

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CUNDINAMARCA
Sala Civil – Familia

Magistrado Ponente:
Germán Octavio Rodríguez Velásquez

Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Ref: Verbal de JCG Ingeniería y Logística S.A.S. c/. Maxo S.A.S. - antes Mamut de Colombia S.A.S.- Exp. 25899-31-03-001-2019-00380-02.

Pasa a decidirse el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 20 de febrero del año pasado por el juzgado primero civil del circuito de Zipaquirá dentro del presente asunto, teniendo en cuenta los siguientes,

I.- Antecedentes

La demanda pidió declarar que entre las partes existió un contrato de servicios para la fabricación y montaje de refuerzos y apoyos temporales para el transporte de motores Man de 320 Toneladas en tráiler modular de 20 líneas desde Puerto Corinto hasta S.E. Los Brasiles en Nicaragua, el cual se celebró el 24 de julio de 2015 y fue modificado en lo relacionado con la labor contratada por la demandada; como consecuencia, declarar que ésta no ha cumplido con la liquidación y pago total del contrato inicial, así como con el reconocimiento de las mayores cantidades de obra, materiales y costos adicionales en que incurrió la demandante, y condenarla a pagar la suma de USD \$551.527,35, que estimó bajo juramento y que corresponde al saldo del contrato inicial, la diferencia de la tasa representativa del mercado, arreglo de andenes, según orden de compra 70021433, materiales adicionales, mayor cantidad de cobra, Stand By y demás

sumas causadas, junto con los intereses moratorios a título de lucro cesante.

Adújose, al efecto, que el 24 de julio de 2015 las partes celebraron un contrato cuyo propósito era que la demandante, como subcontratista, en forma independiente y con plena autonomía, le prestara a la demandada los servicios de consultoría, cálculos estructurales de puentes y boxes (cajas de concreto), fabricación, instalación y desmontaje de refuerzos y apoyos temporales y asistencia para el proyecto Los Brasiles en Nicaragua, por valor de USD\$571.000, el que se elaboró y firmó teniendo como fundamento la oferta presentada por el demandante, cuyo alcance era realizar un recorrido de la ruta, inspeccionar las estructuras existentes, verificar la geometría de esas estructuras y de los elementos de la superestructura, realizar el cálculo estructural de los boxes, 13 en total, y determinar sus apoyos temporales, suministrar materiales, fabricación, montaje y desmontaje de los refuerzos para los puentes metálicos, asistencia para la sustentación y presentación ante el MTI por parte del ingeniero Fiedler de los refuerzos a implementar; se estableció el costo de los refuerzos, que podía variar si éstos no eran avalados por el ingeniero, en cuyo evento el nuevo costo resultaría de un avalúo conjunto entre las partes; así mismo, se estableció que Mamut debía suministrar unos materiales requeridos por JCG para las actividades a ejecutar; el valor del contrato se fijó en esa suma global que incluye la ejecución de esas actividades aludidas, incluidos los refuerzos, sin afectar el precio de éstos por las cantidades mayores o menores que puedan resultar de aquéllos, más el valor de las pólizas (anticipo, cumplimiento y pago de prestaciones y salarios).

De la oferta presentada por JCG, que fue aceptada por Mamut, se desprende que ésta contempla dos conceptos en general: uno el recorrido, verificación geométrica, cálculos y definición de esfuerzos por valor de USD\$67.000; y otro, los materiales, fabricación, montaje y desmontaje de refuerzos de puentes metálicos y boxes, asistencia y sustentación a Fiedler, topografía y suministro de equipos para instalación de refuerzos por USD\$504.000, mas

no tenía obligaciones de asesoría técnica y profesional, pero aun así la prestó.

La primera actividad encargada se cumplió el 19 de julio de 2015, cuando entregó los estudios y cálculos estructurales para el transporte de ocho motores de 320 toneladas de peso para el proyecto MAN – Los Brasiles, en los que presentó con absoluta claridad los cálculos estructurales de los puentes metálicos y los resultados para el refuerzo que se debía realizar por cada una de las estructuras, acompañados de los correspondientes anexos y la factura por el valor pactado; con esos resultados, debía desarrollar la segunda actividad, pero por requerimiento de Mamut, de que debía presentar y realizar esos refuerzos de acuerdo con los estudios y resultados presentados por el diseñador, el ingeniero Federico Fiedler, que fue contratado por Mamut por exigencia de KMA (firma asociada con Mamut en Nicaragua) y del Ministerio de Transporte e Infraestructura de Nicaragua, se transformó el alcance del contrato, porque se iban a desarrollar trabajos adicionales a los ofertados y contratados, lo cual puso en conocimiento de la demandada en varias oportunidades, porque esos cambios representaban sobrecostos por mayores cantidades de materiales y obra, como lo dejan ver esos correos electrónicos que le remitió, en los que presentaba un cronograma condicionado a que le suministraran los materiales y pidiendo que se avalara el cálculo realizado por el ingeniero para los puentes metálicos.

