

Medellín, siete (7) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso	DECLARATIVO RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Radicado	05001 31 03 013 2018 00040 01
Demandantes	MARTHA LUCÍA VÁSQUEZ BEDOYA Y LEONARDO FABIO CORREA BUSTAMANTE
Demandados	ESTRUCTURACIÓN Y DESAROLLO DE PROYECTOS S.A.S. (PROYEKTA), ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. EN CALIDAD DE VOCERA DE FIDEICOMISO LEMMON Y FIDEICOMISO LOTE LEMMON, PROMOTORA LEMMON S.A.S., y PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. EN REORGANIZACIÓN
Juzgado Origen	TRECE CIVIL CIRCUITO MEDELLÍN

Decide la Sala la apelación de la sentencia en el proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES.

1.1 DEMANDA¹.

Pretenden los demandantes que se declare la resolución de los contratos de encargo fiduciario para la vinculación a los fideicomisos Recursos y Lote Lemmon Etapa I, por incumplimiento de las demandadas; que consecuentemente se les restituyan indexados los valores entregados², se condene a la pasiva al pago de perjuicios³ en las modalidades de daño emergente, lucro cesante, pérdida de la oportunidad y, a pagar la cláusula penal. Subsidiariamente, pretenden que se declare la resolución del contrato por mutuo disenso con la restitución indexada de las sumas de dinero entregadas.

Como fundamento de sus pretensiones expusieron que se vincularon en calidad de beneficiarios de área al proyecto antes referido en abril de 2012 con el fin de adquirir los apartamentos 1001 y 1201 del Proyecto Lemmon Citrus, cada uno con parqueadero y cuarto útil; el primero a nombre de Martha Lucía Vásquez Bedoya y el segundo a nombre suyo y de Leonardo Fabio Correa Bustamante y; que los inmuebles cambiaron de numeración conforme a la escritura pública 3248 del 25 de noviembre de 2015 de la Notaría 22 de Medellín, donde se constituyó la propiedad horizontal de la Unidad Residencial Lemmon Etapa I, quedando identificados como

¹ Ver ruta carpeta 01PrimeraInstancia / Cuaderno1Principal / Archivo 02Demanda

² A Martha Lucía Vásquez Bedoya \$172.437.441 y, a aquella y Leonardo Fabio Correa Bustamante \$171.785.871.

³ Daño emergente en la suma de \$800.000 por gastos de avalúo; por lucro cesante la suma de \$13.836.100 para Martha Lucía Vásquez Bedoya y \$12.704.720 para esta y Leonardo Fabio Correa Bustamante; como pérdida de la oportunidad la suma de \$118.677.000; y como cláusula penal \$34.487.488 por el apartamento 1005 y \$34.357.174 por el apartamento 1205, más los intereses de mora sobre esta última suma desde la presentación de la demanda hasta el pago efectivo.

apartamento 1005, parqueadero 08 sótano 2, cuarto útil 16 sótano 2, y apartamento 1205, parqueadero 29 sótano 3 y cuarto útil 13 sótano 3.

Refirieron que sus obligaciones consistían en pagar el precio acordado y concurrir a la notaría a suscribir la escritura pública mediante la que les sería transferido el dominio de los bienes; que la fiduciaria se obligó a administrar los dineros entregados por los beneficiarios de área hasta el cumplimiento de las condiciones para entregarlos al Fideicomiso Lote Lemmon y, que la sociedad beneficiara Proyekta S.A.S., se obligó a desarrollar por su cuenta y riesgo el proyecto inmobiliario denominado Unidad Residencial Lemmon Etapa I y entregarlo a los beneficiarios de área una vez terminado.

Adujeron como incumplimientos atribuibles a las demandadas:

1. Que la entrega de los apartamentos que se había pactado inicialmente fue modificada mediante varios otrosíes, quedando finalmente establecida como fecha de entrega el 30 de noviembre de 2014 pudiendo esta prorrogarse por 120 días más y que la misma se produjo en mayo de 2015, sin que se repute perfecta, pues no se entregó la proporción de zonas comunes.
2. Que la proporción correspondiente de las zonas comunes de la copropiedad no ha sido ni entregada ni terminada en su totalidad.
3. Que no se construyó en debida forma el proyecto inmobiliario, toda vez que algunas columnas no cumplen con las normas de sismo resistencia y otras requieren repotenciación, lo que pone en riesgo la vida e integridad física de los demandantes.

Señalaron que la falta de entrega de los bienes en las condiciones inicialmente pactadas les ha generado una pérdida de oportunidad por el chance de obtener una ganancia adicional en la venta y alquiler de los inmuebles, tal como se desprende del peritazgo aportado, donde se determinó el valor de aquellos en las condiciones actuales y se estudió el mayor valor que podrían tener. Asimismo, que los apartamentos fueron alquilados por un menor valor de acuerdo con el referido estudio, generándose así un perjuicio por lucro cesante.

1.2 CONTESTACIÓN.

Acción Fiduciaria S.A.⁴ reconoció como ciertas las vinculaciones al encargo fiduciario y aclaró que su función como fiduciaria en calidad de

⁴ Ver ruta ibid. Archivo 48ContestaciónDeLaDemandaAcciónSociedadFiduciaria

vocera y administradora de los Fideicomisos recursos y lote Lemmon, consistía únicamente en administrar los recursos económicos entregados por los beneficiarios de área y administrar el lote sobre el cual se desarrollaría el proyecto inmobiliario, por lo que la ejecución y/o construcción de aquel corría por cuenta de la sociedad beneficiaria de obra.

