acciones y derechos a los socios para el proyecto terrazas de la rioja en el municipio del retiro”*, sugirió su adquisición de la participación accionaria de MARIO ALBERTO PAREJA MENDOZA y CLODOBALDO CASTAÑEDA ALZATE respecto de MBC CONSTRUCTORES SAS y del proyecto TERRAZAS DE LA RIOJA SUITES; si no vendían su participación o adquirirían la de la demandada, se abortaría el proyecto toda vez que no contarían con su inversión.
6. Suscribieron “CONTRATO DE CESIÓN DE ACCIONES” en favor de JULIA BEATRIZ MURILLO AGUDELO como única accionista y representante legal de la sociedad, estipulando contraprestación en favor de MARIO ALBERTO PAREJA MENDOZA por \$900.000.000 pagaderos, *“1. La suma de ciento diez y seis millones (\$COP 116.000.000) de pesos a MARIO ALBERTO PAREJA MENDOZA... a los seis meses siguientes de iniciar la construcción de la primera etapa del proyecto Terrazas de La Rioja- Suites. 2. El cincuenta por ciento (50%) del monto restante pactado en la CLAUSULA*

***SEGUNDA, luego de restada la suma relacionada en el numeral anterior, pagadero a la culminación de la primera etapa del proyecto Terrazas de La Rioja- Suites. El monto restante pactado en la CLAUSULA SEGUNDA, pagadero en los seis meses siguientes de iniciar la construcción de la segunda etapa del proyecto Terrazas de La Rioja- Suites. 3. El monto restante pactado en la CLAUSULA SEGUNDA, pagaderos a los seis meses siguientes de iniciar la construcción de la segunda etapa del proyecto Terrazas de La Rioja – Suites***”; consta en el acta N°3 de la asamblea de accionistas del 11 de julio de 2019.

7. Dentro de las obligaciones del “CONTRATO DE CESIÓN DE ACCIONES” se estipuló en la cláusula SEXTA formalizar y registrar en la Cámara de Comercio de Medellín el cambio de composición accionaria; el 2 de septiembre de 2019 JULIA BEATRIZ MURILLO AGUDELO registró un acta que no corresponde con la originalmente firmada por las partes, se incorporaron estipulaciones adicionales al documento, cambió la forma de pago, modificó el deudor de la obligación y sometió el pago a la condición suspensiva del desarrollo del proyecto inmobiliario, ***“configurándose falsificación de documento privado y obteniendo de esta manera una resolución falsa por parte del funcionario de la Cámara de Comercio a quien se indujo en error.”***
8. El 28 de septiembre de 2019 JULIA BEATRIZ MURILLO AGUDELO, representante legal de la sociedad, suscribió con JUAN DIEGO ECHAVARRIA SALDARRIAGA –propietario del lote- ***“ACUERDO Y CERTIFICACIÓN INCUMPLIMIENTO OTROSÍ A COMPRAVENTA FIRMADA EL 5 DE DICIEMBRE DE 2017”***, reconociendo la incapacidad de pagar una cuota de \$1.080.000.000 contenida en las formas de pago del contrato de promesa, obligándose a pagar un interés por mes vencido sobre los saldos adeudados del 1%, se señaló que el valor total del inmueble en \$3.600.000.000 debía ser

cancelado el 30 de diciembre de 2019, ***“fecha en la cual de no haberse alcanzado una solución financiera, se abortará el proyecto y se solicitará la devolución del lote objeto de compraventa al promitente vendedor por parte de FIDUCIARIA BOGOTÁ SA.”***

9. Desde que se celebró el “contrato de cesión de acciones”, la demandada únicamente pudo vincular 1 cliente; una de las razones de la reducción en las ventas, es que desde noviembre de 2019 prescindió del uso de la suite modelo y de la sala de ventas que se construyó con recursos de los antiguos socios a pesar de los buenos resultados que se venían obteniendo.
10. El 17 de febrero de 2020 FIDUCIARIA BOGOTÁ SA remitió comunicación escrita a todos los beneficiarios del PROYECTO TERRAZAS DE LA RIOJA SUITES, señalando que no alcanzó el punto de equilibrio del proyecto (60% por etapa), el contrato de fiducia sería liquidado y los recursos vinculados serían reintegrados.
11. A la fecha de presentación de la demanda MARIO ALBERTO PAREJA MENDOZA se encuentra en una situación económica precaria, invirtió la totalidad de su patrimonio en el proyecto TERRAZAS DE LA RIOJA SUITES, realizó una inversión de) \$58.598.066 por ***“costos e inversiones realizados a la sociedad MBC CONSTRUCTORES SAS”***: \$40.000.000 ***“consignados a JULIA BEATRIZ MURILLO AGUDELO como inversión para la compra del predio”***; \$49.203.330 ***“por concepto de construcción y adecuación de la suite modelo y la sala de ventas”***; y \$266.000.000 ***“por concepto de diseños arquitectónicos”***; inversión intelectual realizada por el demandante para el desarrollo del proyecto, valor calculado en el 0.7% del valor de las ventas del proyecto conforme la ***“PROPUESTA DE COMPRA O VENTA DE ACCIONES Y DERECHOS A LOS SOCIOS PARA EL PROYECTO TERRAZAS DE LA RIOJA SUITES.”***
12. Dada la “cesión de acciones” renunció a unas posibles ganancias del 33.33% sobre un proyecto inmobiliario con unas ventas estimadas en

\$38.000.000.000; si bien aceptó recibir \$900.000.000 ***“asumiendo de buena fe que la demandada pondría toda su dedicación, esfuerzo y trabajo en el desarrollo del proyecto inmobiliario y que en consecuencia actuaría lealmente en el cumplimiento de las estipulaciones en el contrato de cesión de acciones”***, fue negligente en el desarrollo del proyecto, actuó de mala fe con el registro de un acta que no correspondía con la voluntad de las partes y generó perjuicios.

13. Pretende (i) la declaratoria de pérdida de la oportunidad de recibir \$900.000.000 dado el no desarrollo del proyecto TERRAZAS DE LA RIOJA SUITES, consecuente del actuar ilícito, negligente y de mala fe de la demandada; (ii) condenar a la demandada al pago de \$900.000.000; (iii) subsidiariamente declarar cumplidas las condiciones suspensivas sucesivas estipuladas en la cláusula tercera del “acuerdo de cesión de acciones” respecto a la forma de pago pactada; (iv) consecuencial a la primera subsidiaria, se declaren puras y simples las obligaciones de pago condicionadas en esa cláusula; (v) condenar a la demandada al pago del precio acordado en el “acuerdo de cesión de acciones” por \$900.000.000; (vi) segunda subsidiaria, declarar el incumplimiento del acuerdo de “cesión” por la demandada, dado el cumplimiento defectuoso en la ejecución del registro y violación al deber de buena fe en la etapa contractual; (vii) consecuencialmente, conforme con el artículo 1546 del CC, se ordene a la demandada cumplir el acuerdo original de cesión de acciones; (viii) se le condene al pago del precio acordado \$900.000.000 en favor del demandante y de los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, representados en daño emergente.

## 2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda<sup>1</sup> e integrado el contradictorio, se pronunció la parte demandada proponiendo las excepciones:

**2.1 “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”:** La demandada no tiene que pagar los conceptos reclamados por el demandante, los actos derivados del proyecto TERRAZAS DE LA RIOJA los realizó en nombre y representación legal de MBC CONSTRUCTORES SAS incluido el acuerdo de “cesión de acciones” asesorado jurídicamente por el demandante y su hijo Abogado, en el que no se incluyeron las condiciones presentadas en su propuesta de “*Compra o Venta de Acciones*”; por ley, la sociedad es la llamada a reparar los perjuicios que afirma el demandante sufrir en el negocio mercantil.

**2.2 “INDEBIDA APLICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD”:** Existen múltiples posibles causas de riesgo que inciden en el punto de equilibrio requerido para que un proyecto sea viable, circunstancias que hacen que los negocios inmobiliarios estén marcados por una gran incertidumbre e irresolución para quienes invierten. El Proyecto TERRAZAS DE LA RIOJA SUITES no fue ajeno a las vicisitudes y al momento de suscribir el acuerdo de “cesión de acciones”, los socios reconocieron y aceptaron “...*en cuanto a la rentabilidad del proyecto, todavía no es cierta, por un lado, porque el proyecto es incierto en este momento, y por otro lado porque el proyecto tiene varias obligaciones pendientes de cumplir...*”; se pactó que los pagos se harían bajo la condición del desarrollo y construcción del proyecto, los socios sabían de la incertidumbre de su construcción y desarrollo, “*desvirtuando*

---

<sup>1</sup> Providencia del 11 de mayo de 2021 –Archivo 08 del expediente electrónico-.

***la probabilidad que afirma el demandante haber tenido de alcanzar el beneficio pretendido.”***

**2.3 “INEXISTENCIA DE DAÑO PARA EL DEMANDANTE”:** La inversión que el demandante afirma haber realizado en el proyecto, no está probada ni sustentada, no tiene proporción ni se compara con la suma que invirtió la demandada quien perdió más de \$1.170´000.000 en inversiones sustentadas y soportadas.

**2.4 “CULPA EXCLUSIVA DEL DEMANDANTE”:** Fue la conducta negligente, descuidada y arbitraria del demandante una de las causas determinantes de los daños que afirma haber sufrido y por ende el único responsable, ***“omisiones y negligencias en los manejos contables y tributarios, y las múltiples divergencias presentadas entre el demandante y el propietario del lote donde se construiría el proyecto... dieron lugar a discordias...afectando las buenas relaciones que se debían tener para sacar adelante el proyecto.”***

**2.5 “EL HECHO DE UN TERCERO”:** La conducta imprevisible e irresistible del propietario del lote al impedir el ingreso del personal y socios del proyecto, interesados en conocerlo y eventuales compradores y apropiarse de la sala de ventas, fue determinante en el fracaso del proyecto, imposibilitó el alcance del punto de equilibrio de ventas presupuestado para el proyecto en 20 cartas de instrucción para la primera etapa y 20 para la segunda etapa. La demandada procuró persuadir al propietario para que permitiera el ingreso, le negó de manera sistemática. La causa extraña, rompe el vínculo de causalidad entre el perjuicio sufrido y la conducta de la demandada.

**2.6 “SITUACIÓN DE CUARENTENA DECRETADA POR EL GOBIERNO NACIONAL A RAÍZ DE LA PANDEMIA DEL COVID 19”:** El 11 de

marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud calificó el virus del Covid 19 como una pandemia; el 20 de marzo siguiente el Gobierno Nacional decretó la cuarentena promoviendo el aislamiento obligatorio en todo el territorio nacional, lo que limitó totalmente la circulación de personas y vehículos por un periodo de 7 meses, impidiendo que los proyectos inmobiliarios se desarrollaran con normalidad y afectando la promoción del proyecto TERRAZAS DE LA RIOJA.