Como la obra la había contratado directamente Mamut con MAN de Alemania, al incumplir lo acordado le hicieron efectivas las multas, sanciones y pólizas, y por esa razón decidió no cancelarle a los subcontratistas colombianos, a quienes atribuyó el incumplimiento de los subcontratos, a sabiendas de que éste realmente provino de la demandada, dadas las variaciones que le hizo al contrato, el cambio del diseñador contratado por Mamut y por solicitud del Ministerio, lo que implicó la modificación de todo el objeto del contrato, contándose entre las principales las de 24 de septiembre, 31 de octubre, 24 de noviembre y 10 de diciembre de 2015, así como de los refuerzos estructurales S/Dikon de diciembre de ese año, lo que implicaba presentar

constantemente nuevos cronogramas ajustados a los nuevos cambios generados; lo relativo a la última modificación, la que efectivamente se hizo, fue devuelta por el ingeniero quien señaló que estaba equivocada y debían calcularse nuevos refuerzos; pero, al no darles la razón, Mamut contrató a la firma Dikon S.A.S., para que elaborara los diseños, los que se ejecutaron en enero de 2016 de conformidad con la solicitud de Mamut, todo a unos mayores costos.

El 6 de mayo de 2016 se realizó reunión entre Mamut y JCG en la que se hizo entrega de la liquidación del contrato por Mamut, en la que no aceptó ninguna reclamación por trabajos adicionales y, arbitrariamente, pretendió imponerle una “multa imaginaria”.

Cuanto a los costos contractuales y mayor volumen de obra, el 26 de octubre de 2015 le presentó a la demandante un informe de las cantidades adicionales por diseños de KMA y el ingeniero para los puentes metálicos, donde se detallaron los costos adicionales por materiales más representativos, mayores cantidades de obra entre lo inicialmente previsto por JCG y lo realizado por aquéllos en relación con los refuerzos de los puentes metálicos de la ruta Corinto – Los Brasiles, que conllevó al aumento de cada ítem por el valor de concretos, pernos, epóxicos, soldadura y mayor cantidad de obra por sostenimiento de personal, equipos y consumibles; también incurrió en gastos por la dilación para la entrega de los materiales, sin contar con los gastos propios que debió asumir el representante legal de la sociedad por su permanencia en Nicaragua; además, incurrió en erogaciones de su propio peculio para dar fin a la obra contratada, la que entregó a entera conformidad el 6 de enero de 2016.

Se opuso la demandada, aduciendo que el contrato incluía dos actividades principales a ejecutar por parte de la demandante: una de consultoría y otra de obra o construcción; por la primera se entiende cualquier tipo de asesoramiento técnico y profesional. Como Maxo es una sociedad cuyo objeto es la prestación del servicio nacional e internacional de transporte terrestre, fluvial y marítimo de todo tipo de carga, subcontrató a JCG, una empresa experta en

construcción y consultoría en ese sector, para ejecutar el proyecto que le había sido adjudicado por el Gobierno de Nicaragua; el contrato se pactó en la modalidad de *Lump Sum* o precio global, y los sobrecostos o mayores cantidades de obra no fueron aprobados ni aceptados por la demandada, pues conociendo del contrato celebrado entre MAN Diesel & Turbo SE, lo natural era que la planeación de la obra y los diseños los ajustara a ese contrato, antes de emitir sus ofertas, suscribir y empezar a ejecutar el contrato.

No es cierto que la oferta y el contrato hayan previsto un costo variable, pues sólo se incluyó un aparte donde se mencionaba que en caso de que el ingeniero Fiedler no avalara los refuerzos planteados por JCG, esa incidencia debía ser evaluada por ambas partes, si llegara a ocurrir, la que en efecto se realizó en varias ocasiones, pero la demandante nunca probó las mayores cantidades de obra que alegaba ni los costos adicionales por mayor permanencia de obra y, en todo caso, allí mismo se estableció que la demandante renunciaba a cualquier ajuste en el valor del contrato, esto es, que el valor total del contrato no se afectaría por temas de mayores o menores cantidades de obra; la actora debía asumir el valor de las pólizas de anticipo, cumplimiento, salarios, prestaciones sociales y responsabilidad civil profesional, salvo de la última cuyo costo sería reembolsado por Maxo.