Con relación a los incumplimientos alegados, sostuvo que ninguno de ellos corresponde a obligaciones a su cargo y que los beneficiarios de área no son los legitimados para reclamar la entrega de zonas comunes, lo que corresponde exclusivamente a la asamblea de la copropiedad. Asimismo, que la entrega no puede reputarse imperfecta, pues esta se cumplió plenamente por el solo recibo de los apartamentos y parqueaderos adquiridos. En cuanto a la reclamación de perjuicios por la presunta pérdida de oportunidad, aseveró que no existe certeza, pues no hay soporte alguno que dé cuenta de la expectativa legítima vulnerada, ni aportaron prueba que demuestre la negociación de los inmuebles, promesa de compraventa o contrato de arrendamiento que soporte lo manifestado.

Se opuso a todas las pretensiones y propuso como excepciones las denominadas: *i) Ausencia de incumplimiento atribuible a la fiduciaria*, en tanto se alegan incumplimientos constructivos que no estaban a su cargo; *ii) falta de legitimación en la causa por activa*, porque es la copropiedad la legitimada para reclamar las zonas comunes. De igual forma, propuso como medios de defensa: *i) total cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de vinculación y ausencia de responsabilidad de la fiduciaria*, en tanto administró adecuadamente los dineros recibidos y los entregó conforme lo estipula el contrato de fiducia mercantil y *ii) ausencia de gravedad en el presunto cumplimiento defectuoso por la beneficiaria*, por considerar que debe tenerse en cuenta que la gravedad debe hacer imposible el ejercicio de los derechos surgidos a partir de las obligaciones recíprocas incumplidas.

Estructuración y Desarrollo de Proyectos S.A.S. – Projekta EDP⁵ tuvo como ciertos los hechos relativos al contrato de fiducia suscrito, no obstante, afirmó que se produjo un cambio de beneficiario de la obra que tuvo lugar mediante los otrosíes del 6 de noviembre y 14 de diciembre de 2014, quedando en tal calidad la Promotora Lemmon S.A.S., y agregó que no le constan los pagos realizados por los demandantes, en tanto estos se hacían directamente a otras entidades.

Sobre los incumplimientos alegados, aseveró que los inmuebles fueron entregados tal como lo confesaron los demandantes en el escrito genitor, que el cambio de nomenclatura obedeció a motivos de planeación de

⁵ Ibid. Archivo 57ContestaciónProjektaATravesDeApoderadoJudicial

Sabaneta y no posee la fuerza dirimente para configurar un incumplimiento contractual. Con respecto a la entrega de las zonas comunes, aseveró que los demandantes no están legitimados por activa para realizar reclamación al respecto pues son de titularidad de la propiedad horizontal, siendo ella quien puede reclamar y, que la presunción legal es que estas se entregan de manera simultánea con los bienes, sin que se lograra probar que ello no ocurrió. Sobre las supuestas fallas estructurales, afirmó que no existe un dictamen pericial o técnico respecto de aquellas.

Finalmente, indicó que no se logró probar el daño ocasionado, ni el chance u oportunidad que perdieron los demandantes, por lo que no se dan las condiciones legales para solicitar su resarcimiento.

Se opuso a todas las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las que denominó: *i) Inexistencia de la obligación a cargo de Proyecta EDP S.A.S. y Ausencia de responsabilidad contractual*, en virtud del cambio de beneficiario de obra a favor de Promotora Lemmon S.A.S.; *ii) Ausencia de incumplimiento contractual*, en tanto los bienes fueron entregados a los demandantes y las zonas comunes se entregan a la copropiedad; *iii) Falta de legitimación por activa* frente a la entrega de zonas comunes, lo que debe hacerse a la copropiedad y; *iv) Ausencia de perjuicio para exigir indemnización*, en tanto no se prueba el perjuicio, no hay contratos de arrendamiento o documentos precontractuales de negociaciones de los mismos.

Las sociedades Promotora Lemmon S.A.S.,⁶ y Pórticos Ingenieros Civiles S.A.S., en reorganización⁷ fueron vinculadas por pasiva y habiendo sido debidamente notificadas, no contestaron la demanda.

1.3 PRIMERA INSTANCIA⁸.

En audiencia realizada el 17 de agosto de 2021 se profirió sentencia en la que se declararon probadas las excepciones de mérito denominadas “ausencia de incumplimiento y falta de legitimación en la causa por activa” y en consecuencia se desestimaron las pretensiones de la demanda en su integridad.

Realizado el análisis de los presupuestos axiológicos para la prosperidad de la pretensión de resolución del contrato, la *a quo* encontró probado que los demandantes cumplieron a cabalidad con cada una de las obligaciones

⁶ Ver ruta carpeta 01PrimeraInstancia / Cuaderno2ExcepcionesPrevias / Archivo 04AutoQueResuelveExcepcionesPrevias, y carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 65Auto15Noviembre2019SeAvalaNotificaciónPorAvisoPromotoraLemmonSAS.

⁷ Ver archivos 75ActaAudiencia y 84AutoTramite

⁸ Ibid. Carpeta AudiovisualesAudiencia373 / Archivo 04Fallo

contractuales como presupuesto inicial, pero frente al incumplimiento de la parte demandada consideró que la actora no precisó cuáles obligaciones habían sido incumplidas por aquellas y frente a la fiduciaria sólo se expusieron tardíamente en los alegatos de conclusión, por lo que no pueden ser consideradas sin vulnerar el derecho de defensa de aquella. No obstante, de las diversas acusaciones concluyó que el incumplimiento se refiere a la mora en la entrega de los inmuebles, la falta de entrega de las zonas comunes y las fallas estructurales de la propiedad horizontal.

