



***DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN***  
***TRIBUNAL SUPERIOR. SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL***  
***MAGISTRADA PONENTE: PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA***

***"Al servicio de la justicia  
y de la paz social"***

**S - 035**

**Procedimiento:** Verbal

**Demandante:** Fajardo Moreno y Cía. S.A

**Demandados:** Carlos Mario Lacoutoure Correa

**Radicado Único Nacional:** 05001 31 03 016 2018 00021 01

**Procedencia:** Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Oralidad de Medellín

**Decisión:** Confirma sentencia apelada, por otras razones

Medellín, nueve (09) de marzo de dos mil veintidós (2022)

**Cuestión:** Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 13 de agosto de 2021 (notificada por estados del día 18 siguiente), por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Oralidad de Medellín.

**Temas:** cumplimiento tardío, cumplimiento tardío de la obligación, gravedad del incumplimiento.

**ANTECEDENTES**

Procedente del Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Oralidad de Medellín y por virtud de la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de agosto de 2021, ha llegado a esta Corporación el proceso promovido por la sociedad Fajardo Moreno y Cía. S.A en contra del

señor Carlos Mario Lacoutoure Correa, mediante el cual esa sociedad pretende lo siguiente:

**"PRIMERA:** *que se declare la existencia, validez y eficacia ... de los siguientes contratos llamados: convenio por obligación de hacer y de dar proyecto Atoshi y acuerdo de adquisición (convenio por obligación de dar) de fecha 16-11-2004 suscritos entre la sociedad Fajardo Moreno y CIA S.A ... y el señor Jorge Alberto García Gómez ... en calidad de inversionista y/o de inversionista optante y/o de fideicomitente posterior ... contratos cedidos al señor Carlos Mario Lacoutoure Correa.*

**SEGUNDA:** *que se declare que el señor Carlos Mario Lacoutoure Correa ... como cesionario-subrogatario, incumplió las obligaciones en ambos contratos ... consistentes éstas (sic) en: 1) firmar la escritura pública en la cual se transfiera el dominio sobre los inmuebles objeto del presente convenio; 2) reconocer a el promotor (sic) el valor del impuesto predial de los inmuebles que por medio de esta acta se entregan, entre el momento de la entrega y el momento en que se realice el descargue respectivo en las oficinas de catastro municipal; 3) pagar las cuotas de administración, en razón al régimen de propiedad horizontal de la copropiedad Atoshi; y 4) pagar el valor de las contribuciones de valoración decretadas a partir de la fecha.*

**TERCERA:** *que por consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare, para todos los fines legales anteriores, presentes y ulteriores, la resolución judicial por incumplimiento de los contratos suscritos, denominados: convenio por obligación de hacer y de dar proyecto Atoshi y acuerdo de adquisición (convenio por obligación de dar) de fecha 16-11-2004."(sic. fls. 220-221 pdf 02)*

Lo anterior, para que el demandado sea condenado a pagar los siguientes perjuicios:

- **Daño emergente:** \$100.954.289 por concepto de comisiones e IVA pagados a la sociedad Fiducolombia.

- **Lucro cesante:** \$310.000.000 más el valor de los arrendamientos que se causen hasta la fecha de restitución de los inmuebles.

Todo lo anterior, con fundamento en los hechos que a continuación se sintetizan:

Que la sociedad demandante se dedica al diseño, promoción, gerencia, venta y publicidad de proyectos inmobiliarios, por lo cual desarrolló la construcción del proyecto denominado Atoshi en el barrio El Poblado de Medellín, bajo el esquema de fiducia inmobiliaria que consta en la Escritura Pública número 1078 del 13 de julio de 2005 otorgada en la Notaría Tercera de Envigado.

Que el 16 de noviembre de 2004 al proyecto se vinculó el señor Jorge Alberto García Gómez a través de un "convenio por obligación de hacer y de dar proyecto Atoshi", en el cual el beneficiario se haría con la propiedad del apartamento 2102 del proyecto (180.60 mts 2) con sus dos parqueaderos y su cuarto útil, a cambio de \$367.029.985, los cuales debían pagarse en proporciones diferentes a diversas cuentas bancarias.

Que en esa misma fecha las partes suscribieron "un acuerdo de adquisición (convenio por obligación de dar)", mediante el cual el señor García Gómez se comprometió a entregar los recursos para la adquisición de la unidad de vivienda, amén de abrir una "fiducuenta" en Fiducolombia, suscribir una carta de instrucciones para establecer las condiciones de transferencia de los recursos entre la Fiducuenta y el patrimonio autónomo, entre otras obligaciones, que fue efectivamente suscrita por el "inversionista" el 22 de diciembre de 2004.

Que el plan de pagos a favor de la demandante a cargo del "inversionista" consistía en desembolsar \$238.569.490 en pagos mensuales exigibles entre noviembre de 2004 y mayo de 2006, como quiera que ya para el 13 de julio de 2005 entre la demandante y la señora Gilma Nora Arango Chica, propietaria del terreno donde se edificó el proyecto, se había celebrado el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos del proyecto Atoshi. Lo anterior, mediante Escritura Pública número 1078 del 13 de julio de 2005

otorgada en la Notaría Tercera de Envigado.

Que el 3 de abril de 2005 entre los señores Jorge Alberto García Gómez y Carlos Mario Lacouture Correa se celebró un contrato de "cesión de posición contractual en el contrato de fiducia mercantil denominado fideicomiso Atoshi" (fl. 210 pdf 1), con el fin de ceder todos los derechos fiduciarios equivalentes al 3.64% sobre el total que recaen sobre un apartamento, dos parqueaderos y un cuarto útil. De esa cesión fueron notificados la demandante y Fiducolombia el 3 de abril de 2006 (sic, hecho décimo primero), quienes la aceptaron el 30-03-2006 (sic, hecho décimo segundo), por lo que el nuevo contratante, el 5 de junio de 2006, firmó acta en la que se comprometió a pagar los \$238.569.490 por el valor de los inmuebles, y también firmó la solicitud de vinculación como persona natural a Fiducolombia

Que el 28 de abril de 2005 "las partes" suscribieron un "otrosi" (sic, en la demanda no se dice entre qué personas exactamente) para modificar el número de apartamentos a construir y el punto de equilibrio del proyecto, fijando entonces 54 apartamentos como límite constructivo y la venta efectiva de 41 como punto de equilibrio.

Que "tanto el propietario como el promotor, en calidad de fideicomitentes en el fideicomiso Atoshi" (fl. 210 pdf 1), cumplieron con todas las obligaciones a su cargo, como quiera que la Fiduciaria Bancolombia, en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo, mediante certificación del 4 de septiembre de 2013 informó que el promotor acreditó las condiciones suficientes para la entrega de los recursos el 18 de julio de 2005; ii) la Curaduría Urbana Primera de Medellín, mediante resolución número C1-1856-2004 del 24 de diciembre de 2004, expidió la licencia de construcción; iii) el 18 de mayo de 2007<sup>1</sup> el promotor hizo entrega material a título de "mero tenedor" al demandado del apartamento 1903, los parqueaderos 48 y 49 y el cuarto útil número 1.