El contrato no sólo consistía en reforzar unos puentes y boxes mediante la ejecución de una obra civil, sino también la elaboración de todos los estudios, diseños y cálculos requeridos para realizar esa labor y, adicionalmente, la asistencia para que esos estudios, diseños y cálculos fueran avalados por el ingeniero Fiedler y aprobados por el Ministerio de Transporte e Infraestructura de Nicaragua, es decir que el objeto sólo se cumplía al momento de la terminación y entrega definitiva de la obra en que se basaban los estudios y al momento de comprobar que los diseños eran útiles para la viabilidad, funcionabilidad y resistencia de la obra, experto que fue contratado precisamente por carecer de conocimientos en la materia, para que éste presentara esos estudios al Ministerio para su aprobación, labor que también requería del apoyo de la demandante; si el ingeniero no

avalaba los diseños, la actora debía ajustarla de conformidad o, en su defecto, defender sus diseños y cálculos por ser experta en la materia, lo cual nunca hizo, pues siempre optó por acatar y ejecutar los cambios propuestos, sin que por ello se haya transformado el alcance del contrato, que siempre fue el mismo, esto es, realizar los estudios y diseños y ejecutar la obra contratada, de modo que si algo en el proyecto no resultó conforme a lo que esperaba aquello se debe a sus propios errores al momento de realizar los diseños y cálculos al momento de planificar y calcular los costos de obra, por lo que no puede endilgarle esa responsabilidad.

Los correos cruzados entre las partes evidencian que JCG decidió iniciar los trabajos de campo el 17 de agosto de 2015, sin contar con la autorización ni los planos definitivos para ello, que los materiales en vez de aumentar, disminuyeron, amén de la falta de conocimiento, preparación e improvisación para ejecutar el contrato; no es que haya tomado la decisión arbitraria de no pagarle, sino que la demandante está en la obligación de reparar los perjuicios que le causó, incluyendo el reembolso de las multas que le impuso el contratante por el incumplimiento del contrato principal, lo que sólo es imputable a la subcontratista, pues por sus incumplimientos afectó el cronograma del contrato principal.

Con sustento en ello formuló las excepciones que denominó ‘cobro de lo no debido por la modalidad de pago pactada en el contrato’, ‘inexistencia de modificaciones al contrato’, ‘incumplimiento del contrato por parte del demandante y de la correlativa obligación de pagar al contratante la cláusula penal y de indemnizarla por los perjuicios ocasionados’, ‘culpa del propio demandante’, ‘ausencia de prueba de lo pretendido’ y *‘pacta sunt servanda’*, al paso que objetó el juramento estimatorio.

A su turno, formuló demanda de reconvenición solicitando que se declare que la reconvenida fue la que incumplió las obligaciones que para ella derivaban del contrato y, como consecuencia, se la condenara a pagar a título de perjuicios las sumas de \$486’834.440 por las multas que tuvo que pagar al Ministerio por el incumplimiento del plazo

en la ejecución del contrato, \$626'093.371, \$596'334.038, \$85'197.333 por las compensaciones que debió pagar a la citada autoridad por los gastos adicionales por almacenaje de motores, costos de personal, e incumplimiento del plazo, \$57'203.290 de gastos para la realización de un estudio adicional de reforzamiento de puentes, \$25'461.319 de gastos para la supervisión del estudio adicional, \$34'217.511 de materiales adicionales para la ejecución del estudio adicional, \$36'223.319 por gastos adicionales administrativos, \$689'299.233 de la ganancia o provecho que dejó de percibir por la suspensión forzosa de la operación, \$332'559.536 por concepto de multas por la mora en la ejecución de las actividades del contrato, \$196'102.200 de la cláusula penal, con los correspondientes intereses moratorios; en subsidio, si no es procedente el reconocimiento de intereses de mora, que el pago de esas cifras se realice debidamente actualizadas.