Con relación a la mora en la entrega de los apartamentos, concluyó que el contrato y los otrosíes consentidos por los demandantes ampliaron dicho plazo, la entrega del inmueble 1001 se hizo dos meses después del tiempo estipulado y la del inmueble 1201 seis meses después, mora que no tiene entidad suficiente para configurar el incumplimiento del contrato.

En cuanto a la fecha de transferencia del dominio consideró que, de conformidad con la cláusula 12 del contrato, existían varios condicionamientos para la suscripción de la escritura y no se probó que aquellos estuvieran cumplidos para que surgiera la obligación en una fecha determinada. Adicionalmente, al encontrarse acreditado que las escrituras públicas de compraventa fueron firmadas en el año 2019, es decir, con posterioridad a la presentación de la demanda y que en la actualidad los demandantes figuran como propietarios de los bienes inmuebles adquiridos, se entiende que esa ejecución tardía contó con la aquiescencia de la parte cumplida, por lo que no se constituye incumplimiento de la parte demandada⁹ y da cuenta del interés de los demandantes de persistir en el contrato.

De las presuntas fallas estructurales aseveró que, pese a que se allegó como anexo un documento que da cuenta del reforzamiento de algunos tramos de columnas, ello se realizó en el marco del proceso constructivo y no como una deficiencia detectada con posterioridad a que la construcción fuese entregada. Asimismo, que los documentos donde se precisa que algunos de los propietarios de los inmuebles manifiestan que varios apartamentos presentan fisuras, *“tampoco constituye una prueba suficiente para afirmar en grado de certeza que la edificación presenta fallas estructurales”*, ni se allegó prueba idónea que *“determine que el proyecto inmobiliario no cumpla con las normas urbanísticas o de sismo resistencia que ponga en riesgo la integridad de las personas”*, en tanto que el testimonio del arquitecto Carlos Rodrigo Palacio Ortiz, quien aseveró que el edificio requería repotenciación en 8 columnas, se basa en su sola observación y no en un estudio técnico especializado al respecto, no siendo un testigo idóneo para dar cuenta de ello, *“así como tampoco lo es el perito zootecnista experto en*

⁹ Ibid. Min. 22:35 en adelante

mercadeo que avaluó las propiedades, y en ese orden de ideas sus dichos no sirven para acreditar el incumplimiento endilgado.”

Con respecto a la alegada falta de entrega de las zonas comunes del edificio, argumentó que no se especificó si estas eran las zonas comunes esenciales o no esenciales; que de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 675 de 2001, de las esenciales se presume su entrega con los bienes privados y de los demás bienes comunes de uso general la misma norma dispone que estos se entregarán a la persona o personas designadas por la asamblea general a más tardar cuando se haya terminado la construcción y enajenación del 51% de los coeficientes de la copropiedad. Por lo que, en primer lugar, los demandantes no se encuentran legitimados para reclamar la entrega de estas zonas comunes y, por otro lado, teniendo la carga de hacerlo, no probaron que se hubiese cumplido con el porcentaje de enajenación que obligue a la entrega de tales bienes.

En relación con los perjuicios reclamados, analizó que los demandantes no pudieron demostrar la causación de aquellos, pues no demostraron como se vieron afectados por la mora en el incumplimiento de la suscripción de las escrituras públicas, y los dictámenes periciales aportados *“no son útiles de cara a demostrar la configuración de un daño”*, pues en ninguna parte de ellos se indica que el valor comercial de los inmuebles era menor por alguna de las situaciones aducidas como incumplimiento de las demandadas. Contrario a ello, dan cuenta que *“el edificio posee parqueaderos de visitantes, ascensores, zona húmeda, barbacoa y piscina”*. Y del lucro cesante reclamado, tampoco existe prueba sobre los contratos suscritos sobre los bienes, su monto y periodos, para determinar aquello.

Finalmente, con relación a la pretensión subsidiaria de resolución del contrato por mutuo disenso tácito, afirmó que tal figura no tiene aplicación, en tanto falta el elemento esencial relativo al incumplimiento de ambos contratantes respecto de las obligaciones adquiridas con la firme intención en abandonar la convención, toda vez que ninguna de las actitudes asumidas por las partes, da cuenta de la intención conjunta de abandonar el vínculo contractual y *“es así como los demandantes permitieron que en el año anterior se suscribieran las escrituras públicas a su favor, y por parte de las demandadas, como ya se analizó, se dio cumplimiento a sus obligaciones”*.

1.4 TRÁMITE DE LA APELACIÓN.

La sentencia de primera instancia fue proferida en audiencia y notificada en estrados, siendo apelada oportunamente por la parte demandante, quien precisó los reparos concretos frente a la decisión.

Considerando el estado de emergencia sanitaria existente para la época, se dio aplicación al artículo 14 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, concediéndole al apelante la oportunidad para sustentar el recurso y a la contraparte para la réplica, derecho del cual sólo hicieron uso la parte actora y la fiduciaria.

2. CONTROL DE LEGALIDAD Y COMPETENCIA DEL SUPERIOR.

En atención a lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 42 y en el artículo 132 del Código General del Proceso, se aprecian reunidos los presupuestos procesales para emitir sentencia porque se verificó la demanda en forma y su trámite adecuado, la competencia del juez, la capacidad para ser parte respecto de los extremos del litigio; debiéndose destacar que no se advierten vicios ni irregularidades que configuren nulidad, eventuales defectos que tampoco fueron avizorados por las partes del proceso.