Que el demandado cumplió con las obligaciones descritas en los numerales 1, 2, 4 y 6 de la cláusula segunda del "convenio por obligación de hacer y dar

---

<sup>1</sup> Aunque en la demanda incorrectamente se afirma que fue el 17 de mayo 2017.

proyecto Atoshi”, pero no ha cumplido con la obligación contenida en el numeral 5º consistente en firmar la escritura pública en la cual se transfiera el dominio sobre los inmuebles objeto del convenio, amén que desde el día de la entrega (según el hecho décimo sexto ocurrida el 17 de mayo de 2007) el demandado debía pagar los servicios públicos correspondientes a los bienes, el impuesto predial, las contribuciones de valorización y las cuotas de administración.

Que a la fecha de presentación de la demanda el demandado estaba en mora en el cumplimiento de las siguientes obligaciones: i) firmar la escritura pública para la “transferencia” del derecho de dominio; ii) reconocer y pagar al promotor el valor del impuesto predial entre el momento de la entrega de los bienes y el descargue efectivo en las oficinas de Catastro Municipal; iii) pagar las cuotas de administración de la copropiedad Atoshi; iv) pagar las contribuciones de valorización decretadas a partir del 17 de mayo de 2007.

Que el 5 de noviembre de 2009 la demandante envió a la Notaría 11 de Medellín el respectivo escrito para la desafectación de los bienes ya descritos, pero el demandado no se presentó a firmar la respectiva escritura pública, lo cual omitió también el 22 de junio de 2011, 4 de diciembre de 2012, 22 de julio y 28 de octubre de 2013 cuando fue requerido por la Fiduciaria Bancolombia S.A y la promotora para que concurriera a la firma del instrumento público. Incluso, en la última fecha compareció ante el Notario 26 de Medellín el señor Pablo Esteban Ruiz Machado, representante legal de la promotora, pero el demandado no se presentó y de ello da cuenta una “declaración extraproceso” aportada con la demanda.

Que desde la fecha en que los bienes fueron entregados al demandado, este no ha pagado impuesto predial, cuotas de administración y derrames por valorización. Además, el demandado se ha beneficiado de los bienes en suma superior a \$310.000.000, resultante de aplicar “la ley 820 de 2003” para fijar un canon mensual de \$2.385.694,90. Esa suma, entonces, constituye **lucro cesante** para la actora.

Que por **daño emergente** también se han causado perjuicios a la

demandante a razón de \$74.033.346 por concepto de impuesto predial causado entre el segundo trimestre de 2007 y el 4º trimestre de 2017; \$10.025.283 por valorización; \$100.954.289 intereses y comisiones pagadas a Fiducolombia porque no se ha podido liquidar el fideicomiso; 60.596.650 por concepto de la compensación pactada en caso de incumplimiento, que asciende al 30% del valor inicial del negocio.

## **RÉPLICA**

Admitido el libelo mediante auto del 22 de marzo de 2018 (fl. 274 pdf 02), y notificado en debida forma el demandado, a través de apoderado judicial, procedió a contestar de la siguiente manera (fls. 43 y siguientes pdf 03):

Aceptó la existencia de los contratos descritos en la demanda, pero aclaró que el fideicomiso Atoshi apenas fue creado el 13 de julio de 2005 mediante escritura pública número 1078 protocolizada en la Notaría Tercera de Envigado. Además, aclaró que el "convenio por obligación de hacer y dar proyecto Atoshi" ni siquiera fue enviado a Fiducolombia y *"no parece que fuera un documento real ... da la apariencia de tener hojas medidas"*, porque es discordante y sus últimas dos hojas tienen una *"hilación diferente"* (sic contestación a hecho segundo).

Por otro lado, precisó que llegó al proyecto a través de la "sala de ventas" porque ya tenía decidido comprar un apartamento allí, pero los asesores "le vendieron la idea" de que era mejor comprar el apartamento en otrora separado por el señor Jorge Alberto García Gómez, en el marco de un negocio en que todavía no existía siquiera patrimonio autónomo o lote para construir, mucho menos fechas claras de entrega o firma de escrituras públicas.

Además, indicó haber firmado un plan de pagos diferente al aportado con la demanda en el que no se detallaron intereses y penalidades, por lo que las deudas del contratante original son estrictamente personales y es a él a quien deben cobrarse, mas con respecto al cumplimiento por parte de la demandante manifestó que era "inicialmente cierto", porque la certificación de Fiduciaria Bancolombia tiene fecha del 4 de septiembre de 2013 y está

dando fe del cumplimiento de obligaciones propias del convenio firmado para el proyecto Atoshi, pero únicamente válida que para el 18 de julio de 2005 estaban reunidas las condiciones para desembolsar los recursos, amén que aceptó la entrega real de los bienes afirmándose poseedor y no mero tenedor desde que los recibió el 17 de mayo de 2007.

Así las cosas, aseguró que *"se cumplió totalmente con las obligaciones contraídas y estando pendiente únicamente la escrituración, se desprende entonces que se trata de un mero formalismo, si miramos el acta de entrega proyecto Atoshi de mayo del 17 de mayo del 2007, de parte de mi patrocinado todo se cumplió, y de parte del promotor se entregó (sic) un apartamento que en el registro de matrícula inmobiliaria 001-945259 ... figuró hasta el 2012 con un área inferior a la pactada en todas las partes del negocio. Aparecían 169.34 metros cuadrados, cuando en todas las partes del negocio y de la entrega se hablaba de un área de 180.6 metros cuadrados"* (sic, fl. 48 pdf 03).

Sobre el punto ahondó diciendo que los inmuebles fueron recibidos sin conformidad, en la medida que faltaban varias obras y detalles prometidos, los parqueaderos "a duras penas" cumplen con el mínimo y difieren de lo ofrecido, amén que el cuarto útil se entregó en el sótano 3 y no en el 2. Por ello, después de manifestar su desacuerdo, apenas dos años después de recibidos los bienes le fue enviada la minuta para que concurriera a firmar la escritura pública, momento en el cual puso nuevamente de presente la discrepancia que existía con respecto al área real del apartamento consignada en la matrícula inmobiliaria, lo cual se solucionó apenas en el año 2012.

En lo vinculado con las demás obligaciones supuestamente incumplidas, aseguró que en el convenio original no se pactó ninguna de ellas y en particular no se determinó una fecha para firmar las escrituras., es decir, la de la firma es una obligación "inexistente". Además, adujo, los servicios públicos, el impuesto predial, el derrame por valorización y las cuotas de administración fueron totalmente pagadas, al punto que cuando contestó la demanda contaba con paz y salvo de todas esas cuentas.

Reiteró, regresando al tema vinculado con la firma de la escritura, que apenas el 5 de noviembre de 2009 recibió la comunicación para esos efectos, pero en varios correos previos había solicitado la corrección del área del apartamento en los documentos de registro, sin ocurrir lo cual no le parecía "probable" (sic fl. 50 pdf 03) aceptar una escritura con ese error. Lo que ocurrió con las demás comunicaciones fue que el demandado no residía en la ciudad y tampoco se le remitía la información completa sobre el lugar y hora de la firma.