**2.7 “INEXISTENCIA DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LAS ACCIONES U OMISIONES DE MI REPRESENTADA Y EL DAÑO POR PÉRDIDA CUYA INDEMNIZACIÓN RECLAMA EL DEMANDANTE”:** No existió conducta alguna, por acción u omisión de la demandada, que diera lugar a las reclamaciones del demandante; el proyecto fracasó por causas ajenas a la demandada, quien siempre demostró la mayor diligencia, cuidado, esmero y responsabilidad en su gestión.

**2.8 “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”:** El demandante sin justificación jurídica, fundamento legal ni contractual, pretende enriquecerse a costa de empobrecer a la demandada. La condición de pago estipulada entre las partes en el acuerdo de cesión, no se cumplió dada la incertidumbre del proyecto, no alcanzó el punto de equilibrio, no se vendió ni se construyó.

**2.9 “BUENA FE DE LA DEMANDADA”:** *“La demandada fue asaltada en su buena fe por parte del demandante”* quien en su conocimiento de arquitecto constructor la indujo a invertir millonarias sumas de dinero en el proyecto TERRAZAS DE LA RIOJA; fue quien cambió las condiciones de la propuesta de venta de acciones que ella les presentó y la involucró como persona natural en una negociación que era mercantil.



2.10 **“COMPENSACIÓN”**: Dada la contingencia de un proceso judicial, ante una eventual condena, solicitó tener en cuenta las sumas pagadas la demandada para el desarrollo del fallido proyecto por \$1.170´000.000.

### 3 SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En providencia escrita del 11 de agosto de 2023 el Juzgado de primera instancia desestimó las pretensiones de la demanda. Conforme el “ACUERDO DE CESIÓN DE ACCIONES DE MBC CONSTRUCTORES SAS”, la rentabilidad del proyecto, ***“no es cierta porque el proyecto, para ese momento, es incierto y tiene varias obligaciones pendientes qué cumplir”***; para ese instante las partes eran conscientes de la incertidumbre de sacar adelante el proyecto, lo que se constata en el acta No. 3 del 11 de julio de 2019, los firmantes ***“reconocen lo incoherente de pretender utilidad de algo al que no se le invierte capital, ni responsabilidades futuras, dado que si los socios salen de la empresa quedarán exonerados de toda culpa y responsabilidad ante entidades financieras, entes jurídicos, terceros, compradores y promitente vendedor”***; conscientes del panorama acordaron “ceder” las acciones a la demandada, estableciendo como contraprestación con el demandante \$900.000.000, que representa los derechos sociales y económicos que tenía en el proyecto, quedando en cabeza de la demandada, ***“al igual que todas las sumas de dinero que se adeudan al cedente.”***

De la lectura del acuerdo encontró que, ***“las obligaciones que se adquirirían por parte de la demandada a manera de contraprestación por la cesión de las acciones, estaban todas sometidas a condición”***, dependían de hechos futuros e inciertos; los suscriptores conscientes de la incertidumbre del proyecto, determinaron que mientras esas condiciones no se cumplieran las obligaciones a cargo de la demandada no nacerían en el plano jurídico; no tiene discusión que para el momento en que se llevó a cabo el acuerdo, el proyecto distaba mucho de alcanzar su punto de equilibrio. La posibilidad de

que el demandante tuviera asegurada de forma indiscutible una ganancia frustrada por un actuar ilícito de la demandada no era real, verídica ni actual, su existencia era remota y pendía de un halo de incertidumbre. No declaró la pérdida de oportunidad.

Frente las primeras pretensiones subsidiarias, las obligaciones acordadas como contraprestación a la “cesión de las acciones”, se deben respetar dado el principio de relatividad de los contratos; sometidas a incertidumbre, para que la obligación a cargo de la demandada surgiera, debía verificarse el cumplimiento de la condición; el proyecto no se llevó a cabo por circunstancias ajenas a la gestión de la demandada, sacarlo adelante dependía de varios factores externos que se presumen conocidos por sus gestores, sumado a las dificultades existentes en relación con la adquisición del predio; falló la condición positiva que debía cumplirse para la obligación a cargo de la demandada y en favor del actor como lo estatuye el artículo 1539 del CC.

No puede pretender que las obligaciones sometidas a condición se declaren puras y simples, sólo resulta admisible conforme al artículo 1533 del CC, cuando se trata de una condición negativa de una cosa físicamente imposible, lo que no encaja con las condiciones pactadas por las partes; declaró imprósperas las primeras pretensiones subsidiarias.

Conforme las segundas pretensiones subsidiarias, la recomposición accionaria de una SAS se dio en virtud de una “cesión de acciones”, el acto es consensual se perfecciona con el acuerdo entre las partes y para su oponibilidad se anota en el libro de registros de la compañía, sin que sea necesario hacerlo ante la Cámara de Comercio -no tiene competencia para llevar registro de accionistas ni certificar la composición accionaria de las sociedades por acciones-; ese registro es ineficaz y no produce efectos, debiéndose considerar como no escrito. La intención de la demandada con la inscripción del acta no era ***“hacer pasar por desapercibida la inclusión de una página adicional”***, no

hubo cambio sustancial en la información que debía registrarse, no ocasionó un perjuicio al demandante; declaró imprósperas las segundas pretensiones subsidiarias.

## **4 APELACIÓN**

El proyecto TERRAZAS DE LA RIOJA SUITES no era un proyecto incierto o con alta probabilidad de fracaso, se trataba de un desarrollo inmobiliario altamente viable, con 15 apartamentos vendidos de los 20 necesarios para alcanzar el punto de equilibrio, contaba con todas las garantías legales y comerciales para su construcción.

Para el éxito de pretensiones fundadas en “la pérdida de la oportunidad” conforme la sentencia SC5474-2017 Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el término probabilidad es meramente estadístico, la Lonja Propiedad Raíz y Camacol -Antioquia han emitido conceptos acerca del incremento de ventas y viabilidad de proyectos inmobiliarios en el Oriente Antioqueño desde el 2019; la zona en la que se iba a desarrollar el proyecto es una de las zonas de mayor crecimiento inmobiliario del departamento, con mayor inversión inmobiliaria en compras de vivienda nueva, debido a esa rentabilidad proyectada, es que la demandada se interesó en adquirir la totalidad de las acciones de MBC CONSTRUCTORES SAS.

Las ganancias no concretadas por el actuar negligente y descuidado de la demandada en la gestión del proyecto -confesado en la declaración- eran una oportunidad cierta, real y concreta de aumentar su patrimonio.

Respecto de la primera pretensión subsidiaria, las condiciones cuyo cumplimiento supeditaban el nacimiento de la obligación de pago del precio pactado en la “cesión de las acciones”, se sometieron al desarrollo y construcción del proyecto inmobiliario; no obstante, la justificación de la

pretensión radicó en el artículo 1538 del CC, ***“Con todo, si la persona que debe prestar la asignación, se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, o para que la otra persona, de cuya voluntad depende en parte su cumplimiento, no coopere a él, se tendrá por cumplida.”***

La jurisprudencia indica ***“no se puede obviar la mala fe y la intencionalidad maliciosa de la persona que, valiéndose de medios reprochables, consiga que la condición estipulada vía contractual no se cumpla”***; de forma premeditada y con indudable mala fe, la demandada no desarrolló el proyecto inmobiliario; la condición suspensiva del nacimiento de la obligación de pagar el precio ***“dependía de la voluntad de la eventual deudora de esa relación jurídica, y que esta misma se valió de su accionar negligente e ilícito para evitar a toda costa el desarrollo y construcción del proyecto, el cumplimiento de la condición y por ende el nacimiento de la obligación.”***

Conforme el artículo 1538, cuando el nacimiento de una obligación está atado a la verificación o cumplimiento de una condición potestativa y la persona de cuya voluntad depende el cumplimiento de la condición ***“no coopere a él”***, se tendrá por cumplida la condición y nacerá la obligación modal; se probó la ***“no cooperación de la señora demandada para el cumplimiento de la condición”***; se estableció cumplida la condición suspensiva a la cual fue sometida el nacimiento de la obligación de pagar \$900.000.000.

## **5. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER**

**¿Adecuación de la acción de responsabilidad civil contractual a la acción de responsabilidad individual de la administradora?**

**¿Se configuró responsabilidad individual de la administradora por pérdida de la oportunidad?**

## **¿Podía declararse pura y simple la condición fallida en aplicación al artículo 1538 del CC?**

### **6. CONSIDERACIONES**

#### **6.1 ¿Acción de Responsabilidad contra la administradora?**

Las pretensiones de la demanda fueron delineadas en el marco de un proceso de responsabilidad civil con pretensión principal de declaratoria de pérdida de la oportunidad y subsidiarias contractuales.

La principal, coherente con los hechos y consideraciones de la demanda, corresponde al hipotético daño ocasionado al demandante dada la supuesta actuación ***“Ilícita, negligente y de mala fe de la demandada”*** con ocasión a los distintos incumplimientos de acuerdo de venta de acciones imputables a ésta.

El acuerdo contiene la obligación a cargo de la demandada de pagar al demandante \$900.000.000, condicionado conforme la cláusula TERCERA del contrato ***“donde se estipulan tres condiciones suspensivas que impiden el nacimiento de la obligación hasta tanto no se hayan cumplido los hechos futuros e inciertos previstos sucesivamente. El acontecimiento de estos hechos sucesivos consistentes en las culminaciones de las diferentes etapas del proyecto TERRAZAS DE LA RIOJA – SUITES dependían del actuar diligente y cooperante exigible de la demandada como representante legal y única accionista de MBC CONSTRUCTORES SAS; de que el lote en el que se ejecutara fuera debidamente habilitado por parte del tercero propietario, JUAN DIEGO ECHAVARRIA SALDARRIAGA; y de que este contrato de***

***cesión, primigeniamente acordado, gozara de estabilidad económica y jurídica.”<sup>2</sup>***

Sostuvo el demandante que dada la inversión que realizó en el proyecto TERRAZAS DE LA RIOJA SUITES y en la sociedad MBC CONSTRUCTORES SAS, lo perdido o frustrado es la oportunidad de obtención de los \$900.000.000 ***“que tenía previsto en virtud de la misma inversión...la medida del daño es proporcional al grado de probabilidad que se tenía que alcanzar al beneficio pretendido.”<sup>3</sup>***

El delineamiento fue dado por el A quo conforme el estudio del contrato de transferencia de acciones, de ahí que la técnica jurídica se centró en la responsabilidad contractual; era necesario caracterizar y calificar la responsabilidad endilgada por el demandante e identificar su causa de atribución, lo cual apunta a la responsabilidad por actuación ***“Ilícita, negligente y de mala fe de la demandada”*** de quien se dice frustró la oportunidad del actor de obtener el pago de sus acciones, dada la mala gestión como administradora de MBC CONSTRUCTORES SAS.