En esa línea, por disposición del artículo 328 de la misma obra, salvo decisiones que se deban adoptar de oficio, esta sala limita el análisis a los reparos concretos efectuados por la parte apelante en contra de la decisión de primera instancia, debidamente sustentados.

En virtud de lo anterior, pese a que en la sustentación se solicitó decretar la solidaridad frente a las sociedades vinculadas por pasiva, Promotora Lemmon S.A.S. y Pórticos S.A.S. en reorganización, así como declarar frente a estas las consecuencias legales por no contestar la demanda, tales situaciones no serán analizadas en esta instancia por no haberse formulado tales desacuerdos como reparos contra la sentencia oportunamente.

Tampoco se analizará ni resolverá la inconformidad con la condena en costas, en tanto no se expusieron argumentos y por disposición del numeral 5 del artículo 366 del CGP, tal asunto debe ser controvertido en otro momento procesal.

3. REPAROS CONCRETOS¹⁰.

Con el propósito de que se revoque la decisión de primera instancia y se acceda a las pretensiones, la actora formuló los siguientes motivos de inconformidad al interponer el recurso ¹¹, sustentados en segunda instancia. Con base en sus intervenciones se establecerán los problemas jurídicos objeto del estudio.

¹⁰ Ver ruta carpeta *02SegundaInstancia / 04Memo210929 / Archivo Apelación Sentencia - 05001 31 03 013 2018 00040 01*

¹¹ Ver ruta carpeta *01PrimeraInstancia / Cuaderno1Principal / AudiovisualesAudiencia373 / Archivo 04Fallo Min. 48:30 en adelante*

3.1 Indebida interpretación de las obligaciones incumplidas por los demandantes. Aseveró que la *a quo* se equivocó al considerar que la actora no efectuó un reparo concreto frente a cuál o cuáles obligaciones habían sido incumplidas por las demandadas, pues la vinculación al Fideicomiso Recursos y Lote Lemmon etapa I correspondía a un proyecto que constaba de dos torres con un total de 158 aptos, 23 oficinas, 8 locales comerciales, con zonas comunes como lobby, zonas húmedas, zonas infantiles, cancha de squash, ingreso amplio de parqueaderos y parqueaderos de visitantes, entre otros, pero sólo se construyó una torre, lo que constituye un incumplimiento. Además, que los apartamentos entregados en la actualidad tienen grietas, fisuras, humedades y fallas en la mampostería, y que las áreas comunes esenciales o no, simplemente no existen.

Asimismo, que no se entregaron materialmente los inmuebles ni en la fecha inicial, ni en la establecida en los otrosíes firmados y, pese a ello, de manera errada la *a quo* advirtió que tal demora no era suficiente para catalogar dicha situación como incumplimiento, debido a que no es esencial para el negocio jurídico celebrado y; que si los demandantes firmaron las escrituras públicas, fue sólo por cumplir con sus obligaciones y no porque aceptaran que el proyecto se realizó en debida forma.

Con relación a la fiduciaria, alegó que incumplió sus deberes como vocera, en tanto su actuar fue negligente al no administrar en debida forma los bienes a su cargo, verificar el punto de equilibrio, no evitar la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato, no informar a los beneficiarios de área el cambio de partes, entre otros, frente a lo que al interponer el recurso manifestó que no tenía el deber de enunciar aquellos en la demanda, pues estas son obligaciones intrínsecas de la labor de la fiduciaria, por lo que, aquella como profesional en su labor, debió ser quien tuviera la carga de la prueba de demostrar que había cumplido todas sus obligaciones.

➤ **Réplica Acción Sociedad Fiduciaria S.A.**¹² Frente a los reparos aducidos por los presuntos incumplimientos de esta sociedad, afirmó que en ningún momento en el escrito de demanda se alegaron aquellos frente a sus obligaciones, pues se adujeron aspectos que eran de injerencia exclusiva del desarrollador del proyecto y fue sólo en la audiencia de fallo que la demandante incluyó argumentos de reproches directos contra la entidad fiduciaria, constituyéndose esto en una falta de congruencia entre lo narrado en la demanda y lo argumentado en la audiencia, vulnerando con ello el derecho de contradicción que le asiste; por lo que la decisión de primera instancia se encuentra acorde con lo probado en el proceso.

¹² Ibid. Carpeta 05Memorial21106 / Archivo DESCORRE SUSTENTACIÓN APELACIÓN

3.2 Indebida valoración probatoria. Censuró la valoración que del testimonio de Carlos Rodrigo Palacio Ortiz realizó la *a quo*, pues consideró que aquel fue practicado de acuerdo a la ley, mostró pleno conocimiento sobre las entregas parciales, deficiencias constructivas del inmueble y otros aspectos, además el contenido de aquella no fue tachado y, que si bien, este no tiene la calidad de perito, “*su experticia*” dio pautas para que el despacho “*tuviera visibilidad*” de lo que existía en el apartamento, por lo que debió ser tenido en cuenta. Asimismo, al interponer el recurso indicó que con el dictamen pericial allegado quedó claro que existió un perjuicio patrimonial con base en los valores allí plasmados.

3.3 Problemas Jurídicos.

Conforme a lo expuesto, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

1. Si en primera instancia se incurrió en indebida interpretación y valoración probatoria de los incumplimientos aducidos, específicamente con relación a la entrega imperfecta de las zonas comunes y, si las pruebas arrimadas al proceso tienen la capacidad de demostrar tal incumplimiento.
2. Si en la demanda se concretó el incumplimiento que se reclama de parte de la sociedad fiduciaria y, en tal sentido, era de su carga acreditar la observancia de las obligaciones a su cargo.