En adición, al momento de la entrega le hicieron firmar un pagaré en blanco lo cual aceptó bajo "engaño" de que le iban a pagar una indemnización por la demora en la entrega, pero después la actora se lo hizo efectivo por \$40.000.000 no contentos con lo cual también le "*consiguieron un inquilino que solamente ocupó el apartamento por espacio de seis meses*" (fl. 50 pdf 03) y, en todo caso, cuando se superaron las numerosas diferencias ya el demandado se encontraba insolvente para conseguir el paz y salvo predial necesario para suscribir la escritura pública el 24 de octubre de 2012, pero aclaró que no era el único contratante en esa situación porque en el informe de Fiducolombia figuran otros cuatro inmuebles en las mismas condiciones, a causa de que existieron incumplimientos mutuos y nunca se suscribió un contrato de promesa que fijara las condiciones particulares del negocio proyectado.

De modo que a la demandante no se le ha causado perjuicio alguno porque las sumas que ahora cobra nunca fueron detalladas en comunicación alguna, al punto que el demandado cuenta con un paz y salvo firmado en octubre de 2009 por María Victoria Londoño, jefe de cartera de la demandante. Además, insistió en que él ha sido el que ha pagado todas las contribuciones ordinarias y extraordinarias que corresponden a todo propietario inmobiliario, por lo que cobrarle conceptos como los de un posible arrendamiento resulta irrazonable.

Así las cosas, se opuso la prosperidad de las pretensiones proponiendo las que llamó "excepciones" de "mala fe y temeridad", "cobro de lo no debido" y "enriquecimiento sin causa".

## SENTENCIA IMPUGNADA

Trabada entonces la relación procesal, se dictó sentencia escrita en la que se resolvió lo siguiente:

*"PRIMERO: Declarar probada oficiosamente la excepción de falta de capacidad jurídica para demandar en la persona de la demandante sociedad Fajardo Moreno y Cía S.A. S en liquidación.*

*SEGUNDO: Como efecto de lo anterior, se absuelve al señor Carlos Mario Lacouture Corres, de todas las pretensiones que en su contra formulara la parte demandante.*

*TERCERO: Se condena a la parte actora, a pagar en favor del demandado, las costas procesales que se hayan causado en el trámite del proceso."*(pdf 24)

Para decidir de la manera como lo hizo, el *a-quo* partió realizando un recuento de los hechos de la demanda y su contestación, para luego afirmar que se encontraban reunidos los presupuestos procesales. Dicho lo anterior, trajo a estudio lo que llamó "argumentos" en los que consideró que lo buscado por la parte demandante es el *"reconocimiento de la existencia y validez de dos contratos denominados Convenio por obligación de hacer y de dar Proyecto Atoschi (sic), y Acuerdo de adquisición (Convenio por obligación de dar)"*(sic), por lo cual *"la base o el fundamento de la demanda lo constituye el hecho central o fundamental de la celebración de los mencionados contratos, estando configurado el objeto del proceso, por las pretensiones que con base en los narrados hechos formula la parte demandante en contra de su demandado, cual es la resolución del precitado contrato"*.

Pasó a realizar algunas consideraciones sobre la congruencia y se planteó como problema jurídico el consistente en resolver *"si asiste razón a la demandante, cuando señala cumplimiento por parte suya e incumplimiento por parte del demandado. Por ello, inicialmente se debe acudir las normas que reglamentan las obligaciones y los contratos"*. Para resolverlo, realizó

algunas consideraciones sobre lo preceptuado en los artículos 1494, 1495, 1502, 1517, 1602 y 1603 del Código Civil para explicar que las obligaciones nacen ya del concurso de voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones, ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, amén que

*"el artículo 1495 ídem, enseña que el contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa; y a su vez, el artículo 1502 de la misma codificación señala entre otros requisitos, para que una persona pueda obligarse que manifieste su consentimiento; y por último, el artículo 1517, enseña que toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer.*

*Ahora, según el artículo 1602 ibidem, enseña que los contratos una vez celebrados, se convierten en ley para las partes; y por ello, con el artículo 1603, deben ejecutarse de buena fé" (sic)*

A renglón seguido, aseguró que las partes deben actuar con la suficiente "seriedad" como para que se entienda su intención de ejecutar el acuerdo, pues así lo preceptúan los artículos 1502 y 1517 del Código Civil. De ello se sirvió para entrar en el análisis de "lo demostrado", tarea en la cual comenzó argumentando que los dos contratos objeto de las pretensiones son válidos y eficaces, al paso que vinculan también al demandado *"en virtud del contrato de cesión que respecto de las obligaciones y derechos contenidas en las mismas, celebrara con el señor Jorge Alberto García Gómez; pues, aparte que se cuenta con documento privado, allegado en copia, de dicho contrato de cesión, así documento por medio del cual, ambos contratantes anuncian dicho negocio a Fiducolombia; cuando se responde la demanda, el accionado, sin tachar dichos instrumentos acepta de manea expresa su condición y posición frente a los mencionados convenios."* (sic fl. 12 pdf 24)

Por tanto, superada la existencia y validez de los contratos, estimó que existía "piso" para entrar a resolver sobre la pretensión resolutoria, en lo cual resaltó que al demandado se le acusa de incumplimiento *"en las obligaciones de*

*firmar escritura pública por medio de la cual se transfiere el derecho de dominio de los inmuebles a que se refieren los mismo; reconocer al promotor el valor del impuesto predial de los mismos edificios, pagar las cuotas de administración causadas por el régimen de propiedad horizontal y pagar el valor de las contribuciones de valorización decretas a partir del momento de la entrega de los mismos".* De esas obligaciones da fe, dijo, el "convenio por obligaciones de hacer y de dar Proyecto Atoshi", pues allí se regula la transferencia de los bienes a título de beneficio del inversionista, pero no se precisa de manera clara el procedimiento, forma, fecha o sitio donde debía tener lugar la firma del instrumento.