A lo que duplicó la actora reconvenida, sobre la base de que la etapa de consultoría la cumplió con la realización de los estudios de refuerzos definidos que presentó porque son totalmente funcionales y cumplen con todas las normas técnicas e internacionales para permitir el transporte de los motores de 320 toneladas, sin ocasionar ningún daño a las estructuras, y por eso previó su ejecución en un término de dos meses, sin prever que el ingeniero contratado dijo que haría sus propios diseños y a éstos quedaron supeditados los trabajos a ejecutar; formuló las excepciones de 'incumplimiento contractual pedido en su favor por la contrademandante, lo mismo que los perjuicios consecuenciales por el daño emergente, el lucro cesante, las multas, intereses, compensaciones, la cláusula penal y la ganancia o provecho que se dejó de percibir por parte del contrademandante; igualmente pedidas a su favor, son enteramente ilegales por romper la cláusula subcontractual que desarrolla el debido proceso entre los subcontratantes para que los derechos que de allí emanan puedan reclamarse judicialmente por Mamut. Vía judicial equivocada', 'falta de legitimación en la causa por pasiva y falta de la prueba de los supuestos perjuicios y prueba de los mismos, pero a cargo de otros', 'un proyecto de acta de liquidación o cierre de contrato entre Mamut hoy Maxo y JCG, de fecha 6/05/16', y

‘la conciliación como requisito de procedibilidad. Inadmisibilidad de la demanda de reconvención por no haberse acreditado el requisito de procedibilidad de la conciliación o en su defecto haberse pedido medidas cautelares. Inepta demanda por falta de un requisito de forma como lo es no haber reunido un requisito especial que permitiera contrademandar y falta de integración del contradictorio’.

Maxo llamó en garantía a Seguros del Estado con fundamento en la póliza 21-45-101169203 de 22 de julio de 2015, que amparaba el cumplimiento, buen manejo y correcta inversión del anticipo, y el pago de los salarios y prestaciones sociales del contrato, que fue tomada por JCG y expedida en favor de Mamut como asegurada y beneficiaria, entre cuyos amparos se cuenta el de garantía de cumplimiento y los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado, aseguradora que se opuso a la demanda formulando las excepciones de ‘ausencia de incumplimiento imputable al contratista – excepción de contrato no cumplido – art. 1609 C.C. y/o hecho exclusivo de un tercero’, ‘inexistencia de los perjuicios o tasación excesiva de los mismos’, ‘inexistencia de obligación en cabeza de Seguros del Estado S.A. – en la demanda se cobran sumas por conceptos que no fueron previstos y contratados en el contrato inicial’ y ‘pago o compensación’; y frente al llamamiento, las de ‘prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de cumplimiento a favor de particulares’, ‘inexistencia de siniestro frente al amparo de cumplimiento – ausencia de incumplimiento imputable al contratista garantizado’, ‘terminación del contrato de seguro de cumplimiento desde la infracción al deber contemplado en el artículo 1060 del C.Co., por falta de notificación a Seguros del Estado de circunstancias constitutivas de agravación del estado del riesgo’, ‘riesgo excluido – la póliza otorgada por Seguros del Estado excluye expresamente el pago de multas y cláusulas penales’, ‘ausencia de cobertura frente a los perjuicios indirectos pretendidos – el amparo de cumplimiento únicamente brinda cobertura a los perjuicios directos derivados del incumplimiento’, ‘ausencia de

acreditación de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida – falta de reclamación en los términos del artículo 1077 del C.Co. – improcedencia de intereses moratorios en la forma pretendida en la demanda de reconvención frente a Seguros del Estado S.A. y ‘sujeción a los términos y condiciones generales y particulares del seguro contenido en la Póliza’.

La sentencia que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda principal y desestimó las de la demanda de reconvención, fue apelada por las partes en recurso que, concedido en el efecto suspensivo y debidamente aparejado, se apresta la Corporación a desatar.

II.- La sentencia apelada

A vuelta de constatar la presencia de los denominados presupuestos procesales y de hacer algunas apuntaciones sobre la materia, hizo ver que, en efecto, existió un contrato entre las partes -porque así lo reconocieron éstas y además consta por escrito-, el cual se celebró el 24 de julio de 2015 y se denominó ‘contrato de servicios para la fabricación y montaje de refuerzos y apoyos temporales para el transporte de motores, más de 320 toneladas, en tráiler modular de 20 líneas desde Puerto Corinto hasta Los Brasiles en Nicaragua’; y si bien se trata de un contrato consensual que no exige para su existencia ninguna solemnidad, sino apenas el simple consentimiento de las partes, éstas optaron por celebrarlo de forma escrita, de suerte que todo lo relacionado con sus prórrogas, modificaciones, alteraciones y demás también debía constar de la misma manera, es decir, no se puede hablar de su incumplimiento por supuestas modificaciones unilaterales y verbales, al punto que por ello el artículo 225 del código general del proceso dispone que la falta de documento o de un principio de prueba por escrito para probar las obligaciones derivadas de un contrato se debe tener como un indicio grave sobre la inexistencia del respectivo acto; y aunque se aprecian algunas modificaciones en el devenir contractual, lo que se tiene es que éstas siempre fueron aceptadas de facto por los contratantes, que mediante un consenso mutuo habilitaron la