4. FUNDAMENTO JURÍDICO.

4.1 Cumplimiento contractual.

Por disposición de los artículos 1494 a 1496 del Código Civil, se entiende por contrato el acuerdo de voluntades en virtud del cual un sujeto se obliga con otro a dar, hacer o no hacer alguna cosa, prestaciones que se pueden establecer a cargo de ambos contratantes y entonces se denomina bilateral.

El artículo 1602 del mismo estatuto establece que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales y el artículo 1603 consagra que el principio de buena fe debe regir su ejecución, de tal forma, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen.

Por su parte, los artículos 1546 del mismo ordenamiento¹³ y el 870 del Código de Comercio¹⁴ consagran que, en caso de incumplimiento en los contratos bilaterales, el contratante cumplido cuenta con la facultad alternativa para reclamar judicialmente del incumplido la resolución o el cumplimiento del contrato, ambas con indemnización de perjuicios.

Tradicionalmente ha establecido la Corte Suprema de Justicia que, para la prosperidad del cumplimiento forzoso o resolución, el demandante estará llamado a acreditar la existencia de los siguientes supuestos:

"i) que verse sobre contrato bilateral válido; ii) que el demandante haya cumplido las obligaciones a su cargo, o se haya allanado a cumplirlas, y iii) que el demandado se haya separado de sus compromisos contractuales total o parcialmente¹⁵.

En ese orden, la jurisprudencia ha sostenido que se entiende por contratante cumplido,

"... aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió; así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; y puede demandarla en el evento de desacato recíproco y simultáneo si se funda en el desacato de todas las partes, en este evento sin solicitar perjuicios..."¹⁶

De manera que cobra relevancia para la prosperidad de la pretensión determinar el orden prestacional y si quien la instauró ha honrado sus compromisos contractuales en la forma y tiempos acordados o, en caso de no hacerlo, si su omisión se justificó en una prestación desatendida preliminarmente por el otro extremo de la relación negocial.

4.2 Carga de la prueba.

El deber de acreditar los supuestos de hecho de las pretensiones o excepciones procesales está a cargo de la respectiva parte de un proceso judicial.

¹³ Código Civil artículo 1546. *"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

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

¹⁴ Código de Comercio artículo 870. *"En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios".*

¹⁵ CSJ. SC 11 mar. 2004, exp. 7582

¹⁶ CSJ. Sentencia SC1662 de 2019 reiterada en sentencias SC4801 de 2020 y SC3666 de 2021.

El *proceso es prueba*¹⁷, el juez accede al conocimiento de la controversia a través de las fuentes ofrecidas por las partes como sustento de sus afirmaciones y mediante los medios de convicción debidamente incorporados, los cuales le permiten percibir el conflicto, verificar la veracidad de los planteamientos de los extremos del litigio y, decidir el derecho aplicable para *dar o reconocer la razón a quien la tiene*¹⁸.

El destino de la prueba es el proceso, por lo que, en principio, resulta irrelevante cuál de las partes aporte el elemento suasorio, lo importante es que ella sirva para comprobar la realización de determinado postulado fáctico. En últimas, el proceso conforma una unidad y, por tanto, todos los medios de convicción recaudados le son propios¹⁹. Sin embargo, al momento de decidir pueden presentarse diversos escenarios en cuanto al grado de convicción del fallador acerca de la existencia o inexistencia de un determinado postulado de hecho. Si el juez alcanza la certeza acerca de la ocurrencia de una determinada formulación fáctica, aplicará o dejará de aplicar la consecuencia jurídica correspondiente, a través de un fallo estimatorio o desestimatorio de lo pretendido²⁰.

Cuando el decisor no logra el nivel de convicción suficiente acerca de los postulados fácticos de las partes, necesita de una herramienta procesal que le permita cumplir con su deber de decidir de fondo, pues le está vedado abstenerse de resolver²¹ y es allí en donde se destaca el principio de la carga de la prueba, también denominada *regla del juicio*²², que acude en auxilio del juez para desatar el conflicto, autorizándolo para desechar las pretensiones o excepciones carentes de demostración.

Así, la carga de la prueba implica actividad procesal, que puede redundar en beneficio de la propia parte, en la medida que sustente sus formulaciones fácticas y por tanto consiga la aplicación del derecho invocado según la posición litigiosa asumida (demandante – demandado)

¹⁷ Sentís Melendo, Santiago; La prueba: los grandes temas del derecho probatorio; editorial Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979 páginas 4 y 21.

¹⁸ Ibidem pagina 27.

¹⁹ Montero Aroca, Juan; La prueba en el proceso civil, séptima edición; editorial: Cizur Menor (Navarra): Cívitas, 2012

²⁰ Ibidem pg 57 y 58 “citando a Leo Rosenberg, afirma que “... la teoría de la carga de la prueba es la teoría de las consecuencias de la falta de prueba ... quién debe asumir las consecuencias de que una afirmación de hecho no se haya probado”. En el mismo sentido Rosenberg, Leo; La carga de la prueba, traducción de Ernesto Krotoschin; tercera edición; editorial B de F Montevideo - Buenos Aires, 2002. Pgs 15 -17.

²¹ El *non liquet* consiste en la posibilidad de ausencia de decisión jurisdiccional en virtud de incertidumbre frente a los postulados fácticos del caso o por falta de norma. En nuestro contexto están vedadas las decisiones inhibitorias en el artículo 42.6 del Código General del Proceso, que establece como deber del juez: “Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal.”. A modo ilustrativo, se puede consultar la Sentencia SU129 de 2021 de la Corte Constitucional.