Luego, *"se dejó el cumplimiento de dicha obligación a la potestad de las personas que en el futuro debían suscribir la correspondiente escritura por medio de la cual se transfiere el dominio; lo que en tales términos nos lleva a concluir que en esos términos ninguno de los contratantes está de mora de suscribir dicho instrumento"* (sic. fl. 13 pdf 24). A lo anterior debe sumarse que según las voces del artículo 1546 del Código Civil, la resolución está reservada al contratante cumplido o que se haya *"mostrado dispuesto a cumplir."*

En ese punto citó la sentencia de Casación Civil del 1º de diciembre de 1993 para explicar que sólo el contratante cumplido puede reclamar la resolución, pero en este caso la demandante no tuvo en cuenta

*"los reclamaos (sic) que constantemente dicha persona le ha manifestado en relación con el área del apartamento que le fue prometido en transferencia, y que según el demandado, y los mismos documentos que obran en el proceso, figura con menor área, y que, la demandante, mostrando argumentos débiles frente a las normas legales, se ha negado a solucionar, sin tener en cuenta que existen reglas que para algunas licencias requieren señalar el área total construida, como ocurre con el Decreto 1469 de 2010; pero que también se requiere su distinción para efectos de señalar en los reglamentos de propiedad horizontal el coeficiente de copropiedad; solución que solo se ha logrado, al parecer, hasta el año 2018, lo que*

*se deduce de certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, respecto de la matricula del apartamento, y que obra en el plenario.”*

De suerte que “por uno u otro motivo” las partes no se han puesto de acuerdo para la firma de la escritura pública, *“lo que nos lleva a concluir que ambos han incumplido con dicho trámite; el demandado por no comparecer a una notaría con tales fines; y la demandante, dando instrucciones a la fiduciaria para que cumpliera con tal acto”* (sic. fl. 15 C 24). Por tanto, no podía predicarse un incumplimiento de la obligación de hacer y mucho menos de las restantes mencionadas en la demanda, como quiera que para la fecha de su contestación el demandado aportó los documentos que dan cuenta de estar a paz y salvo por concepto de servicios públicos, cuotas de administración, impuesto predial y valorización.

Concluyó entonces el señor Juez que

*“(N)ó demostró la sociedad demandante su legitimidad para demandar la resolución de los convenios que son objeto de las pretensiones, pues no muestra que haya cumplido o estar dispuesta a cumplir las obligaciones plasmadas en los susodichos convenios, y al contrario queda claro que como el accionado, incurrió igualmente desconocimiento de sus deberes de cumplir con las transferencia de los mencionados derechos; todo ello con base en incumplimiento además, de supuestas obligaciones a cargo del demandado.*

*En esos términos queda claro entonces que las pretensiones de la actora están destinadas a fracasar, por lo que así se declarará, procediendo como efecto de ello a absolver al demandado de todas aquellos pedimentos solicitados en su contra. (sic)”* (fl. 16 pdf 24)

## **IMPUGNACIÓN**

### **REPAROS CONCRETOS DE LA PARTE DEMANDANTE, (dentro de los tres días siguientes)**

Inconforme con la decisión, la parte demandante se alzó en su contra, alegando como reparos concretos los que de la siguiente manera pueden compendiarse, en tanto que la parte ni los enlista u organiza y simplemente se orientan a atacar la decisión del Juez mediante la cual no acogió la pretensión resolutoria.

Comenzó la apelante citando el texto de cada uno de los contratos objeto de resolución, para alegar que

*"(S)e demostró en el proceso que en efecto, la obligación señalada en el numeral 5) consistente en "Firmar la escritura publica en la cual se transfieran inmuebles objeto del presente convenio" **(sin decir a cuál de los dos contratos se refería)**, hecho que le fuera comunicado en tiempo oportuno y de mil formas y por N.N. veces, sin que el Demandado compareciera a suscribirla, aduciendo primero, que el inmueble no tenía el área citada, hecho que no era cierto, pues en propiedad horizontal, el área incluye espacios de columnas, buitrones, área sin construir, etc., y luego, argumentando que le habían entregado fuera de fecha lo que no era cierto, no fue cumplida por el accionado."*  
(negrillas fuera del texto original)

De hecho, adujo, los folios de matrícula inmobiliaria y el reglamento de propiedad horizontal permiten concluir que el área a escriturar "era y es" la misma ofrecida en los contratos suscritos, pero por el demandado fue requerido por más de 6 años para la firma de la escritura pública y ello no fue posible. Luego, existió un incumplimiento al margen del nombre que se le otorgue a los contratos porque

*"(H)uelga decir que los contratos firmados no son, ni serán, ni podrán ser asimilados como una promesa de compra venta, que sí exige determinar el objeto, el precio, la forma de pago, la fecha cierta, clara y precisa y el lugar de cumplimiento del contrato y la fecha cierta de entrega de entrega del inmueble, como si lo exige la ley como requisito formal y de existencia válida de aquéllos contratos (de promesa). Por tanto, el argumento de la defensa pasiva y del a-quo al decir que no*

*estaba determinada la fecha de cumplimiento de ambos contratos, es argumento de cubilete, pues la propia ley civil, en su art. 1551, establece que "El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo" (escrito reparos)*

En consecuencia, no puede afirmarse que el plazo fuera indeterminado y mucho menos cuando extenderse en el tiempo podía traer perjuicios a ambas partes, mismos que se podían evitar con la simple suscripción del instrumento público, para cuya obligatoriedad no podía el demandado alegar una diferencia de áreas inexistentes, tanto como que *"recibir físicamente los inmuebles – como lo reconoce-- y estar en el uso y goce de los inmuebles, asumiendo el cargo de las cuotas de administración ordinarias y extraordinarias, el pago de los impuestos prediales y de valorización y el pago de los servicios públicos y asumiendo el mantenimiento de los inmuebles, es muestra que el Demandado, desde lo anímico, emocional y psicológico, entendía que el inmueble sí tenía el área que citaban los contratos, no otra menor" (sic. escrito reparos)*

En conclusión

*"(N)o tiene ningún sentido el fallo cuando afirma que existió mutuo incumplimiento de las obligaciones, pues, se reitera, la parte por activa cumplió en un todo. Demostró que ofreció e hizo la entrega material anticipada, que ofreció por decena de veces la escritura, que el demandado se sustrato sin justa causa a firmarla. Demostró que sufrió perjuicios derivados del incumplimiento de los dos contratos por el Demandado consistentes estos en el cumula de comisiones fiduciarias que tiene causadas y a su cargo por culpa imputable al Demandado. Acreditó que la parte Demandada no cumplió con la obligación principal como parte contratante y como Beneficiario de Área, o solo Beneficiario de los derechos en ambos contratos, que no era otra cosa que recibir el inmueble y suscribir la escritura.*

*Por ser una acción contractual, las exigencias legales y jurisprudenciales*

*era y es que se acreditara su existencia material, el cumplimiento por la parte accionante y el retardo, mora o incumplimiento imperfecto o total de las obligaciones derivadas de ambos contratos por el accionado.*

*Y esto ultimo se demostró con creces. El solo hecho que el accionado aceptara recibir la escritura de Bancolombia S.A., solo durante el curso del proceso, sin que exista ninguna novedad registral nueva en el folio inmobiliaria en cada una unidad privada transferida, y a cambio de pagar la suma ofrecida por él al Banco, no a titulo de precio o de aportes, sino a titulos de pago parcial de la comisión cargada al Fideicomiso Atoshi, configura la certeza de la afirmación de la accionante en el sentido que sí hubo incumplimiento objetivo y atribuible al Demandado, de ambos contratos.”(sic escrito reparos)*

## **DE LA SUSTENTACIÓN EN ESTA INSTANCIA (DECRETO 806 DE 2020)**

El recurso de apelación fue admitido mediante auto fechado el 19 de noviembre de 2021. El 24 de noviembre siguiente la parte apelante allegó en término vía correo electrónico el memorial de sustentación, con el cual acompañó constancia de haber agotado el trámite previsto en el parágrafo del artículo 9º del decreto 806 de 2020.