continuidad de la ejecución de una manera distinta a la pactada originalmente, ratificando con ello el vínculo al extender los cronogramas y materiales del contrato cuyo precio se pactó en la modalidad de pago global, único o a todo costo, de donde no pudo darse un incumplimiento por sobrecostos de obra y materiales, especialmente cuando las obligaciones de un contrato de esa naturaleza son de resultado y no de medios, es decir, que el contratista debe entregar la obra para la que fue contratado, el que, por ende, el que bajo su propia cuenta y riesgo, debe prever con suficiencia todos los aspectos de la obra que ejecutará, sin que sea factible argumentar obligaciones sui generis, contrariando lo acordado en el contrato, menos cuando fue contratada por sus conocimientos en la materia.

Lo que sí se aprecia de los documentos, es que la demandada no canceló el saldo del precio, pues amén de que ninguna prueba aportó en ese sentido, en ese documento que recogió el acta de reunión que las partes celebraron el 6 de mayo de 2016, el representante legal de Mamut reconoció que debía USD \$50.400 y que la obra sí terminó, aunque pretendió deducir de ese saldo unas erogaciones y penalidades a las que consideró unilateralmente que tenía derecho.

Claro, que la ejecución se vio afectada por varias reprogramaciones, es cierto, porque así lo reconocieron las partes de consuno, primero, por demora en la entrega de los materiales por la demandada, y otras, por la reprogramación del cronograma por parte de la demandante; pero también se aprecia que fueron ellas mismas las que habilitaron que así fuera, lo que demuestra que a pesar de esos incumplimientos que se endilgan, consintieron en la continuidad del contrato, de modo que no pueden ahora valerse de su propia culpa, pues además de que las partes *“recondujeron definitivamente el contrato haciendo a un lado los eventuales incumplimientos de la una o de la otra”*, ya que *“les interesaba continuar con el mismo y llevarlo a buen término”*, ese incumplimiento recíproco termina afectando la legitimación de las partes para demandar la reparación, cuando cada una incumplió a su manera, de

modo que si la obra terminó, así haya sido de manera tardía, y fue aceptada de consuno por las partes, no hay lugar a los perjuicios pretendidos en la demanda de reconvención, como tampoco a los valores adicionales o sobrecostos pretendidos por la demandante, porque, de un lado, el pacto fue a todo costo y, de otro, porque el objeto del contrato siempre fue el mismo, de ahí que lo único que puede ordenarse es el pago del saldo del precio, más la TRM calculada por éstas, lo que releva cualquier pronunciamiento frente al llamamiento en garantía, por sustracción de materia.

Así, declaró probadas las excepciones de ‘cobro de lo no debido, por la modalidad de pago pactada en el contrato’ e ‘inexistencia de modificaciones al contrato’ formuladas por la demandada, declaró que ésta incumplió la obligación de pagar el saldo del precio pactado y la condenó a pagar la suma de USD\$50.400 más la diferencia de la tasa representativa del mercado TRM de USD\$4.907,35; denegó las súplicas de la demanda de reconvención y se abstuvo de pronunciarse sobre el llamamiento en garantía, al paso que condenó en costas a la demandada, a favor de la demandante y de la aseguradora.

III.- El recurso de apelación

La actora lo despliega sobre la idea de que el subcontrato que celebró con Mamut dependía de otro de mayor envergadura, que fue el celebrado por ésta con la firma alemana MAN, contrato cuyo clausulado nunca se le dio a conocer durante el desarrollo del subcontrato, siendo entonces el segundo un típico contrato de adhesión, que debía cumplirse de acuerdo con sus propias estipulaciones, pues habiéndose pactado bajo la modalidad Lump Sum, en cuanto a prestaciones, debían respetarse los cálculos estructurales hechos por JCG y dar cumplimiento a esa forma al proyecto, lo cual no se logró por culpa exclusiva de la demandada, que en virtud del contrato principal recibía órdenes y condiciones de un tercero, totalmente desconocido para el contratista, y del Ministerio de Transporte de Nicaragua, que era el que aprobaba las licencias correspondientes, y por ello fue que medió la participación

de un ingeniero de apellido Fiedler, que se convirtió en el director de la operación contratada, imponiendo sus cálculos y diseños y, además, exigiendo que la obra se realizara de acuerdo con sus estudios, causando con ello mayores costos de materiales, mano de obra, tiempo de ejecución, resultando así un contrato completamente distinto del inicialmente pactado, volviéndose oneroso, pues incurrió en gastos por encima de los USD\$551.527,35, por exigencias equivocadas e innecesarias de ese ingeniero, que dio lugar, además, a que la obra se ejecutara por fuera del término pactado, como se acreditó pericialmente.