²² Micheli, Gian Antonio; La carga de la prueba; editorial Olejnik, Argentina 2019, páginas 183 a 252.

y, por consiguiente, también puede derivar en una decisión en contra, en caso de desatención de la labor demostrativa, pues se traduce en el efecto opuesto, esto es, en una decisión negativa frente a la postura procesal asumida, precisamente, por carecer de respaldo.

5. CASO CONCRETO.

En el presente asunto se encuentra probada la celebración de múltiples contratos interrelacionados y dependientes entre sí con ocasión del desarrollo de un proyecto inmobiliario denominado “Lemmon Citrus”²³: i) el contrato de fiducia mercantil entre Sector Urbano S.A.S. (hoy Proyekta EDP) en calidad de beneficiaria y Acción Sociedad Fiduciaria S.A., celebrado el 6 de mayo de 2011, según se describe en los antecedentes primero y tercero del encargo de vinculación; ii) el encargo de vinculación al Fideicomiso Recursos y Lote Lemmon Etapa 1 suscrito entre los demandantes en calidad de beneficiarios de área, la beneficiaria y la fiduciaria el 01 y 30 de abril de 2012, cuya finalidad fue la adquisición de unas unidades inmobiliarias una vez finalizado el proyecto constructivo y; iii) un contrato de promesa de compraventa que se desprende de las cláusulas primera, sexta y novena del encargo fiduciario referido, entre otras, en las que se promete entregar y traditar las mismas unidades inmobiliarias referidas en el encargo fiduciario.

Adicionalmente se encuentra probado que se suscribieron otrosíes para la modificación de la cláusula relativa a las condiciones de entrega material de los bienes el 27 de enero de 2013²⁴, 6 de noviembre de 2014²⁵, y 6 de diciembre de 2014²⁶. Además, que se suscribió acta de entrega material del apartamento 1001 el 9 de mayo de 2015²⁷, y que también fue entregado el 1201, según fue confesado por los demandantes en interrogatorio de parte.

También se encuentra probado que el 21 de enero de 2014 se suscribió contrato de cesión de derechos y obligaciones fiduciarias del 100% de la posición contractual en el Fideicomiso de recursos Lemmon, entre las sociedades Sector Urbano S.A.S. (hoy Proyekta S.A.S.) en calidad de cedente y Promotora Lemmon S.A.S. en calidad de cesionaria²⁸.

Se probó igualmente, que los demandantes cumplieron con sus obligaciones de pago de los valores a los que se comprometieron en sus

²³ Ver ruta carpeta 01PrimeraInstancia / Cuaderno1Principal / Archivos y
04Anexo2EncargodeVinculación1001MarthaVásquez

²⁴ Ibid. Archivo 05Anexo3EncargoDeVinculación1201MarthaVásquezYLeonardoCorrea

²⁵ Ibid. Archivo 06Anexo4Otrosí100127Enero2013

²⁶ Ibid. Archivo 07AnexoOtrosí12016Noviembre2014

²⁷ Ibid. Archivo 08Anexo6Otrosí10016Diciembre2014

²⁸ Ibid. Archivo 09Anexo7ActaEntrega10019Mayo2015

²⁸ Ibid. Archivo 58AnexosContestaciónProyekta pág. 10-12

calidades de beneficiarios de área, conforme los comprobantes de pago allegados, así como la confesión de la Fiduciaria en su contestación.

Se acreditó la constitución del reglamento de propiedad horizontal del Conjunto Residencial Lemmon I Etapa, mediante escritura pública 3248 del 25 de noviembre de 2015 de la Notaría Veintidós de Medellín²⁹ y; que en el año 2019 se suscribieron las escrituras públicas en las que se consolidó la transferencia de dominio de los bienes objeto del encargo fiduciario en cabeza de cada uno de los demandantes, lo que fue confesado por estos en sus interrogatorios de parte³⁰.

5.1 Incumplimiento de obligaciones por parte de las demandadas.

Los apelantes refutaron la decisión de primera instancia por incurrir en indebida interpretación y valoración de los incumplimientos de la parte demandada, pues según se adujo, la vinculación de los demandantes al Fideicomiso Recursos y Lote Lemmon Etapa I era un proyecto que constaba de dos torres con diversas zonas comunes, parqueaderos y zona comercial, entre otros; que sólo fue construida una de las torres y algunas áreas comunes son inexistentes, lo que constituye un incumplimiento que no fue considerado por el despacho. Asimismo, que existió mora en la entrega de los bienes adquiridos mediante dicha vinculación.

Al respecto se debe destacar que al momento de la formulación de la demanda los demandantes se limitaron a exponer como fundamentos fácticos de su pretensión de resolución: la suscripción de los contratos de vinculación, la identificación de los bienes, el cumplimiento de sus obligaciones en el contrato, las fechas establecidas para la entrega de los bienes y cuándo ocurrió aquella, así como los valores y razonamientos en los que fundamentaron sus reclamaciones de perjuicios.

Las únicas afirmaciones relativas a incumplimientos se encuentran en los hechos décimo segundo, al aseverar que *“La proporción correspondiente de las zonas comunes de la copropiedad, no han sido ni entregadas ni terminadas en su totalidad”*; décimo sexto, donde se precisó que se suscribieron las actas de entrega de los apartamentos pero que aquella *“no se reputa perfecta, toda vez que no se hizo entrega de la proporción correspondiente de las zonas comunes de la copropiedad, las cuales ni siquiera se encuentran terminadas en su totalidad”* y; décimo séptimo, en el que se aseveró que la beneficiaria *“incumplió su obligación de construir en debida forma el proyecto inmobiliario ... toda vez que algunas columnas de*

²⁹ Ibid. Archivos denominados como anexo 8 numerados del 10 al 17.