La calificación de las pretensiones de la demanda es estricta y limitada en los términos del numeral 5 del artículo 42 del CGP para resolver de fondo el asunto con garantía de contradicción y en congruencia; el artículo 281 ordena, ***“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.”***

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC5193 de 2020, ***“los confines del litigio lo demarcan las partes. El***

---

<sup>2</sup> Archivo 1 expediente electrónico, escrito de demanda página 13.

<sup>3</sup> Archivo 1 expediente electrónico, escrito de demanda página 11.

***problema surge cuando el juez los desborda o los malinterpreta. Si los extralimita incurre en incongruencia objetiva (atinente al petitum) o fáctica (relacionada con la causa petendi). Y si los tergiversa, en error de hecho al apreciar la demanda o su contestación.***

***La subsunción normativa de esos parámetros, por su parte, es tarea exclusiva del juzgador. Esto explica las razones por las cuales los errores de adjetivación en que incurran las partes, inclusive su omisión, para nada inciden en la definición del litigio...Así lo guían los principios “narra mihi factum, dabo tibi ius” e “iura novit curia”. Por su virtud, los vacíos de adecuación típica o la equivocación de las partes al respecto, deben ser colmados o corregidos por los jueces. Precisamente, por ser estos, no los litigantes, quienes están llamados a definir el derecho en el caso controvertido.”***

Así, coherente con los hechos que sustentan la pretensión de declarar responsabilidad por pérdida de la oportunidad, se debe interpretar la demanda mediante una subsunción normativa adecuada.

La Ley prevé un mecanismo para que los administradores reparen los perjuicios que puedan causar a la sociedad, a los socios o a terceros en desarrollo de sus funciones por culpa o dolo; el artículo 200 del Código de Comercio modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, dispone:

***“Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.***

***No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.***

*En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.*

*De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.*

*Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.*

*Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.”*

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado:

*“En este orden de ideas, se debe destacar que las notas más significativas de la responsabilidad de que se trata y que, por lo tanto, permiten identificar su genuina naturaleza jurídica son las siguientes: se trata de un régimen particular de responsabilidad civil derivado del contrato social y de la actuación de sus administradores; los sujetos que en ella participan están definidos en la ley, en tanto que los titulares de la correspondiente pretensión resarcitoria son solamente la sociedad, los socios y los terceros con interés legítimo, mientras que los llamados a resistirla son quienes ostenten la calidad de administradores de la correspondiente persona jurídica, independientemente de que concurra en ellos la condición de socios; se deriva, exclusivamente, de los actos dolosos o culposos que éstos*



*cometan en desarrollo de la administración que ejerzan, es decir, que el factor de atribución de la responsabilidad es de naturaleza subjetiva; en los supuestos de “incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos” y de que los administradores “hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia”, se presume su culpabilidad; y, en virtud de dicho sistema, los administradores están llamados a responder en forma personal, autónoma e ilimitada, esto es, con total independencia de la responsabilidad que como consecuencia de esos mismos actos pueda desprenderse para la sociedad, como persona jurídica independiente tanto de sus socios como de sus administradores...” (CSJ SC, 26 ag. 2011, rad. n.º 2002-00007-01, reiterada en SC2476-2019).*

## 6.2 ¿Concepto de Administrador?

El artículo 22 de la Ley 222 de 1995, indica:

*“Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.”*

Tratándose de Sociedades por Acciones Simplificada, el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008:

*“Responsabilidad de administradores. Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere.”*

JULIA BEATRIZ MURILLO AGUDELO era administradora de la sociedad MBC CONSTRUCTORES SAS al momento en que se “abortó” el proyecto TERRAZAS DE LA RIOJA SUITES, situación que materializó la supuesta pérdida de oportunidad del demandante de obtener el pago pactado en el contrato de transferencia de acciones suscrito con ésta y que pendía del cumplimiento de condiciones suspensivas sucesivas al desarrollo del proyecto.

El certificado especial expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, ***“REPRESENTANTE LEGAL: JULIA BEATRIZ MURILLO AGUDELO, IDENTIFICACIÓN: 39.499.129. Por Acta número 3 -2019 del 11 de julio de 2019, de la Asamblea de Accionistas, registrado (a) en esta Cámara el 2 de septiembre de 2019, en el libro 9, bajo el número 25598.”***

### 6.3 ¿Deberes de la administradora?

La Ley impone a los administradores deberes generales y específicos, cuyo incumplimiento prevé su responsabilidad patrimonial exigible por medio de la acción individual y social.

El artículo 23 de la Ley 222 de 1995 incorpora unas reglas “generales” consistentes en ***“obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.”***

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 7 de Julio de 2021 - SC2749 de 2021, destaca ***“El deber de buena fe en otros términos ajusta el comportamiento del administrador a las exigencias no solo formales para el desempeño de las obligaciones legales y contractuales, para la concreción de un vínculo jurídico (verbigracia contrato), sino que***

*impone, además y ello es esencial, honestidad de intención en su proceder, esto es, libre de malas artes o subterfugios.”*

Respecto del deber de *lealtad*, *“aunque emparentado con el deber de obrar de buena fe, en el contexto de la taxonomía de los deberes, el de lealtad tiene entidad propia, que consiste en el desempeño del cargo de administrador como un representante leal o fiel, que implica que en desarrollo de las facultades que le son propias, no las utilice para fines que son distintos para los que han sido otorgadas. Además, el deber de lealtad acarrea guardar secreto de los asuntos propios de su cargo, con las salvedades propias producto de lo establecido en la ley y de lo ordenado por autoridades judiciales o administrativas. Consustancial también a este deber de fidelidad, es la adopción del representante de todas aquellas medidas indispensables para que no se den situaciones estructurantes de conflicto de intereses...con el deber de lealtad, los directores deben, principalmente, trabajar con la mira puesta en el mejor interés de la sociedad y trazar una línea demarcatoria que separe sus intereses personales de los de la compañía...”*

De la diligencia de un buen hombre de negocios, *“la connotación que destaca este deber, es que se trata de una obligación general, cuya satisfacción no exige una conducta concreta sino la adecuación de las tareas o compromisos propios del administrador, con arreglo a un estándar o modelo de comportamiento específico...Ese patrón o modelo de comportamiento que marca cómo ha de ser o de qué manera puede evaluarse si un acto de administración fue diligente o no, en palabras de la ley, el de un “buen hombre de negocios”, frase que encierra la consagración de una diligencia superior a la del hombre medio, valga anotar, la de un profesional en el manejo de los asuntos de la empresa, pues el legislador no se limitó a exigir el actuar que tiene cualquier negociante en el desempeño de sus responsabilidades sino aquel que es característico...”*

El artículo 23 ibid, además de los deberes generales dispuso unos particulares, cuya infracción habilita a la sociedad, a los socios y a terceros reclamarle los perjuicios originados por su actividad:

*“Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.*

*En el cumplimiento de su función los administradores deberán:*

*1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*

*2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.*

*3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.*

*4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.*

*5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.*

*6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.*

*7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.*

*En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma*

***de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.”***

#### **6.4¿Actuación ilícita, negligente y de mala fe de la demandada?**

La conducta esperada de “un buen hombre de negocios” comprende toda actuación de un administrador societario altamente especializado, dirigida a tomar medidas tendientes a prevenir cualquier conducta activa u omisiva que pudiera afectar el desarrollo del proyecto.

En términos de la Superintendencia de Sociedades, las actuaciones de los administradores deben ejecutarse con la diligencia de un profesional, *un comerciante sobre sus propios asuntos*, de forma que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y alta exigencia para los administradores en la conducción de la sociedad.

La diligencia del buen hombre de negocios lleva implícitos deberes como *el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones*, para lo cual, *el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, discutir sus decisiones con los órganos de administración y ejercer vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de decisiones adoptadas*.

La Corte Constitucional, en sentencia C-123 de 2006, se pronunció respecto del deber de diligencia:

***“La actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la***

*sociedad. Cabe recordar, que la Ley 222 de 1995, impuso a los administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenían, la de un buen padre de familia, pues ahora deberán actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad.”*

La Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil en sentencia del 7 de julio de 2021-SC2749-2021, expresó:

*“La connotación que destaca este deber, es que se trata de una obligación general, cuya satisfacción no exige una conducta concreta, sino la adecuación de las tareas o compromisos propios del administrador, con arreglo a un estándar o modelo de comportamiento específico, esto es, el de un “buen hombre de negocios”, diferente, como ya se dijo, al patrón medio para evaluar la conducta en el derecho común, referido al buen padre de familia, La ley, de esta manera, entiende que no es posible detallar cada uno de los supuestos necesarios para reputar el actuar de un administrador como de diligente, habida cuenta de las innumerables situaciones a las que se ve enfrentado quien está a cargo de los destinos de una compañía. Por lo mismo, se ha señalado que el deber de diligencia resulta ser, en últimas, una cláusula residual que incorpora un patrón de comportamiento, al que han de ajustar su desempeño los administradores, so pena de verse incursos ante un eventual reclamo de responsabilidad patrimonial. Ese patrón o modelo de comportamiento que marca cómo ha de ser o de qué manera puede evaluarse si un acto de administración fue diligente o no, es en palabras de la ley, el de un “buen hombre de negocios”, frase que encierra la consagración de una diligencia superior a la del hombre*

*medio, valga anotar, la de un profesional en el manejo de los asuntos de la empresa, pues, el legislador no se limitó a exigir el actuar que tiene cualquier negociante en el desempeño de sus responsabilidades, sino aquél que es característico de los “buenos hombre de negocios...””*

Respecto de la “buena fe” dentro del contexto del deber propio del administrador como “un buen hombre de negocios”, precisó:

*“...en el marco de los deberes de los administradores de sociedades, la ley erige la buena fe como un deber fiduciario autónomo, que corresponde, según lo ha destacado la Superintendencia de sociedades en una de sus Circulares Externas, que es de carácter administrativo y no jurisdiccional a que “los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad de la sociedad, y de los negocios que esta celebre y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande.”*

*En los términos expuestos, se entiende, y ello es natural, que el deber de buena fe para los sujetos que ejercen la administración de una sociedad, se condensa en la conciencia de que han de obrar de manera recta y honrada ante los socios y ante los terceros que se relacionan con la sociedad en el giro cotidiano de los negocio.”*

El demandante afirmó negligencia y mala fe de la demandada en su calidad de administradora de MBC CONSTRUCTORES SAS, para lo cual *“1. no realizó el pago correspondiente del lote sobre el cual se iba a realizar el proyecto; 2. únicamente vinculó un cliente adicional a los ya adquiridos antes de la celebración del contrato de cesión de acciones; y 3. no hizo uso de los medios legales para exigir el ingreso a la sala de ventas de la vendedora y de los posibles compradores.”*