En el mentado memorial, básicamente, reiteró los argumentos que utilizó para introducir los reparos concretos dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia de primer grado.

**La parte no apelante guardó silencio.**

## **PROBLEMAS JURÍDICOS**

De acuerdo con lo decidido y argumentado por el juzgador de Primer Grado y los reproches de la apelante, en los siguientes términos puede plantearse el problema jurídico que debe abordar la Sala en esta ocasión:

¿En realidad están reunidos los presupuestos axiológicos de la pretensión

resolutoria, como lo sostiene la apelante? o, por el contrario ¿debe negarse la pretensión por no estar reunidos esos presupuestos?

Agotado el trámite correspondiente al recurso se entra a resolver y en orden a ello se realizan las siguientes,

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Del incumplimiento contractual, el cumplimiento tardío, su gravedad y el decaimiento de la pretensión resolutoria.**

Cuando en un acuerdo de voluntades generador de efectos jurídicos alguna de las partes deshonra su compromiso, esa situación de suyo produce consecuencias negativas en la relación negocial habilitando al contratante cumplido a ejercer los remedios que la ley contempla en aquellos casos.

Esa pluralidad de remedios se explica justamente en la multiplicidad de intereses que produce la desatención contractual; cuanto más son los intereses que genera el contrato, son en igual medida los remedios que el contratante cumplido válidamente puede poner en marcha. Desde luego que su interés principal es el cumplimiento de la obligación céntrica, no de otra manera se explica la celebración de ese acto jurídico y los efectos que frente a ellos irradia, pero hay otros casos, en realidad no pocos, en los que ese incumplimiento hace perder todo interés de seguir atado a ese vínculo contractual. Si la desatención de un contrato únicamente habilitara su cumplimiento forzado o *in natura*, el otro contratante ciertamente nunca podría aspirar a restarle sus efectos por vía de la resolución o, al menos, a la indemnización de perjuicios propiamente dicha.

He allí entonces de forma prístina la fuente de la condición resolutoria tácita, la cual a términos del artículo 1546 del Código Civil, es la que tiene el contratante que cumplió o se allanó a satisfacer las obligaciones para demandar el rompimiento del vínculo cuando el otro, dentro del plazo previsto, no acató las que tenía a su cargo; mecanismo legal este que trae como inexorable consecuencia, de acaecer esa ruptura contractual, la

consistente en que las cosas necesariamente deben volver a su estado precontractual.

De acuerdo con el anterior panorama, para que la resolución del contrato se abra paso, es preciso que el demandante acredite: i) la existencia de un contrato válido que sea fuente de la obligación; ii) que cumplió con las obligaciones que le imponía la convención, o al menos, se allanó a cumplirlas en la forma y tiempo debido y; iii) la afirmación de que el deudor incumplió con las obligaciones a su cargo.

Ahora, modernos entendimientos jurisprudenciales han servido para precisar que no todo incumplimiento da lugar a la resolución del contrato, pues es sabido que ese remedio del acreedor se abre paso por desatención absoluta del programa obligacional, su cumplimiento defectuoso o tardío. Lo anterior es así

*"toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato.*

*En el contexto que se ha precisado anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que en esta materia resulta pertinente distinguir, entonces, si la obligación insatisfecha es una obligación principal o simplemente accesoria, o también si el incumplimiento es definitivo o apenas parcial o transitorio, y, en todo caso, analizar la trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento<sup>2</sup>, determinadas tales circunstancias, entre otros criterios, por lo que las*

---

<sup>2</sup> El artículo 1455 del Código Civil italiano establece que "[e]l contrato no puede resolverse si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra". En sentido semejante el canon 325 del Código Civil alemán. Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Tomo III, De las obligaciones. Págs. 178 y 179. Larroumet, Christian. Teoría General del Contrato. Volumen II. Pág. 153. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1999. En el mismo sentido para el derecho español, Díez Picazo, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo II. Pág. 710. Editorial Civitas. Madrid, 1996.

*partes hayan convenido, por la afectación que se haya presentado en el interés del acreedor en el mantenimiento de la relación, por la frustración del fin práctico perseguido con el contrato –en la que se incluye la inobservancia de un término esencial-, o, en fin, por el impacto que se haya podido generar en la economía del contrato.”<sup>3</sup>*

La jurisprudencia, de hecho, no ha sido ajena al fenómeno de la gravedad del incumplimiento en tanto no ha pasado por alto que

*"[e]n rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado de asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra" (...). Y en esa misma providencia se señaló que la gravedad del incumplimiento debe ser analizada de manera específica según el asunto particular objeto de estudio, para lo cual "[s]e impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagar lo que el deudor mantuvo siempre; la aceptación del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de interés por esa mora que él consintió, etc.”<sup>4</sup>*

Por razones como las explicadas, no se desconoce que el cumplimiento tardío tiene efectos resolutivos, por lo menos en principio, *"particularmente cuando el plazo pactado –y desatendido- se pueda considerar esencial, esto es, en aquellos casos en los que la ejecución de la prestación con posterioridad a una cierta oportunidad sea ya inútil al acreedor en cuanto que su interés en el derecho de crédito ha sido definitivamente lesionado, o cuando el incumplimiento genera una frustración del fin práctico perseguido por las*

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. *Sentencia del 18 de diciembre de 2009*. Rad. 41001-3103-004-1996-09616-01. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

<sup>4</sup> Sentencia *ibíd*, citando además G.J., CLXXVI, p. 247.

*partes en el negocio, o, por último, cuando se pueda observar un razonable interés en la resolución del contrato*<sup>5</sup>. De ese razonamiento se valió la Corte para casar la sentencia del Tribunal y posteriormente revocar la sentencia de primera instancia que acogió la pretensión resolutive, dado que en el caso se evidenció que la base de la resolución consistía en que una sociedad había desatendido el compromiso de pagar una suma de dinero que otra sociedad, la demandante, debía a una persona natural. Agregó la Corte que

*"(S)e ha indicado que de los medios de prueba arrimados al expediente se desprende que la mencionada demandada, debiendo cancelar la citada obligación inmediatamente –por no haberse pactado expresamente un plazo y ser, por ende, una obligación pura y simple-, a más tardar, el día 18 de marzo siguiente –fecha de vencimiento de los títulos valores que incorporaban dicho crédito, según ya se ha señalado-, terminó atendiéndola el día 14 de abril de 1987 –un mes después-, fecha en la cual el beneficiario de los instrumentos que incorporaban la mencionada cantidad de dinero los endosó sin responsabilidad cambiaria a favor de quien le pagó las sumas adeudadas –la sociedad XXXX y su representante legal-, documentos éstos que, además, según afirma la propia demandante, fueron cancelados –formalmente, se entiende- el día 29 de enero de 1988."*<sup>6</sup>