³⁰ Ibid. Carpeta *Audiovisuales Audiencia 372* / Archivo *01 Audiencia Inicial Parte 1* Min. 43:55 en adelante y 1:22:50 en adelante.

la edificación no cumplen con las normas de sismo resistencia, y otras requieren repotencialización (sic)”

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 82 del CGP, los demandantes tienen la carga inicial de afirmar *“los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados”*, para que sobre dichas proposiciones se pueda ejercer la facultad de contradicción, constituya objeto de prueba y se torne en tema de la sentencia.

Asimismo, el artículo 167 de la norma en cita, dispone como carga de la prueba que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

En relación con la carga de la prueba, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto que:

“Las reglas de distribución que gobiernan la materia comportan, entre otras, las siguientes trascendentales consecuencias: de una parte, la de determinar cuál de las partes de un litigio asume el riesgo que se deriva de la circunstancia de que un hecho medular no esté suficientemente probado en el proceso; y, de otra, la de fijar el sentido de la decisión que el juez deberá adoptar ante la anotada omisión, vale decir, que desde este punto de vista las normas concernientes con la distribución del “onus probandi” encarnan una verdadera regla de juicio en cuanto prefiguran la resolución judicial; por supuesto que aquél resolverá adversamente a quien teniendo la carga de probar ese hecho no la satisfizo. Desde esta perspectiva, la regla de distribución de la carga probatoria adquiere una especial dimensión en cuanto contribuye vigorosamente a la eficacia del proceso, habida cuenta que a pesar de las omisiones en materia demostrativa, éste concluirá inevitablemente en una sentencia, de modo que no queda espacio para la justicia privada.”³¹

Conforme lo expuesto, la Sala considera que contrario al razonamiento de los apelantes, la sentencia de primera instancia está llamada a ser confirmada, por las razones que pasan a exponerse.

En primer lugar, se encuentra una deficiencia en la formulación de los hechos fundamento de la pretensión de resolución pues, como se expuso, sólo se adujeron como incumplimientos que *“la proporción”* correspondiente de zonas comunes de la copropiedad no fue entregada ni

³¹ CSJ Sentencia SC 18 de enero de 2010, Rad. 2001-00137-01, citada en Sentencia SC4232-2021

terminada en su totalidad y que el proyecto no se construyó en debida forma por cuanto algunas de las columnas no cumplen con las normas de sismo resistencia o requieren repotenciación.

Sin embargo, en la demanda no se narró puntalmente cuáles zonas comunes se ofrecieron a los demandantes en concreto, cuál fue su desarrollo, ejecución, cambios, o finalmente, cuáles son las que consideran no terminadas o inexistentes y por qué razones.

Fuera de la etapa de afirmación fáctica contemplada para el momento de la formulación de la demanda, las demás etapas procesales no se encuentran diseñadas para que se incluyan hechos o afirmaciones que complementen el escrito genitor, por lo que lo expuesto en este sentido en los interrogatorios de parte, alegatos de conclusión o en la sustentación del recurso de apelación, no puede en forma alguna entrar a determinar la interpretación de la demanda o su valoración, en aras de obtener una sentencia favorable.

En este sentido, siendo la afirmación de los hechos una carga procesal de las partes para apoyar sus pretensiones o excepciones, ello no se cumplió, por lo que este asunto carece de elementos de convicción para determinar si existió un incumplimiento en la entrega de las zonas comunes; lo que inclusive conllevó a la errada interpretación de la juez de primera instancia en cuanto a que se reclamaba por "*la entrega*" de las zonas comunes, entendiéndose como tal la obligación contenida en el artículo 24 de la ley 675 de 2001, que derivó en la prosperidad de la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de los demandantes para reclamarla, en tanto la facultad legal para ello se encuentra en cabeza de la copropiedad como la norma lo dispone.

Para la Sala, lo que pretendían los demandantes era establecer que no se había construido en su totalidad el proyecto que les había sido ofrecido, incluidas las zonas comunes que se proyectaron en la torre 2 y las áreas que complementaban las zonas de acceso a la torre 1, como la cantidad de parqueaderos prometidos, respecto de los que eventualmente tendrían derecho a reclamar de cara al cumplimiento de la oferta del proyecto que les había sido realizada y que podría derivar en un incumplimiento atribuible a las demandadas, para sus intereses de resolución contractual. Pero como se explicó, nada de esto fue afirmado en la demanda, por lo que tampoco pudo ser objeto de contradicción por parte de los demandados, ni de prueba, lo que de contera descarta su análisis en la sentencia.

Ahora bien, en lo que a las deficiencias constructivas respecta, indicaron los demandantes que algunas de las columnas de la edificación no cumplen con las normas de sismo resistencia y otras de aquellas requieren o

requirieron una repotenciación. Aspectos que pretendieron probar con la aportación de algunas actas de la asamblea de copropietarios en las que se indica que les fue “*manifestado*” que existían 8 columnas que habían sido repotenciadas en el proceso constructivo, así como con el testimonio del arquitecto Carlos Rodrigo Palacio Ortiz, quien en su sentir tiene el suficiente conocimiento y experticia para dar cuenta de lo acusado.

Empero, lo cierto es que las deficiencias aducidas, tal como fue abordado por la *a quo*, no pueden ser acreditadas con actas o testimonios, por tratarse de asuntos técnicos especializados que requieren, a más de las manifestaciones de las deficiencias que se atribuyen y la debida confrontación con las normas técnicas de sismo resistencia existentes para la fecha de construcción, así como las memorias constructivas que den cuenta de ello, de una prueba idónea, tal como un dictamen pericial, que en palabras del testigo Carlos Rodrigo, debería ser uno muy profundo y de un costo muy alto, para determinar qué daños estructurales existen³², lo que nunca fue aportado.