El artículo 24 de la Ley 222 de 1995 prevé, *“Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”*, significando que deben acreditarse los presupuestos de la responsabilidad, (i) la acción u omisión del administrador contraria a sus deberes legales, estatutarios o contractuales a título de dolo o negligencia, (ii) un daño y (iii) el nexo causal entre la actuación cuestionada y el daño provocado.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC2749 de 2021:

*“En la lógica de ese esquema cabe predicar que, en línea de principio, es del resorte del demandante en la correspondiente acción social o individual, acreditar el cumplimiento de cada uno de esos presupuestos, incluida la culpa, excepción hecha –lo destaca la propia normativa del artículo 24-, “en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos”, y “cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia”, donde se “presume la culpa.”*

*Por lo mismo, correrá para el administrador accionado, ante la presunción iuris tantum que pesa en su contra, la carga de demostrar la ausencia de dolo o culpa en su actuar o abstención profesional, o que concurre a su caso alguna de las hipótesis de exclusión de la responsabilidad, esto es, no haber tenido conocimiento de la acción u omisión, o haber votado en contra de ella absteniéndose de ejecutarla (art. 24, inc. 2°). Además, por supuesto, de todas las otras que autoriza el derecho común en temas de responsabilidad.”*



Sobre esta presunción, la Corte Constitucional en Sentencia C123 de 2006, precisó, “...*no impide el ejercicio de derecho de defensa del administrador quien puede presentar la prueba en contrario a fin de desvirtuarla.*”

Existiendo presunción legal de culpa, la demandada debe demostrar diligencia y cuidado en su actuar, abstención al deber profesional o una causa extraña que rompiera el nexo causal.

Así la prueba documental:

- (i) Contrato de promesa de compraventa del lote en el cual se desarrollaría el proyecto suscrito el 1 de noviembre de 2016; pactándose la suscripción de escritura pública de venta para el 30 de marzo de 2018 fecha para la cual se estimó alcanzar el punto de equilibrio del proyecto (ver archivo 3, pdf 37 cuaderno principal).
- (ii) Contrato de fiducia mercantil celebrado el 15 de noviembre de 2017 entre el propietario del lote –fideicomitente- MBC CONSTRUCTORES SAS –beneficiario futuro- y FIDUBOGOTÁ –fiduciaria; se constituyó el patrimonio autónomo FIDEICOMISO TERRAZAS DE LA RIOJA.
- (iii) Escritura pública 3269 del 5 de diciembre de 2017 mediante la cual se transfirió el bien –lote objeto del proyecto- a la fiduciaria en calidad de vocera del patrimonio autónomo (ver archivo 3, pdf 56 cuaderno principal).
- (iv) Contrato laboral a término indefinido celebrado por LUZ MERY ESCOBAR SERNA con MBC CONSTRUCTORES SAS el 1 de

diciembre de 2018, cuyo objeto era ***“desempeñar en forma exclusiva las funciones inherentes al cargo de Asesora comercial”***

(ver archivo 1, Cuaderno pruebas parte demandada).

(v) Renuncia irrevocable al cargo de representante legal del proyecto TERRAZAS DE LA RIOJA remitida el 18 de junio de 2019 por CLODOBALDO CASTAÑEDA ALZATE a los socios de MBC CONSTRUCCIONES, ***“en aras del principio de equidad y justicia” cediendo sus cesiones a la demandada y renunciando “a cualquier suma de dinero que proceda por motivo de superávit o rentabilidad del proyecto” sin incluir algunos costos*** (ver archivo 109, cuaderno principal).

(vi) ***“ACUERDO DE CESIÓN DE ACCIONES”*** DE MBC CONSTRUCTORES SAS suscrito el 11 de julio de 2019; se pactó que el demandante y CLODOBALDO CASTAÑEDA ALZATE, cederían ***“la totalidad de las acciones...en favor de JULIA BEATRIZ MURILLO AGUDELO (la CESIONARIA) quedando esta última con la totalidad de las acciones, control, ganancias y responsabilidad respecto del proyecto denominado Terrazas de la Rioja- Suites...y de la sociedad MBC CONSTRUCTORES”...“en cuanto a la rentabilidad del proyecto, todavía no es cierta, por un lado, porque el proyecto es incierto en este momento y por otro lado, porque el proyecto tiene varias obligaciones pendientes que cumplir...Que las partes reconocen lo incoherente de pretender utilidad de algo al que no se le invierte capital, ni responsabilidades futuras, dado que si los socios salen de la empresa quedan exonerados de toda culpa y responsabilidad ante las entidades financieras, entes jurídicos, terceros, compradores y***

***promitente vendedor***”; se dispuso la forma de pago de los derechos accionarios, quedando JULIA BEATRIZ MURILLO AGUDELO como accionista única y se designó su representación legal de la sociedad (ver archivo 3, pdf 66 cuaderno principal); plasmado en acta de asamblea N°3 de la fecha.

(vii) ACUERDO Y CERTIFICACIÓN INCUMPLIMIENTO OTRO SI A COMPRAVENTA FIRMADA EL 5 DE DICIEMBRE DE 2017 suscrito el 28 de septiembre de 2019 por JULIA BEATRIZ como representante legal de MBC CONSTRUCTORES y JUAN DIEGO ECHAVARRÍA SALDARRIAGA propietario del lote; acordaron plan de pagos sobre los saldos insolutos, ***“3) El VALOR DEL LOTE pactado en la COMPRAVENTA continúa vigente hasta el día 30 de diciembre de 2019, con un monto aun por pagar de \$3.600.000, fecha en la cual, de no haberse alcanzado una solución financiera se abortará el PROYECTO y se solicitará la devolución del LOTE objeto de COMPRAVENTA al PROMITENTE VENDEDOR, por parte de la FIDUCIARIA BOGOTÁ y todos los costos que ello acarree serán asumidos por MBC...4) Se acuerda el PLAZO FINAL para bien el cumplimiento del contrato o bien la resolución del mismo termina el 30 de diciembre de 2019”*** (ver archivo 3, pdf 90 del cuaderno principal).

(viii) Declaración jurada ante Notario suscrita el 8 de enero de 2020 por LUZ MERY ESCOBAR SERNA, junto con la demandada, ***“EL SEÑOR JUAN DIEGO ECHAVARRÍA SALDARRIAGA, QUIEN TIENE “PARQUEADO” EN FIDUBOGOTÁ EL LOTE EN EL CUAL ESTÁ CONSTRUIDA LA SALA DE VENTAS DEL PROYECTO TERRAZAS DE LA RIOJA; LA CUAL TIENE EL HORARIO EN SEMANA DE LUNES A VIERNES DE 10:30 AM***

**HASTA LAS 5:00 PM; SÁBADOS Y DOMINGOS DE 10 AM HASTA LAS 5 PM; ESTE HORARIO SE ALTERÓ DESDE EL DÍA 10 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2019 POR DECISION UNILATERAL DEL SEÑOR JUAN DIEGO ECHAVARRÍA, CAMBIANDO EL HORARIO DE LA SIGUIENTE FORMA: TODOS LOS DÍAS DE MARTES A DOMINGO DE 12 M A 5PM; LO CUAL A PERJUDICADO EL CURSO NORMAL DE LAS VENTAS DEL PROYECTO. DE IGUAL FORMA DESDE EL 28 DE DICIEMBRE A LA FECHA, TAMBIÉN DE FORMA UNILATERAL NO DEJA ABRIR LA SALA DE VENTAS; PERJUDICÁNDONOS ALTAMENTE CON LAS VENTAS Y EL CURSO NORMAL DEL PROYECTO. ADEMÁS, INVADIENDO LA ENTRADA DE LA SALA DE VENTAS DE LA CUAL ES CONSTRUCTOR Y PROPIETARIO MBC CONSTRUCTORES Y ES PROPIEDAD PRIVADA; Y ENTRANDO A LA OFICINA SIN SABER COMO PUDO OBTENER LA CLAVE DE ACCESO”** (ver archivo 4, cuaderno pruebas parte demandada).

- (ix) Correo electrónico remitido el 20 de enero de 2020 por la demandada al propietario del lote, indicando:

Hola Juan Diego muy preocupada porque me acaba de llamar la señora clara Sandino una de las clientas que son vecinas y han comprado 5 propiedades y me dice que se va a retirar del proyecto, que qué pasa con la sala de ventas cerrada, no quise decirle . Y que han ido 2 clientes que quieren comprar enviados por ella Juan Diego ahora se te consigna lo del impuesto predial que tú cancelaste sin vencer fecha de pago Necesito saber que es lo que tú quieres con el proyecto., te repito estás entorpeciendo el libre desarrollo del proyecto. Te solicito que mañana le abran a luz Mery la sala de ventas a las 10:30 am cómo se ha venido haciendo

- (x) El 21 de enero de 2020 le envía nuevo correo:

Por favor le abres la puerta del Vivero para que la Señora Luz Mery engrese a la sala de ventas del Proyecto Terrazas de la Rioja, esta desde las 10:30 sm esperando.

(xi) El 24 de enero de 2020:

Hoy 24 de Enero de 2020, la sala de ventas del Proyecto Terrazas de la Rioja, lleva 27 días cerrada por que usted, no ha querido posibilitar el acceso a ella, perjudicando notablemente al proyecto, ya que hay varios clientes referenciados por compradores actuales que han estado llamando para ir a comprar y así alcanzar el punto de equilibrio.  
Una persona no puede hacer justicia por mano propia, un propietario no puede ir a un inmueble y negar la entrada al inquilino y mas donde tiene sus pertencias, que en este caso no aplica ser inquilino, porque el lote esta parqueado en la Fiducia, pero si se tienen las pertencias de MBC Constructores.  
Lo he estado marcando a su teléfono y usted no contesta, considero que como personas adultas se dialoga, y no se toma actitudes que no llevan a nada.  
Espero reconsidere su proceder, para no tener que actuar diferente.

(xii) Carta remitida el 5 de febrero de 2020 por la demandada al propietario del lote indicándole, *“La presente es para informar que el día 16 de febrero de 2020, se vence el contrato con la fiducia para la administración de los recursos de los compradores del proyecto Terrazas de la Rioja y por tanto se debe informar a la fiduciaria a más tardar el día 7 de febrero para una prórroga del mismo, para lo cual dicha solicitud debe ser aprobada y firmada por todos los encargantes, como ya era de su conocimiento por la reunión que se realizó el pasado sábado 1 de febrero...En caso de que estés de acuerdo hacer la renovación del contrato, MBC te pide que permitas el acceso a la sala de ventas, el cual lleva desde el 29 de diciembre de 2019 cerrada, perjudicando no solo a la constructora sino el desarrollo del proyecto, ya que dicha decisión se han visto perjudicados alrededor de 4 posibles ventas de personas que han manifestado interés en la compra de aparta suites, junto con varios ya compradores que han manifestado una gran preocupación por dicha decisión, imposibilitando llegar al punto de equilibrio y posiblemente la deserción de varios clientes ya concretos. MBC sabe que hay cuentas pendientes por aclarar, pero de igual forma se han venido adelantando negociaciones...para poder cumplir con los pendientes y si es*



*dentro de lo posible la totalidad de lo pactado...”* (ver archivo 4, cuaderno pruebas parte demandada).