Ahora bien, para el caso también fue importante el hecho de que la demanda se presentó más de 9 años después de ocurrido el cumplimiento tardío, lo que aunado al efectivo pago de la suma adeudada llevaron a la Sala Civil

*"a concluir que la pretensión de resolución del negocio jurídico, radicada en el incumplimiento de la precitada obligación dineraria –claramente inexistente en virtud de su pago cuando se inició el proceso varios años después- no tiene, en realidad, un fundamento atendible o plausible, pues, según ya se reseñó, para el cumplimiento de ese específico compromiso económico no se estipuló un plazo que se pueda considerar esencial, y no se advierte, ciertamente, que la citada tardanza hubiera*

---

<sup>5</sup> *Ibíd.*

<sup>6</sup> *Ibíd.*

*desquiciado seriamente la economía del negocio celebrado o alterado el fin perseguido por las partes, como quiera que la propia sociedad vendedora –presunta afectada con ese comportamiento- continuó recaudando con posterioridad los pagos estipulados en su favor.”<sup>7</sup>*

Posteriormente, en la relevante sentencia del 20 de abril de 2018 que sirvió para rectificar la doctrina jurisprudencial, la Corte precisó que en los eventos de cumplimiento tardío de la obligación, en especial cuando la obligación inicialmente insoluta es la consistente en firmar la escritura pública en el marco de los negocios inmobiliarios, el simple acatamiento tardío de esa obligación de hacer no lleva indefectiblemente a la resolución. En el caso particular se consideró que

*“se alcanzó la satisfacción de la tradición y la entrega del predio libre de gravámenes, aunque derivara de la intervención de los demandantes y después de dos años de tardanza de los accionados, razón para desvirtuar la resolución pedida, habida cuenta que deja al descubierto la carencia de interés resolutorio de los promotores para la fecha en que incoaron la presente acción, ante la ejecución del contrato con su beneplácito, al margen de que fuera extemporánea”*

En consecuencia, *“desapareció la facultad para reclamar la resolución que yacía en los accionantes, como contratantes cumplidos, porque con su consentimiento fue ejecutada la prestación que añoraban, aunque de manera tardía”*. Esa mutación, esto es, poseer potestad resolutoria con base en el incumplimiento de la contraparte y luego resultar desprovisto de ella, *“deriva del consentimiento que expresaron para que fuera acatada la promesa de permuta de forma atrasada, al punto que actuaron activamente para alcanzar este resultado.”* Por ende, concluyó la Corporación, *“la resolución deprecada en la primera pretensión del libelo genitor del litigio era inviable, puesto que la infracción en que incurrieron los demandados fue subsanada con posterioridad y con el consentimiento de los reclamantes, mas no porque hubiera existido incumplimiento mutuo como desacertadamente lo consideró*

---

<sup>7</sup> *Ibíd*em

*el juez ad-quem”.*<sup>8</sup>

## **2. De la carga de la prueba**

Por regla general es al demandante a quien compete probar cada uno de los elementos atrás analizados, habida cuenta que así lo impone la regla de juzgamiento prevista por el artículo 167 del C.G.P, pues si bien por virtud del principio de comunidad de la prueba, esta se adquiere para el proceso, pudiendo entonces beneficiar o perjudicar a cualquiera de las partes, va ínsito allí que es la parte que no cumplió la respectiva carga quien debe soportar las consecuencias adversas de que la respectiva prueba no llegue al plenario. Sobre el particular viene al caso el siguiente pasaje doctrinal:

*"no se trata de fijar quien debe llevar la prueba, sino quien asume el riesgo de que falte. (...) la carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba ser necesariamente quien presente o solicite la prueba del hecho que constituye su objeto, porque en virtud del principio de la comunidad de la prueba, ésta surte todos sus efectos quienquiera que la haya suministrado o pedido, e inclusive si proviene de actividad oficiosa del juez. Por consiguiente, si el adversario o el juez llevan la prueba del hecho, queda satisfecha a cabalidad la carga, exactamente como si la parte gravada con ella la hubiera suministrado. Al juez le basta para decidir en el fondo, sin recurrir a la regla de juicio contenida en la carga de la prueba, que en el proceso aparezca la prueba suficiente para su convicción, no importa de quién provenga. En consecuencia, no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba o que a ella le corresponde llevarla; es mejor decir que a esa parte le corresponde el interés en que tal hecho resulte probado o en evitar que se quede sin prueba y, por consiguiente, el riesgo de que falte”.*<sup>9</sup>

## **CASO CONCRETO TODOS LOS REPAROS**

<sup>8</sup> Citas hasta aquí de Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. *Sentencia del 20 de abril de 2018*. Rad. 11001-31-03-025-2004-00602-01. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

<sup>9</sup> Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, pág. 484.

Todos los embates deben ser resueltos de manera conjunta porque, en primer término, no fueron formulados con orden alguno y al unísono se orientan a rebatir la conclusión del Juez *a-quo*, según la cual las pretensiones estaban llamadas al fracaso por "incumplimiento mutuo de las partes" y lo que terminó llamando "*falta de capacidad jurídica para demandar en la persona de la demandante sociedad Fajardo Moreno y Cía S.A. S en liquidación*". También, la Sala nota que la apelación propone una especie de examen panorámico de la sentencia recurrida, puesto que la inconformidad finalmente consiste en que las pretensiones a juicio de la demandante deben prosperar bajo los mismos argumentos expuestos en el libelo introductor. Además, tampoco se puede desconocer que la sentencia de primer grado aborda las cuestiones ventiladas apenas de manera superficial, cimentándose así sobre base argumentativa o toral realmente deficiente, y en ese orden una apelación como la presentada es apenas esperada.

Ahora, la sociedad recurrente insiste en que el demandado incumplió los contratos llamados "convenio por obligación de hacer y de dar proyecto Atoshi" y "acuerdo de adquisición (convenio por obligación de dar) de fecha 16-11-2004 suscritos entre la sociedad Fajardo Moreno y CIA S.A y Jorge Alberto García Gómez, de quien el demandado es cesionario. Particularmente, desde la demanda dijo que el incumplimiento radicaba en que el demandado no se había ajustado al programa obligacional en los siguientes deberes contractuales (hecho vigésimo sexto): 1) firmar la escritura pública en la cual se transfiera el dominio sobre los inmuebles objeto del presente convenio; 2) reconocer a la demandante el valor del impuesto predial de los inmuebles que por medio de esta acta se entregan, entre el momento de la entrega y el momento en que se realice el descargue respectivo en las oficinas de catastro municipal; 3) pagar las cuotas de administración, en razón al régimen de propiedad horizontal de la copropiedad Atoshi; y 4) pagar el valor de las contribuciones de valoración decretadas a partir de la fecha.