Tampoco podría decirse que los informes periciales aportados con la demanda dan cuenta de los daños existentes en el proyecto que lleven a concluir la certeza del alegado incumplimiento de las demandadas, toda vez que aquellos se limitan a indicar el avalúo comercial de los bienes, la renta que pueden representar y algunos comparativos con el mercado.

Finalmente, en cuanto al reparo referido a la mora en la entrega de los apartamentos, la Sala considera que tampoco está llamado a ser declarado este incumplimiento, en tanto que al aseverarse en la demanda que la fecha inicialmente pactada fue modificada por diversos otrosíes, se da cuenta de la aquiescencia de los demandantes en la modificación de aquellas, independiente de los motivos que los hubieren impulsado a ello y; tampoco se establece la existencia de perjuicios derivados de esa entrega tardía de los bienes privados. Aunado a que los bienes fueron efectivamente entregados, y como se expuso, con la confesión de los demandantes quedó acreditado que en el curso del proceso se suscribieron las escrituras públicas de transferencia de dominio de aquellos, siendo actualmente los titulares tanto de los apartamentos, como de parqueaderos y cuartos útiles adquiridos.

5.2 De las obligaciones de la Fiduciaria.

En lo que hace alusión a las obligaciones de la Fiduciaria, la parte demandante atacó la sentencia por considerar que aquella no probó el cumplimiento de sus deberes como vocera, en tanto su actuar fue

³² Ibid. Carpeta *Audiovisuales Audiencia 373* / Archivo *01 Etapa Inicial* Min. 2:20:35 en adelante

negligente al no administrar en debida forma los bienes a su cargo y verificar el punto de equilibrio, entre otros y, aseveró que como profesional en su labor, era la demandada quien debía tener la carga de acreditar el cumplimiento de todas sus obligaciones, y no la parte demandante quien tuviera que enunciarlas en la demanda.

Como se indicó anteriormente, la carga inicial de los demandantes consiste en formular fácticamente la tesis que pretende demostrar en el proceso, precisando cuáles son los incumplimientos que considera de cada una de las demandadas, así como aportando o pidiendo las pruebas con las que pretenda probar lo afirmado.

En ese sentido, contrario a los razonamientos de la apelante, resulta claro que para que la entidad demandada tenga la obligación de probar el debido cumplimiento de sus obligaciones, es indispensable que se formulen cuestionamientos concretos en su contra, pues de lo contrario, se estaría en un escenario en el que la demandada entrara a precisar y probar un universo de aspectos sobre su labor, que ni siquiera son objeto de controversia dentro del proceso.

Se reitera que tales cuestionamientos deben ser objeto de afirmación desde el acto de la demanda, pues, de lo contrario, se vulneraría el derecho de defensa y contradicción que asiste a los demandados, en atención a que la clara determinación de las etapas procesales y las actuaciones permitidas a las partes en cada una de ellas limita su actuar e impide que ante controversias enunciadas con posterioridad se ejercite tal derecho.

6. SÍNTESIS Y CONCLUSIÓN.

En consonancia con las normas establecidas en el artículo 82 del CGP, los demandantes tienen la carga inicial de afirmar lo que se pretende, los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, pedir las pruebas que pretenden hacer valer y, en general, precisar todos los elementos necesarios para dar inicio al proceso, de tal manera que sobre dichas proposiciones se pueda ejercer la facultad de contradicción y se establezca el objeto del litigio, que lleve a la etapa probatoria adecuada y culmine con la sentencia; sin que sea posible en esta última, entrar a debatir temas que no se hayan propuesto en debida forma.

Para el éxito de la pretensión de resolución contractual que se debate, los demandantes tenían el deber de realizar los cuestionamientos concretos de cara a los incumplimientos endilgados a cada uno de los demandados, sin embargo, ello no se concretó debidamente en la demanda con el alcance que pretendieron darle en la apelación.

Tampoco se aportaron las pruebas aptas y suficientes que acreditaran las acusaciones sobre deficiencias constructivas o falta de entrega de zonas comunes, ni se solicitó una distribución de la carga probatoria que permitiera al juez de primera instancia abordar de una manera diferente la controversia, asumiendo entonces el riesgo que se deriva de que estos hechos no estuvieran suficientemente probados en el proceso.

En consecuencia, la Sala advierte la improsperidad de las pretensiones principales y frente a la subsidiaria, no se emitirá pronunciamiento alguno por no haber sido objeto de reparo. Lo anterior, impone la confirmación de la sentencia de primera instancia, por las razones indicadas en la presente providencia. Costas en contra del recurrente.

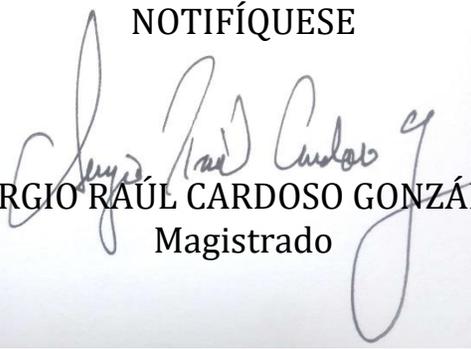
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

7. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 17 de agosto de 2021 emitida en primera instancia dentro del asunto de la referencia, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a los demandantes a favor de las demandadas. Como agencias en derecho se fija la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE



SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ
Magistrado



MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ
Magistrado



JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
Magistrado