(xiii) Declaración jurada realizada ante Notario el 6 de febrero de 2020 por LUZ MERY ESCOBAR SERNA, ***“EL SEÑOR JUAN DIEGO ECHAVARRÍA SALDARRIAGA, QUIEN TIENE PARQUEADO EN FIDUBOGOTÁ EL LOTE EN EL CUAL ESTÁ CONSTRUIDA LA SALA DE VENTAS DEL PROYECTO TERRAZAS DE LA RIOJA, DESDE EL 28 DE DICIEMBRE DE 2019 POR DECISION UNILATERAL NO PERMITE EL INGRESO AL PROYECTO HASTA LA FECHA, Y HASTA LA FECHA SIGUE CERRADO, PERJUDICANTO ALTAMENTE EL CURSO DE LAS VENTAS, ADEMÁS DE LOS PROPIETARIOS ESTÁN MUY INQUIETOS...”*** (ver archivo 5, cuaderno pruebas parte demandada).

Celebrado el contrato de transferencia de acciones con la demandada el 11 de julio de 2019 –fecha a partir de la cual desplegaba su calidad de administradora de la sociedad<sup>4</sup>- y como el 17 de febrero de 2020 la FIDUCIARIA BOGOTÁ SA remitió comunicación escrita a todos los beneficiarios del PROYECTO TERRAZAS DE LA RIOJA SUITES, señalando que no alcanzó el punto de equilibrio, que el contrato de fiducia sería liquidado y los recursos vinculados serían reintegrados; se estudiará la gestión de la demandada en calidad de administradora para el período comprendido entre el 11 de julio de 2019 y el 17 de febrero de 2020, para determinar si convergen los tres elementos de imputación de responsabilidad por pérdida de la oportunidad delineados por el demandante.

---

<sup>4</sup> Parágrafo, artículo 17 Ley 1258 de 2008: “Durante el tiempo en que la sociedad cuente con un solo accionista, este podrá ejercer las atribuciones que la ley les confiere a los diversos órganos sociales, en cuanto sean compatibles, incluidas las del representante legal.”

## **6.5 ¿La administradora no realizó el pago del lote sobre el cual se iba a realizar el proyecto?**

En el contrato de promesa de compraventa del lote se pactó que a más tardar el 30 de junio de 2017 se iniciaría el proceso de preventas, se estimó un plazo de 12 a 18 meses para alcanzar el punto de equilibrio<sup>5</sup> y se pactó el pago del precio en 3 contados (i) \$1.080.000.000 entre el 30 de abril y el 30 de octubre de 2018, (ii) \$1.080.000.000 el 30 de octubre de 2018 o a los 6 meses contados a partir del día en que se cumpla el punto de equilibrio –pagaderos por la fiduciaria y (iii) \$1.080.000.000 entre el 30 de abril de 2019 o a los 6 meses contados a partir del pago anterior –pagaderos por la fiduciaria

No se aportó “otro sí” al contrato de promesa; sin embargo, las partes y los testigos CLODOBALDO CASTAÑEDA ALZATE –accionista vendedor- y JUAN DIEGO ECHAVARRÍA SALDARRIAGA –dueño del lote- declararon de manera unánime que dichos plazos fueron prorrogados por imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones y términos inicialmente pactados; de ello da cuenta un documento posterior, “ACUERDO Y CERTIFICACIÓN INCUMPLIMIENTO OTRO SI A COMPRAVENTA FIRMADA EL 5 DE DICIEMBRE DE 2017” suscrito el 28 de septiembre de 2019 por JULIA BEATRIZ como representante legal de MBC CONSTRUCTORES y JUAN DIEGO ECHAVARRÍA SALDARRIAGA –propietario del lote- *“Se confirma y acepta la incapacidad por parte de la sociedad o sus socios de cancelar el pago de la cuota por valor de \$1.080.000.000 COP que venció el día 30 de octubre de 2018, estableciendo en la Cláusula 4 literal c) Aceptando el pago de la CLAUSULA NOVENA: CLÁUSULA DE INCUMPLIMIENTO, del otro si de la referencia por valor de \$360.000.00 COP.”*

El incumplimiento probado en el pago de la primera cuota fue el 30 de octubre de 2018, fecha en la que la demandada aun no era administradora del

<sup>5</sup> Parágrafo 4, cláusula CUARTA del contrato.

proyecto; el 28 de septiembre de 2019 JULIA BEATRIZ procuró la reestructuración de la obligación y fijación de nuevos plazos de pago de los saldos insolutos, quedando ***“3) El VALOR DEL LOTE pactado en la COMPRAVENTA continúa vigente hasta el día 30 de diciembre de 2019, con un monto aun por pagar de \$3.600.000, fecha en la cual, de no haberse alcanzado una solución financiera se abortará el PROYECTO y se solicitará la devolución del LOTE objeto de COMPRAVENTA al PROMITENTE VENDEDOR, por parte de la FIDUCIARIA BOGOTÁ y todos los costos que ello acarree serán asumidos por MBC...4) Se acuerda el PLAZO FINAL para bien el cumplimiento del contrato o bien la resolución del mismo termina el 30 de diciembre de 2019”*** (ver archivo 3, pdf 90 del cuaderno principal).

En audiencia de instrucción y juzgamiento el “propietario” del lote JUAN DIEGO ECHAVARRÍA SALDARRIAGA se pronunció respecto de los términos del contrato de promesa de compraventa, ¿MBD CONSTRUCCIONES SAS incumplió alguna de las obligaciones que tuviera con usted? Respondiendo, ***“incumplieron prácticamente, después de 2018 todas las obligaciones, se trató precisamente por todos los medios de salvar el negocio haciendo toda clase de concesiones...que el pago que había que hacer de \$.1080.000.000 no se hiciera en octubre, sino que se aplazara... que se pactara un interés módico...había impuestos prediales sin pagar.”***

El incumplimiento en el pago y la materialización del negocio jurídico prometido respecto del lote en el cual se desarrollaría el proyecto, antecede la administración de la demandada quien gestionó con el propietario del lote la renovación del plazo que se encontraba vencido hasta diciembre de 2019 pactando incluso –en caso de incumplimiento- la resolución del contrato; así que pese a que no pudo concretarse para la fecha prevista, ello no concretó la pérdida de oportunidad deprecada por el actor como se analizará más adelante.



## ***6.6 ¿La administradora vinculó únicamente un cliente adicional a los adquiridos antes de la celebración del contrato de venta de acciones?***

Para la vinculación de clientes al contrato de encargo fiduciario se contrató por MBC CONSTRUCTORES SAS personal encargado del área comercial que se mantuvo vinculado hasta el 16 de febrero de 2020, fecha en que se declaró la liquidación del contrato de fiducia dado que el proyecto no alcanzó el punto de equilibrio.

La prueba documental da cuenta que LUZ MERY ESCOBAR SERNA prestaba el servicio de asesoría comercial para la sociedad desde el 2018 mediante contrato a término indefinido celebrado con el representante legal; en su declaración surtida en audiencia de instrucción y juzgamiento, ***“me contrataron para vender aparta suites, que eran 66 apartamentos, 4 torres, 3 pisos”***; ¿cuántos logró vender por su labor? respondió, ***“yo 12”***; ¿cómo era la intervención del gerente de la compañía en las ventas? ***“Don Mario realizaba el apoyo resolviendo dudas de los clientes...y llevarlos hasta la fiducia; además si el cliente quería conocer a alguien con un grado más alto que el mío...era el señor Mario”***; ¿cuáles eran sus funciones? ***“Servicio al cliente... atención y descripción del proyecto...explicar precios, como funciona la fiducia...explicar sobre la sociedad MBC CONSTRUCTORES... diligenciar el formulario...además rendía informes diarios de las personas que iban a conocer el proyecto y el medio por el cual conocían del mismo...”***

La vendedora LUZ MERY ESCOBAR SERNA gestionaba el área comercial de ventas y se encargaba del diligenciamiento de los formularios para la vinculación de usuarios al proyecto que eran validados por quien ostentaba la representación legal de la sociedad; fue LUZ MERY ESCOBAR quien reclutó los clientes durante el período de funcionamiento de la sala de ventas, en el que fungieron como representantes legales todos los socios iniciales de MBC CONSTRUCTORES, sin que se probara algún cambio en el manejo de su

gestión que diera lugar a la no consecución del número de clientes requeridos para la declaratoria del punto de equilibrio.

La responsabilidad individual de la demandada en las ventas del proyecto no dependía exclusivamente de su gestión administrativa, el fin pretendido implicaba un “aleas” propio de esta clase de negocios que se proyectan en el área inmobiliaria, factores externos como el flujo de la economía, sector, época del año, etc. alteran los índices de venta y proyección; desde la celebración del contrato de transferencia de acciones, se advirtió y consintió por todos los socios la incertidumbre acerca del éxito del proyecto TERRAZAS DE LA RIOJA que contaba con deudas y poca inyección de capital; así que no variada la gestión del área de ventas, la dinámica de reclutamiento de clientes ni el encargo o directriz dado a las personas encargadas de promover el proyecto, no puede concluirse que la falta de experiencia de la demandada en el sector inmobiliario fuera la causa determinante para la falta de vinculación de clientes necesarios.

#### ***6.7 ¿No hizo uso de los medios legales para exigir el ingreso a la sala de ventas de la vendedora y de los posibles compradores?***

El “propietario” del lote cerró el portón de la propiedad impidiendo el acceso de personal a la sala de ventas desde el 28 de diciembre de 2019; conforme la cláusula SEXTA del contrato de promesa de compraventa del lote en el cual se desarrollaría el proyecto suscrito el 1 de noviembre de 2016, ***“la entrega real y material del inmueble se efectuará mediante escritura pública una vez se alcance el punto de equilibrio, el cual una vez certificado por la entidad financiera...”*** (ver archivo 3, pdf 37 cuaderno principal); mediante escritura pública 3269 del 5 de diciembre de 2017 se transfirió el bien a la fiduciaria en calidad de vocera del patrimonio autónomo, fecha para la cual se efectuó la entrega real y material del predio (ver archivo 3, pdf 56 cuaderno principal).