En cambio, en la apelación ya se varía la versión para afirmar que en efecto el demandado siempre ha pagado las sumas de que tratan los numerales 2,3 y 4. Nótese que en el escrito de sustentación se dice textualmente que

*"recibir físicamente los inmuebles – como lo reconoce-- y estar en el uso y goce de los inmuebles, asumiendo el cargo de las cuotas de administración ordinarias y extraordinarias, el pago de los impuestos prediales y de valorización y el pago de los servicios públicos y asumiendo el mantenimiento de los inmuebles, es muestra que el Demandado, desde lo anímico, emocional y psicológico, entendía que el inmueble sí tenía el área que citaban los contratos, no otra menor"* (sic. escrito reparos)

Luego, lo que en la demanda era un cargo concreto para fundar la pretensión resolutoria, obviamente sobre la base del supuesto incumplimiento del demandado en cuanto al pago de esos conceptos, ahora por vía de apelación, ante la prueba de que todos ellos han sido pagados por el demandado, se convierte en un argumento para que la sentencia sea revocada por supuestamente dar cuenta de una "conformidad psicológica del demandado", con respecto al inmueble objeto del negocio y el cumplimiento por parte de la sociedad demandante. Esa situación da cuenta de un desajuste entre la verdad probatoria y las afirmaciones de la demanda.

Es más, con la contestación a la demanda se aportó el certificado de paz y salvo por concepto de valorización fechado el 12 de octubre de 2017 (fl. 37 pdf 03) con respecto a los inmuebles con M.I números 001-945259, 001-945369, 001-945370 y 001-945372 (los que son objeto del negocio entre las partes). A folio 38 del pdf 03 se observa la factura de servicios públicos del apartamento sin mora, lo mismo que ocurre con las cuotas de administración del edificio Atoshi con corte al 31 de mayo de 2018 (fl. 39 pdf 03), y con el impuesto predial hasta 28 de diciembre de 2010 (fls. 354 y siguientes pdf 02), el cual obviamente también estaba al día para la fecha en que se firmó la escritura pública número 1182 del 29 de octubre de 2019 en la Notaría Tercera de Envigado (pdf. 15), mediante la cual se protocolizó el negocio esperado por las partes aquí comprometidas (a este punto se referirá la Sala en momento posterior).

De modo que la gran mayoría de los supuestos de hecho en que se basa la pretensión resolutoria, especialmente en lo que a las obligaciones

supuestamente incumplidas se refiere, realmente no obedecen más que a afirmaciones de la parte demandante que chocan de frente con la prueba documental aportada con la contestación, razón por la cual únicamente resta por analizar lo relativo al supuesto incumplimiento del demandado en la firma de la escritura pública que naturalmente debe suscribirse este tipo de negocios inmobiliarios.

En el hecho décimo octavo de la demanda se afirma que el primer requerimiento enviado al demandado para que cumpliera con su obligación de firmar el instrumento público tuvo lugar el 5 de noviembre de 2009, muy a pesar de que allí mismo se asevera que la entrega material de los bienes objeto del negocio ocurrió el 17 de mayo de 2007. Es decir, apenas 2 años, 5 meses, y 16 días después de la entrega la promotora comenzó a gestionar lo relativo a la firma de la escritura pública. No era pues, para entonces, un asunto de urgencia.

El demandado se opuso a signar la escritura para ese entonces, alegando que existían unas diferencias de área registradas en el folio de matrícula inmobiliaria y algunos detalles de acabados que apenas se solucionaron en el año 2012 (fl. 5 pdf 3). De ello dan cuenta los correos electrónicos aportados con la contestación en los que el señor Lacouture insistió de manera incisiva en la corrección de esos eventos, por lo que sólo para septiembre de 2014 (fls. 8 y siguientes pdf 3) las partes estaban transitando ya por una negociación en la que supuestamente estaban superadas las exigencias del comprador, pero en los correos electrónicos de esas fechas se puede observar que Pablo Esteban Ruiz Machado, jefe jurídico de la demandante, presionó por todos los medios una reunión del demandado con sus "superiores", como requisito indispensable para proceder con la firma de la escritura pública, muy a pesar de que para esa fecha este ya había pagado la totalidad del dinero acordado como precio e incluso había insistido en proceder con el trámite notarial, según los correos electrónicos aportados con su contestación.

Propició entonces la demandante, también, algunas demoras en la ejecución del negocio y antepuso barreras que en realidad no encontraban sustento en los contratos, sino más bien en el abuso de su posición como promotora del

proyecto. Lo anterior es así porque, y esto es muy importante, resulta incorrecto afirmar que el demandado estaba en **mora** de suscribir la escritura pública simple y llanamente desde la fecha en que a la constructora así le apetecía, habida cuenta que ninguno de los contratos señala una fecha o época para la firma del instrumento público, mucho menos existió entre las partes contrato de promesa alguno que regulara esas situaciones. Por eso es que en la apelación se acude al precepto contenido en el artículo 1551 del Código Civil, para alegar que en este caso existía un plazo "tácito" por el cual se entiende aquel indispensable para cumplir la obligación.

Sin embargo, está claro que en los contratos bilaterales las condiciones han de ser discutidas por ambas partes, salvo los casos de adhesión. En este evento, está claro que el señor Lacouture no discutió ninguna condición contractual con la demandante porque ingresó al proyecto Atoshi como cesionario del contratante original, quien a su vez simplemente firmó todos los "formatos" de vinculación al fideicomiso previamente diseñados y redactados por la fiduciaria y la promotora. En consecuencia, fueron tanto la constructora como la sociedad fiduciaria las que impusieron en el mercado ciertas condiciones para el negocio inmobiliario, dentro de las cuales no se previó ninguna fecha, ni siquiera una época, para la estructuración final de los negocios jurídicos orientados a transferir el derecho de dominio a cada uno de los beneficiarios de área.

En tal panorama vale cuestionar qué tan esencial o importante era para la actora que los compradores de las unidades inmobiliarias firmaran rápidamente las escrituras públicas, cuando el primer requerimiento al respecto lo hicieron más de 2 años después de la entrega material de los inmuebles y aun hasta antes de presentar la demanda siguió anteponiendo a esa firma otros intereses, tales como que le fueran reconocidos unos perjuicios, honorarios de abogados, comisiones y, en fin, asuntos que realmente no podía ni debía utilizar como excusa para no transferir el derecho de dominio, no porque debiera renunciar a ello sino porque confundió su obligación como promotora del proyecto con intereses empresariales, que en nada aportaron a solucionar la ecuación de los contratos.

Y debe ahondarse más en la cuestión, porque el dominio sobre los bienes inmuebles con M.I números 001-945259, 001-945369, 001-945370 y 001-945372 (los que son objeto del negocio entre las partes) finalmente fue transferido al demandado, mediante escritura pública número 1182 del 29 de octubre de 2019 en la Notaría Tercera de Envigado (pdf. 15), a cuya protocolización no se opuso la sociedad actora de manera alguna. Ese hecho claramente debe reconocerse por mandato del artículo 281 del C.G.P, máxime cuando la mentada escritura pública fue oportuna y regularmente aportada al proceso, amén que el apoderado del demandado alegó el cumplimiento de esa obligación de hacer a partir del minuto 23 de sus alegatos de conclusión.