Conforme el ACUERDO Y CERTIFICACION INCUMPLIMIENTO OTRO SI A COMPRAVENTA FIRMADA EL 5 DE DICIEMBRE DE 2017 suscrito el 28 de septiembre de 2019, si no se cumplía la obligación de pago o se acreditaba solución financiera para el 30 de diciembre de 2019, ***“se abortará el PROYECTO y se solicitará la devolución del LOTE objeto de COMPRAVENTA al PROMITENTE VENDEDOR, por parte de la FIDUCIARIA BOGOTÁ.”***

Resultó probado que el “propietario” del inmueble cerró el portón para el ingreso del público desde el 28 de diciembre de 2019 conforme los documentos arrimados al expediente; en declaración jurada ante Notario suscrita el 6 de febrero de 2020, 1 LUZ MERY ESCOBAR SERNA, ***“el señor JUAN DIEGO ECHAVARRÍA SALDARRIAGA, quien tiene parqueado en FIDUBOGOTÁ el lote en el cual está construida la sala de ventas del proyecto terrazas de la rioja, desde el 28 de diciembre de 2019 por decisión unilateral no permite el ingreso al proyecto hasta la fecha, y hasta la fecha sigue cerrado, perjudicando altamente el curso de las ventas, además de los propietarios están muy inquietos...”*** (ver archivo 5, cuaderno pruebas parte demandada), lo que fue reafirmado por la testigo en audiencia.

Al propietario del lote JUAN DIEGO ECHAVARRÍA SALDARRIAGA se le preguntó, ¿usted cerró el portón por el que se accedía a la sala de ventas impidiendo el ingreso de trabajadores y empleados? ***“El portón se cerró por motivo de las fiestas de los negritos del Retiro del 28 al 31 de diciembre... desde diciembre ya se vencía el plazo de las preventas...se solicitaron audiencias a los socios, Julia Beatriz no se presentó –por asuntos personales, estaba en problemas familiares-...Se notificó a las empleadas que se iba a cerrar el 27...el 31 de diciembre se llevó una reunión porque ya había pasado el tiempo de preventas y había que devolverse a la fiduciaria... en enero no se volvió a abrir...”***

Conforme la prueba documental, la demandada realizó varios requerimientos escritos al propietario del lote a efectos de que permitiera el ingreso del personal, los correos electrónicos remitidos fueron del 20, 21 y 24 de enero y 5 de febrero de 2020, con posterioridad al vencimiento de la fecha límite pactada en el otro sí para el cumplimiento de las obligaciones contractuales pendientes y que facultaba la resolución del contrato.

No le era dable a la demandada instaurar medidas legales para el retorno de los empleados y vendedores a la sala de ventas construida en el lote para continuar con la consecución del proyecto inmobiliario; el retorno del “propietario” fue con ocasión al incumplimiento del otro sí al contrato de promesa de compraventa en que se acordó, ***“3) El VALOR DEL LOTE pactado en la COMPRAVENTA continúa vigente hasta el día 30 de diciembre de 2019... fecha en la cual, de no haberse alcanzado una solución financiera se abortará el PROYECTO y se solicitará la devolución del LOTE objeto de COMPRAVENTA al PROMITENTE VENDEDOR...”***; sin solución financiera la consecuencia pactada era la resolución del contrato de promesa de compraventa y la devolución del lote.

La conducta de la demandada en calidad de administradora de la sociedad debe calificarse conforme el objeto social de MBC CONSTRUCCIONES, ***“La sociedad tendrá como objeto social: el desarrollo de proyectos urbanísticos e inmobiliarios que incluye entre otros aspectos: ingeniería, diseño, urbanismo, construcción, gestión de vivienda, promoción, administración, enajenación, desarrollo, mantenimiento, adquisición, titularización, legalización, integración y reajuste de predios...”***; pero en el contexto real en que se encontraba el proyecto al momento en que asumió la administración, conforme lo afirmado por las partes y lo probado en el proceso, existían obligaciones vencidas, pendientes y poca inyección de capital; a lo que se suma el aleas del negocio y la escasa vinculación de clientes.

Si bien la sociedad tenía como objeto el desarrollo y promoción del proyecto inmobiliario TORRES DE LA RIOJA SUITES, al momento de la transferencia de los derechos accionarios aún no se había declarado el punto de equilibrio, por lo que el proyecto se encontraba en una etapa crucial y preparatoria de cara a acreditar las condiciones técnicas - permisos necesarios para la construcción- legales -la transferencia del lote al fideicomiso y estudio de títulos favorable- así como la recolección de recursos para asegurar el inicio de la construcción, incluyendo el crédito constructor; no pudiendo hablarse de factibilidad cierta de un proyecto inmobiliario antes de la declaratoria del punto de equilibrio.

En interrogatorio la demandada relató la gestión de sus obligaciones, ***“Pagaba el encargo fiduciario, las obligaciones que Mario había adquirido en su administración...pagaba al dueño del lote \$5.400.000 mensuales por el incumplimiento, también le pagó por arras \$36.000.000...pagó salario vendedoras...servicios públicos”***, lo cual encuentra soporte en la prueba documental aportada con la contestación a la demanda; ***“yo no puedo decir mentiras, yo no soy constructora” “Empecé a mirar a quien se le vendía, porque yo no iba a construir...empecé a conseguir inversionistas...pero el señor JUAN DIEGO desde el 28 de diciembre no dejó entrar a la sala de ventas...”***; respecto de las “negociaciones” surtidas con el dueño del lote para salvar el proyecto, ***“Estuvimos en la cámara de comercio en una conciliación, pero yo no me podía comprometer porque habían varios posibles compradores del proyecto...hice lo imposible porque quien más que a mí me interesaba sacar el proyecto, que invertí más de mil millones de pesos”...“ya en febrero se vencía el contrato fiduciario...yo me la pasaba de reunión en reunión con los posibles compradores...que vieron que el proyecto estaba fallando...luego llegó la pandemia...con el cierre de la sala de ventas ya no había nada que hacer...”***; obra prueba documental de la existencia de posibles interesados en el proyecto, conforme correos

electrónicos posteriores al 30 de diciembre de 2019, momento para el cual se había cumplido el plazo para el pago de la primera cuota del precio del lote.

El actuar de la administradora subsume las reglas de diligencia, lealtad y probidad que le eran exigibles, no se acreditó el incumplimiento de un deber estatutario o legal que le fuere exigible y no hubo omisión evidente que fuera causa determinante para el fracaso del proyecto inmobiliario que tenía al 19 de septiembre de 2019 una deuda en mora por \$3.600.000.000, varias obligaciones pendientes y pocas ventas o vinculaciones que representaran o contribuyeran al flujo de capital.

## 6.7 ¿Se configuró la pérdida de la oportunidad?

Pasan a examinarse los componentes de la pérdida de la oportunidad como fuente del daño supuestamente ocasionado al demandante conforme la acción de responsabilidad individual de la administradora, partiendo de los supuestos de hecho calificados por la parte demandante como aquellos que impidieron una posibilidad de obtener el pago de la obligación contenida en el contrato de venta de acciones, lo que concreta el perjuicio reclamado.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia a través de fallo de 24 de junio de 2008, expediente 2000 01141 01, determinó a propósito de las ganancias frustradas o ventajas dejadas de obtener, *“que una cosa es la pérdida de una utilidad que se devengaba realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con comprobada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico o, incluso, la privación de una ganancia que con una alta probabilidad objetiva se iba a obtener circunstancias en las cuales no hay lugar a especular en torno a eventuales utilidades porque las mismas son concretas...y, otra muy distinta es la frustración de la chance, de una apariencia real de provecho, caso en el cual, en el momento que nace el perjuicio, no se extingue una utilidad entonces existente, sino, simplemente, la posibilidad de obtenerla. Trátese,*



*pues, de la pérdida de una contingencia, de evidente relatividad cuya cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia... ” (subraya fuera de texto).*

La Sala Civil acudió a la sentencia hito del 1 de noviembre de 2013. expediente: 08001-103-008 1994-26630-01 que trata lo relativo a la pérdida de oportunidad, también conocida como de la chance:

*“Ahora bien, dada la forma como se solicitó el resarcimiento de los perjuicios que dice haber padecido la sociedad actora, es menester preguntarse ¿qué ocurre cuándo la pérdida experimentada por la víctima no es de una ganancia, provecho o beneficio, propiamente dichos, sino de la oportunidad de obtenerlos? Estos supuestos, como se aprecia, son distintos, no obstante su cercanía y, por ende, son diversos de la real y cierta obtención de una ganancia actual o futura.*

*La pérdida de una oportunidad atañe a la supresión de ciertas prerrogativas de indiscutible valía para el interesado, porque en un plano objetivo, de contar con ellas, su concreción le habría significado la posibilidad de percibir, ahí sí, una ganancia, ventaja o beneficio, o de que no le sobrevenga un perjuicio. Expresado con otras palabras, existen ocasiones en las que la víctima se encuentra en la situación idónea para obtener un beneficio o evitar un detrimento, y el hecho ilícito de otra persona le impide aprovechar tal situación favorable.*

*... Es claro, entonces, que si, como se señaló, una cosa es no percibir una ganancia y otra verse desprovisto de la posibilidad de obtenerla, el daño por pérdida de una oportunidad acaece sólo en frente de aquellas opciones revestidas de entidad suficiente que, consideradas en sí mismas, permitan colegir, por una parte, que son reales, verídicas, serias y actuales, reiterando aquí lo expresado por la Sala*

**en el fallo precedentemente citado, y, por otra, idóneas para conseguir en verdad la utilidad esperada o para impedir la configuración de un detrimento para su titular, esto es, lo suficientemente fundadas como para que de su supresión pueda avizorarse la lesión que indefectiblemente ha de sufrir el afectado.**

*Por lo tanto, es indispensable precisar que la pérdida de cualquier oportunidad, expectativa o posibilidad no configura el daño que, en el plano de la responsabilidad civil, ya sea contractual, ora extracontractual, es indemnizable. Cuando se trata de oportunidades débiles, incipientes, lejanas o frágiles, mal puede admitirse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de los acontecimientos, su frustración necesariamente vaya a desembocar en la afectación negativa del patrimonio o de otro tipo de intereses lícitos de la persona que contó con ellas” (subrayas propias).*

Luego en sentencia SC10261-2014 Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco, indica que tanto la pérdida de oportunidad como el lucro cesante futuro:

*“Pertenece a categorías diversas pues atienden fuentes obligacionales distintas, pero además se diferencian por los grados de certidumbre que en una y otra se registran. En la primera, existe un razonable juicio de posibilidad, relativo a la concreción futura de un resultado útil donde se combinan la certidumbre y la fluctuación, pero partiéndose de la base de que el afectado se hallaba en una posición de privilegio que le permitiría obtener un beneficio, y el actuar ilícito de otra persona le impide fructificar tal situación de prosperidad. En el segundo evento, esto es en el ámbito del lucro cesante futuro, no se indemniza la pérdida de una probabilidad sino la obtención de dividendos a los cuales tendría derecho la víctima, pero bajo el esquema de una privación de ganancia cierta.*



*En palabras de GASTÓN SALÍNAS UGARTE<sup>6</sup> la pérdida de oportunidad es una forma de daño en la cual la certidumbre del mismo aparece imprecisa, aun cuando se halla presente; razón por la cual en la aplicación del moderno derecho indemnizatorio, cuando los Tribunales han reconocido perjuicios al amparo de ese concepto, han dejado claro que en esos eventos la cuantía se establece en virtud de lo que la doctrina francesa ha enseñado como la desaparición de la probabilidad de un suceso favorable o pérdida del chance de obtener una ganancia, debiendo contemplarse de una forma restrictiva y su reparación nunca puede formularse en los mismos términos que si el daño no se hubiera producido y el resultado hubiera sido beneficioso al perjudicado.*

...

*A partir de las reflexiones memoradas, debe decirse que tanto la pérdida de oportunidad como el lucro cesante futuro, pese a que el censor los entremezcla, pertenecen a categorías diversas pues atienden fuentes obligacionales distintas, pero además se diferencian por los grados de certidumbre que en una y otra se registran.*

*En la primera, existe un razonable juicio de posibilidad, relativo a la concreción futura de un resultado útil donde se combinan la certidumbre y la fluctuación, pero partiéndose de la base de que el afectado se hallaba en una posición de privilegio que le permitiría obtener un beneficio, y el actuar ilícito de otra persona le impide fructificar tal situación de prosperidad. De hecho, no escasean en la doctrina especializada ejemplos de esta nueva modalidad de daño. Piénsese, en la actuación del agente demandado en responsabilidad civil que con su proceder, impidió que alguien, habiéndose inscrito a*

---

<sup>6</sup> SALINAS UGARTE, Gastón. Responsabilidad Civil Contractual. Tomo I. Editorial Abeledo Perrot. Santiago de Chile 2011.

*un concurso o licitación y superado la mayoría de sus fases, por una indebida digitación o calificación, lo excluyó de la posibilidad de obtener el empleo o resultar adjudicatario del contrato; el deportista que con una trayectoria reconocida y después de haber obtenido distintos premios, es atropellado por un automotor en la proximidad de la última competencia donde se había perfilado como seguro ganador; el evento del descuido del abogado que no recurre una providencia con el propósito de que sea revocada; o de la persona que, por no recibir la información suficiente y pertinente, pierde la oportunidad de resolver si adopta una decisión diferente de la que finalmente tomó frente a una negociación significativa, para solo mencionar, a título meramente enunciativo, algunos de los supuestos más frecuentemente citados por la literatura sobre la materia.*

*En el segundo evento, esto es en el ámbito del lucro cesante futuro, no se indemniza la pérdida de una probabilidad sino la obtención de dividendos a los cuales tendría derecho la víctima, pero bajo el esquema de una privación de ganancia cierta.*

*No ha sido pacífica la ubicación del acaecimiento del daño por pérdida de la “chance”; algunos autores han expresado que se trata de un método de cuantificación del daño, creyendo con ello haberse resuelto el problema respecto a la incertidumbre causal que el mismo devela<sup>7</sup> y que ha puesto en duda en muchos sistemas su aceptación.”*

(Subrayas intencionales).

Los presupuestos para que pueda considerarse la pérdida de la chance según la elaboración jurisprudencial de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia SC7824-2016 refieren la certeza respecto de la existencia de una legítima oportunidad, aunque envuelva un componente aleatorio, la chance diluida

---

<sup>7</sup> MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad*. Estudio jurisprudencial y doctrinal de derecho de daños público y privado. Pag. 87

debe ser seria, verídica, real y actual; la imposibilidad concluyente de obtener el provecho o de evitar el detrimento por razón de la supresión definitiva de la oportunidad para conseguir el beneficio; si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en inconveniente; y la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado; no es cualquier expectativa o posibilidad la que configura el daño, porque si se trata de oportunidades débiles, lejanas o frágiles, no puede aceptarse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de las cosas, su frustración inevitablemente conllevaría en la afectación negativa del patrimonio u otros intereses lícitos; el afectado tendría que hallarse, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en un escenario tanto fáctico como jurídicamente idóneo para alcanzar el provecho por el cual propugnaba.

Para el caso en concreto, lo reclamado es la declaratoria de la responsabilidad especial de la administradora en los términos del artículo 24 Ley 222 de 1995 al no actuar como “buen hombre de negocios”; carga legal que le imponía su deber de diligencia, experticia y probidad, condición que debió llevarla a procurar el pago de las obligaciones a cargo de la sociedad y a gestionar en debida forma la promoción del proyecto inmobiliario.

La oportunidad que dijo perder el demandado fue la de obtener el pago de \$900.000.000 acordado como valor de las acciones vendidas a la demandada; en el hecho DÉCIMO SEXTO del escrito de subsanación a la demanda indica cómo se fijó esa suma, ***“DÉCIMO SEXTO: De igual forma, cuando JULIA BEATRIZ MURILLO AGUDELO propone la adquisición de las acciones y participación en el proyecto TERRAZAS DE LA RIOJA SUITES, MARIO ALBERTO PAREJA MENDOZA renunció a unas posibles ganancias del 33.33% sobre un proyecto inmobiliario con unas ventas estimadas de treinta y ocho mil millones de pesos (\$38.000.000.000), sin embargo, mi cliente***

***aceptó recibir novecientos millones de pesos (\$900.000.000) asumiendo de buena fe que la demandada pondría toda su dedicación, esfuerzo y trabajo en el desarrollo del proyecto inmobiliario y que en consecuencia actuaría lealmente en el cumplimiento de las estipulaciones en el contrato de cesión de acciones***"; el criterio para fijar el valor de las acciones tuvo que ver con las posibles ganancias sobre las ventas estimadas del proyecto, teniendo en cuenta que fue confesado por el demandante que no pagó precio alguno por las acciones conforme fue registrado ante la Cámara de Comercio, su contribución fue en mayor medida con la aportación del proyecto arquitectónico que debía pagarse en un porcentaje de la ganancia estimada.

Para determinar si se trató de una oportunidad verídica, real y actual de obtener el pago de esos \$900.000.000 nos detendremos en el contexto en que debía desarrollarse la condición pactada para el inicio de la fase constructiva.

El proyecto inmobiliario fracasó antes de la declaratoria del punto de equilibrio, que se acreditaba conforme cláusula tercera, carta de instrucciones para encargo fiduciario, ***“cuando se hayan recibido las cartas de instrucciones correspondientes al sesenta por ciento (60%) del total de las unidades que conforman cada etapa del PROYECTO, es decir, se entenderá que obtuvo el punto de equilibrio para: - LA ETAPA I cuando se hayan recibido VEINTE (20) CARTAS DE INSTRUCCIÓN. – LA ETAPA II cuando se hayan recibido VEINTE (20) CARTAS DE INSTRUCCIÓN”*** (ver cuaderno anexos contestación a la demanda); se probó la adhesión de 14 encargantes fiduciarios al fideicomiso TERRAZAS DE LA RIOJA, siendo necesaria la vinculación de otros 6 para la declaratoria del punto de equilibrio de la primera etapa.

El término de duración de la construcción estaba previsto en la cláusula QUINTA, ***“dieciocho (18) meses, contados a partir de la obtención del punto de equilibrio de la ETAPA I del PROYECTO.”***

En el contrato de transferencia de acciones se estipuló contraprestación en favor de MARIO ALBERTO PAREJA MENDOZA por \$900.000.000, pagaderos, ***“1. La suma de ciento diez y seis millones (\$COP 116.000.000) de pesos a MARIO ALBERTO PAREJA MENDOZA...a los seis meses siguientes de iniciar la construcción de la primera etapa del proyecto Terrazas de La Rioja- Suites. 2. El cincuenta por ciento (50%) del monto restante pactado en la CLAUSULA SEGUNDA, luego de restada la suma relacionada en el numeral anterior, pagadero a la culminación de la primera etapa del proyecto Terrazas de La Rioja- Suites. El monto restante pactado en la CLAUSULA SEGUNDA, pagadero en los seis meses siguientes de iniciar la construcción de la segunda etapa del proyecto Terrazas de La Rioja- Suites. 3. El monto restante pactado en la CLAUSULA SEGUNDA, pagaderos a los seis meses siguientes de iniciar la construcción de la segunda etapa del proyecto Terrazas de La Rioja – Suites.”***

La oportunidad de obtener la ganancia o beneficio para el demandante se generaba en 4 momentos, (i) a los seis meses siguientes de iniciar la construcción de la primera etapa del proyecto Terrazas de La Rioja- Suites; (ii) a la culminación de la primera etapa del proyecto Terrazas de La Rioja- Suites; (iii) en los seis meses siguientes de iniciar la construcción de la segunda etapa del proyecto Terrazas de La Rioja- Suites; y (iv) a los seis meses siguientes de iniciar la construcción de la segunda etapa del proyecto Terrazas de La Rioja – Suites.

El proyecto fracasó dada la no consecución del punto de equilibrio, lo que diluía completamente la posibilidad de alcanzar siquiera la construcción de la primera etapa del proyecto que fue condición inicial plasmada por los accionistas para la exigencia de la contraprestación acordada.

Conforme un silogismo lógico o lógica abductiva, planteado el pago para el momento en que la obra estuviera en etapa de construcción y fijado el valor de las acciones con observancia de posibles ganancias con ocasión a las ventas del proyecto, la premisa tácita de la que partían los contratantes era la superación del punto de equilibrio, sólo a partir de este podía hablarse de una oportunidad cierta y real de obtener provecho económico del negocio; y es que las partes conocían el estado real del proyecto y las causas de riesgo que inciden en el punto de equilibrio requerido para que un proyecto sea viable, se insiste, desde la celebración del acuerdo para la transferencia de acciones los socios eran conscientes de unas deudas e incumplimientos millonarios con el propietario del lote, “...*en cuanto a la rentabilidad del proyecto, todavía no es cierta, por un lado, porque el proyecto es incierto en este momento, y por otro lado porque el proyecto tiene varias obligaciones pendientes de cumplir...*”, reconociendo “*lo incoherente de pretender utilidad de algo al que no se le invierte capital, ni responsabilidades futuras...*”

Así, la posibilidad de llegar a la construcción del proyecto fue planteada por los mismos accionistas como hipotética y parte de la declaratoria del punto de equilibrio que para el momento de celebración del negocio aún no se había alcanzado y se presentaban serias dificultades para lograrlo.

Desde la celebración del contrato de transferencia de acciones no había certeza de la existencia de una legítima oportunidad, dadas las condiciones propias del negocio inmobiliario y el estado del proyecto, la chance de llegar al punto de la etapa constructiva y concluir los 4 momentos pactados como necesarios para el pago completo del precio, no era verídica, real y actual.