En este punto la Sala llama la atención en cuanto a que la demanda fue presentada el 15 de enero de 2018, casi 9 años después del supuesto incumplimiento, si es que se puede aceptar en gracia de discusión que finales del año 2009 es el hito a partir del cual el demandado entró en mora, lo cual en todo caso no tiene ningún respaldo probatorio. Ese tiempo fue justo el que transcurrió en el caso analizado en la sentencia de casación del 18 de diciembre de 2009 (Rad. 41001-3103-004-1996-09616-01. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.), en el que curiosamente también participó la sociedad aquí demandante. En su momento entendió la Corte, lo que el Tribunal hoy acoge, que no se estaba como no se está ahora en un evento de incumplimiento resolutorio, es decir, no media *"una demora no referida a un término esencial, o que por su naturaleza hubiera conducido a la frustración del fin práctico perseguido"*.

Por otro lado, como las consecuencias en principio resolutorias del cumplimiento tardío no son desconocidas por la Sala, es apenas ajustado a la doctrina jurisprudencial determinar si la resolución en este caso se justifica *"por la afectación que se haya presentado en el interés del acreedor en el mantenimiento de la relación"*<sup>10</sup>. En esta tarea debe comenzar la Sala por resaltar que a folio 327 del cuaderno principal obra el paz y salvo expedido por la jefe de cartera de la demandante, en el que se certifica que el señor Carlos Mario Lacouture estaba completamente al día en los pagos del proyecto Atoshi y, por ende, la falta del pago del precio no es un perjuicio que pueda

---

<sup>10</sup> Ibídem.

alegar la demandante con ocasión de la "prolongación del negocio inconcluso en el tiempo".

Por eso es que la sociedad apelante reclama esencialmente como "afectación por haber mantenido el negocio en el tiempo" la imposibilidad de liquidar el fideicomiso, con las consecuentes comisiones que por esa razón debía pagar a la sociedad fiduciaria. Ese es pues, en concreto, el interés jurídico que a su juicio debe ser tutelado en términos de la afectación causada con el cumplimiento tardío de la obligación y, de manera concreta, en la pretensión cuarta se solicita el pago de \$100.954.289 por concepto de comisiones e IVA pagados a la entonces Fiducolombia S.A.

Sin embargo, esa sociedad fiduciaria rindió un informe del que remitió copia al aquí demandado con corte al 31 de julio de 2012 (fls. 383 y siguientes pdf 02) y otro con corte al 31 de enero de 2017 (fls. 18 y siguientes pdf 03). En ambos se certifica que el demandado pagó la totalidad de los dineros que debía aportar al proyecto, pero lo importante es que en el primero de ellos se afirma que aún faltaban para 2012 ocho inmuebles por ser transferidos a los fideicomitentes posteriores, mientras que en el segundo informe, a corte de enero de 2017, esa cifra bajó a cinco.

Al respecto, valga adicionar que a folio 124 del cuaderno principal obra una relación de las comisiones cobradas por Fiducolombia por el proyecto Atoshi entre el año 2007 y el 11 de julio de 2017, las cuales oscilaron entre \$1.301.100 y \$2.213.151 mensuales por **todo el proyecto**, que se codificó al interior de la fiduciaria con el consecutivo de contrato 2235. Así pues no está claro siquiera a cuánto asciende la comisión que tuvo que pagar la demandante por el supuesto incumplimiento del demandado, y también es evidente que la imposibilidad de liquidar el fideicomiso no tuvo lugar por hechos atribuibles a este, en la medida que entre 5 y 8 inmuebles estaban, por lo menos hasta enero de 2017, comprometidos al interior del negocio fiduciario e impidieron su finiquito.

En conclusión, la alegada falta de liquidación del fideicomiso con las consecuencias que quieren imputarse al demandado tampoco constituyen

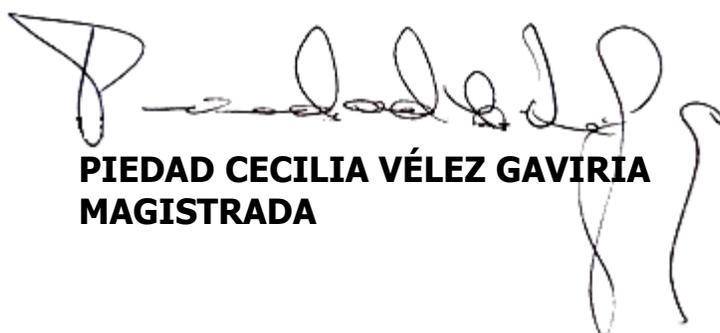
sustento válido, plausible o razonable del incumplimiento resolutorio y, sumado a todo lo anterior, de allí se desprenden motivos suficientes para confirmar la sentencia apelada aunque por los motivos aquí expresados, que no por los aducidos en la primera instancia.

Razonar de manera contraria para decretar la resolución de los contratos objeto de la pretensión, desconocería tajantemente que se está ante acuerdos preparatorios que ya se concretaron en la formalización del beneficio de área, obtenido por el demandado en el fideicomiso Atoshi por vía de la escritura pública antes mencionada debidamente registrada ante la respectiva oficina (1182 del 29 de octubre de 2019 en la Notaría Tercera de Envigado). Pensar como lo propone la demandante propiciaría reprochables inequidades y haría transitar la relación entre las partes por los caminos del abuso del derecho, en la medida que la única obligación insoluta para la fecha de presentación de la demanda, la de firmar la escritura pública, ya fue cumplida por el demandado y la sociedad actora no probó agravio alguno por el sostenimiento del negocio en el tiempo, sin mencionar que también aportó de manera activa y pasiva para que la firma del instrumento público no tuviera lugar tiempo atrás.

## **DECISIÓN**

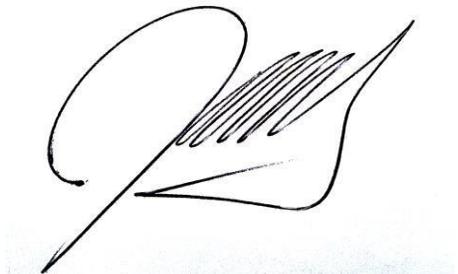
Sin más consideraciones, la Sala Cuarta de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia de fecha y procedencia indicadas, **pero por las razones ofrecidas en esta providencia. Sin costas** en esta instancia por no aparecer causadas.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA**  
**MAGISTRADA**

Con ausencia médica justificada  
**JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO**  
**MAGISTRADO**



**JULIÁN VALENCIA CASTAÑO**  
**MAGISTRADO**

**Firma de la siguiente causa:**

**S - 035**

**Procedimiento:** Verbal

**Demandante:** Fajardo Moreno y Cía. S.A

**Demandados:** Carlos Mario Lacoutoure Correa

**Radicado Único Nacional:** 05001 31 03 016 2018 00021 01

**Procedencia:** Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Oralidad de Medellín

Firmado Por:

Piedad Cecilia Velez Gaviria  
Magistrada  
Sala 002 Civil  
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **21c4d99edad4e379563ca2a43b732e53dedcf39fa25fa9c2f0bc7d2f43e32586**

Documento generado en 10/03/2022 04:28:02 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**