Resulta imposible determinar de manera razonable y con grado de certeza que hubo una imposibilidad concluyente de obtener el pago de los dineros pactados en el contrato de transferencia de acciones condicionado a la ejecución del proyecto inmobiliario, toda vez que ello dependía de tres factores aleatorios evidenciados, (i) certeza a cerca de la consecución del



capital para proceder con el pago de la primera cuota del predio; (ii) certeza acerca de la declaratoria del punto de equilibrio; (iii) viabilidad absoluta de la construcción del proyecto; tratándose de un perjuicio eventual o hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización.

De ahí que la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado; el afectado tendría que hallarse, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino en un escenario tanto fáctico como jurídicamente idóneo para alcanzar el provecho por el cual propugnaba y MARIO ALBERTO PAREJA MENDOZA, suscribió acuerdo de transferencia de su participación accionaria JULIA BEATRIZ MURILLO AGUDELO y en contraprestación le pagaría el valor acordado \$900.000.000, siempre que se cumplieran los plazos y condiciones pactadas en la cláusula TERCERA del acuerdo.

Lo que motivó el precitado contrato que se plasmó en acta de Asamblea N°3 del 11 de julio de 2019, ***“5...en cuanto a la rentabilidad del proyecto, todavía no es cierta, por un lado, porque el proyecto es incierto, y, por otro lado, porque el proyecto tiene varias obligaciones pendientes que cumplir.”***

La estructuración de las obligaciones condicionales derivadas de dicha transferencia, pendían de la rentabilidad incierta del proyecto, que al 11 de julio de 2019 ***“tenía varias obligaciones pendientes por cumplir.”***

En esta materia, el artículo 1618 del CC consagra el principio general que irradia toda la labor de interpretación de los contratos, al reafirmar la prevalencia de la voluntad real de los contratantes ***“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”***

El sólo acuerdo de transferencia de acciones no sitúa al demandante en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, teniendo en cuenta que desde ese mismo instante era consciente de

la incertidumbre del negocio, de las sumas correspondientes a las deudas pendientes por cumplir y de la temporalidad en la cual debía acreditarse su cumplimiento.

El daño por la pérdida de la oportunidad se concreta si efectivamente la demandada con ocasión a su omisión suprimió la oportunidad que tenía el demandante de obtener la chance de reclamar las sumas pactadas en el contrato de venta de las acciones; sin embargo, no puede hablarse con grado de certeza de la estructuración de una chance seria, verídica, real y actual, porque la consolidación del daño dependía de sucesos del futuro, tratándose de una posibilidad eventual e hipotética.

### **6.8 ¿Se configuró responsabilidad individual de la administradora por perdida de la oportunidad?**

El artículo 24 de la Ley 222 de 1995 prevé que *“los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”*, lo que significa que deben acreditarse los presupuestos de la responsabilidad, (i) la acción u omisión del administrador contraria a sus deberes legales, estatutarios o contractuales a título de dolo o negligencia; (ii) un daño; y (iii) el nexo causal entre la actuación cuestionada y el daño provocado.

Para que pueda hablarse de culpa presunta de la administradora, debe adecuarse su conducta a una acción u omisión contraria a sus deberes legales, estatutarios o contractuales a título de dolo o negligencia relacionada con el daño reclamado: se debió acreditar el nexo causal entre la conducta de la administradora y declaratoria de no alcance del punto de equilibrio que dio lugar a la hipotética pérdida de oportunidad deprecada por el actor; lo que no se acreditó en el proceso, como se dijo, (i) el incumplimiento en el pago del lote antecedió la administración de la demandada quien procuró gestionar con el propietario la renovación del plazo y pagó la penalidad por incumplimiento



anterior e intereses de mora, demostrando diligencia; (ii) las ventas del proyecto no dependían exclusivamente de su gestión administrativa que fue promovida de manera coherente con las anteriores administraciones sino de un “aleas” propio de esta clase de negocios; y (iii) operada la causal de resolución del contrato de promesa de compraventa no le era dable gestionar la devolución del lote que para el 30 de diciembre de 2019 se encontraba en manos de su propietario.

No se demostraron la configuración de los presupuestos axiológicos delineados por la jurisprudencia para la estructuración de la pérdida de oportunidad como daño indemnizable; sin probarse el nexo causal desaparece la presunción legal de culpa, razón por la cual no se encuentran satisfechos los presupuestos axiológicos para la declaratoria de responsabilidad, surtiéndose probada la excepción denominada por la parte demandada “INDEBIDA APLICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD.”

En este punto se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia respecto de la desestimación de la primera pretensión principal declarativa y consecuentemente la primera principal de condena.

#### **6.9. ¿Pueden declararse puras y simples las condiciones fallidas en aplicación al artículo 1538 del CC?**

Conforme la clasificación de las obligaciones condicionales que hace el Código Civil, las condiciones previstas en la cláusula TERCERA del contrato de transferencia de derechos accionarios eran positivas –debía acontecer algo- (artículo 1531); físicas y moralmente posibles (artículo 1532); mixtas – dependían de un “acaso”- (artículo 1534); y suspensivas porque mientras que no se cumpliera no surgía o nacía a la vida jurídica la obligación de pago para la demandada (artículo 1536).

El cumplimiento estaba supeditado al nacimiento de la obligación de pago del precio pactado en la venta de las acciones, que se condicionó al desarrollo y construcción del proyecto inmobiliario; para determinar el estado de las condiciones, el doctrinante GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ en su obra “RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES”<sup>8</sup>, sustenta que la condición puede encontrarse en estado de “*pendiente, cumplida o fallida*”:

“a) **CONDICIÓN PENDIENTE...***mientras no se pueda saber si el hecho futuro que la constituye acaecerá o no...*”

“b) **CONDICIÓN CUMPLIDA...***1) cuando se ha realizado el hecho positivo que la constituye...y 2) cuando ha expirado el término dentro del cual no debe ocurrir el hecho condicionante...*”

“c) **CONDICIÓN FALLIDA...***a) cuando llega a ser cierto que el hecho positivo que la constituye no se realizará...(arts. 1537 y 1539);*

*b) cuando se realiza el hecho positivo contrario a la condición negativa...(ibídem), y c) cuando ha expirado el término dentro del cual el hecho positivo ha debido realizarse y no se ha realizado...(art.*

*1539). Respecto de este último caso, es de observar que nuestro Código no señala un término máximo general dentro del que debe cumplirse la condición; pero en materia de fideicomiso, dispone:*

*“Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarda más de treinta años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución...”* (subrayas propias).

Afirmó el demandante, la justificación de la pretensión radicó en el artículo 1538 del CC, “*Con todo, si la persona que debe prestar la asignación, se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, o para que la otra persona, de cuya voluntad depende en parte su cumplimiento, no*

---

<sup>8</sup> páginas. 229 y siguientes

***coopere a él, se tendrá por cumplida***”; argumentó que la jurisprudencia indica que, ***“no se puede obviar la mala fe y la intencionalidad maliciosa de la persona que, valiéndose de medios reprochables, consiga que la condición estipulada vía contractual no se cumpla.”***

Como soporte fáctico de su pretensión, expresó que la demandada ***“alteró sustancialmente el contenido de la cláusula tercera del acuerdo de cesión de acciones y registró un acta falsa”***, en función de modificar el cumplimiento de las condiciones sucesivas pactadas inicialmente, para que no se cumplieran en los términos originarios; señaló la configuración de doble acto ilícito para frustrar el cumplimiento de la condición, ***“a) obtención y registro de un documento falso, que fracciona los hechos sucesivos que dan a lugar el nacimiento de la obligación; y b) desatención al deber de buena fe por ejecutar maniobras desleales en el negocio.”***

El artículo 1538 citado por el actor, regula específicamente a la “condición fallida de las disposiciones testamentarias” lo que no resulta aplicable al caso en concreto; de manera general el artículo 1537 ibíd. dispone lo previsto para la “condición fallida” en términos de las obligaciones condicionales y modales, ***“Si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida. A la misma regla se sujetan las condiciones cuyo sentido y el modo de cumplirlas son enteramente ininteligibles. Y las condiciones inductivas a hechos ilegales o inmorales. La condición resolutoria que es imposible por su naturaleza, o ininteligible, o inductiva a un hecho ilegal o inmoral, se tendrá por no escrita.”***

Las condiciones establecidas en el contrato de transferencia de acciones aún no se han cumplido y se encuentran en estado fallidas toda vez que los hechos positivos que las constituyen no se realizarán con ocasión al fracaso del proyecto inmobiliario; como consecuencia, se estima que no ha existido

vínculo jurídico alguno entre el acreedor –demandante- y el deudor –demandado- porque la obligación no ha surgido al mundo jurídico y se tiene certeza que las condiciones de las que pende la misma no se surtirán.

De otro lado, el acto dispositivo de la compra y venta de acciones no es uno de los que la Ley prevé deba inscribirse en el registro mercantil; como lo indicó el a quo, la presentación del acta original para los fines de la contienda procesal surte el efecto de publicidad y eficacia pretendida por el actor; de la revisión del contenido del pacto -que conforme las declaraciones de ambas partes fue plasmado por el Abogado hijo del demandante-, corresponde al Acta N°3 del 11 de julio de 2011 aportada con el libelo genitor.

No es objeto de la acción ordinaria determinar la configuración de doble acto ilícito “para frustrar el cumplimiento de la condición” que refiere el actor, lo correspondiente debe resolverse por vía de la acción penal; tampoco es procedente declarar puras y simples las obligaciones sometidas a condición, ello resulta admisible conforme al artículo 1533 del CC, cuando se trata de una condición negativa de una cosa físicamente imposible, lo que no encaja con las condiciones pactadas por las partes; en este punto se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia respecto de la desestimación de la primera pretensión subsidiaria declarativa y consecuentemente la primera subsidiaria de condena.

## **6. COSTAS**

Sin lugar a condena en costas, toda vez que en providencia del 23 de noviembre se concedió amparo de pobreza al demandante vencido en juicio y de conformidad con lo prescrito en el 1 inciso artículo 154 del CGP.

## **DECISIÓN**

La **SALA SEGUNDA CIVIL DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO:** Por las razones expuestas, se **CONFIRMA** la sentencia de la referencia.

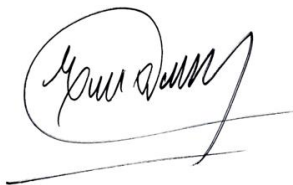
**SEGUNDO:** Sin lugar a condena en costas, toda vez que en providencia del 23 de noviembre de 2020 se concedió amparo de pobreza al demandante vencido en juicio y de conformidad con lo prescrito en el 1 inciso artículo 154 del CGP.

**NOTIFÍQUESE POR ESTADOS Y ELECTRÓNICAMENTE.**

**LOS MAGISTRADOS**



**RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ**



**LUIS ENRIQUE GIL MARÍN**



**MARTHA CECILIA LEMA VILLADA**