La demandada fue negligente, pues dejó que se causaran mayores costos por errores de Fiedler, responsabilidad que corroboran las respuestas evasivas que dio en el interrogatorio de parte; las modificaciones del contrato no necesariamente debían constar por escrito, por tratarse de un contrato consensual, y porque las partes no establecieron que cualquier ajuste debía hacerse por escrito; aunque las partes buscaron cumplir el contrato, no fue bajo la teoría de la tácita reconducción, sino que debió aceptar esas condiciones contra su voluntad, para no incurrir en incumplimiento, amén de que los contratos deben convenirse y ejecutarse de buena fe para que una de las partes no se enriquezca injustamente, lo que da lugar a que se reconozca en su favor la suma por los sobrecostos a que alude la demanda, junto con los intereses moratorios, pues para las obligaciones expresadas en moneda extranjera también tiene lugar esa sanción, el que determina la ley en un interés equivalente al bancario corriente.

La demandada, por su parte, aduce que si bien acordó con la demandante la modificación de algunos plazos del cronograma para finalizar la ejecución de la obra y poder cumplir las obligaciones que había adquirido con su contratante principal MAN, ya desde el 23 de octubre de 2015 venía advirtiendo del incumplimiento de JCG, como se lo hizo ver también en la reunión que tuvieron tras el cierre del contrato, donde le puso en conocimiento los perjuicios que le había causado y las compensaciones que debía reconocerle, pues en diciembre de ese año, por un error en

los diseños de la demandante, se vio obligada a contratar a Dikon S.A.S. para terminarlos, ocasionando un retraso que dio lugar a la multa y a que debiera indemnizar los perjuicios que le causó a su contratante, justamente la razón por la que no canceló el saldo del contrato y la diferencia de TRM, por lo cual no debió condenársela a ese pago; condena que, en cambio, sí debió imponérsele a la demandante por los perjuicios que reclama en la demanda de reconvención, pues si bien la obra terminó, no se hizo en el tiempo previsto en el contrato ni tampoco en el de las reprogramaciones acordadas, y esto por culpa de la actora, cuyos diseños tuvieron deficiencias técnicas que impidieron su uso, pues fueron objetados por Fiedler y finalmente reelaborados por la firma Dikon, algo inaceptable en una experta en la materia, algo que le correspondía, pues la obligación de consultoría no se agotaba entregando unos estudios, diseños y cálculos, sino con la terminación y entrega definitiva de la obra, cuando se comprobara que éstos habían sido útiles para la viabilidad, funcionabilidad y resistencia de la obra; en contrapartida, la demandada fue diligente y obró de buena fe durante la ejecución del contrato.

La condena por el saldo del precio y la TRM, no procedía; debió el juzgado acceder a la reconvención y, en ese orden, imponer a la llamada en garantía la obligación de responder por el pago de esas sumas suplicadas; tampoco cabía condenársele en costas, porque la demanda sólo prosperó parcialmente, menos si la reconvención tenía vocación de éxito y, de contera, también el llamamiento que hizo a la aseguradora; en todo caso, la tasación que se hizo de las agencias en derecho es excesiva; amén de que debe determinarse cuál es la tasa representativa del mercado en la que debe pagarse la condena, sobre lo cual dada la restricción del artículo 281 del código general del proceso de fallar extra petita, debe tenerse en cuenta la tasa de cambio a la que se remitió el juramento estimatorio de la demandante.

Consideraciones

Ciertamente, “*todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes (art. 1602 del C.C.)*, y como

secuela, éstas deben ceñir su conducta negocial al mismo, so pena de las consecuencias y efectos legales previstos por ley (art. 1546 ejúsdem)”, lo que en últimas quiere decir que el contratante cumplido podrá, frente a quien incumple, ejercer “un derecho alternativo, con el fin de restablecer el equilibrio contractual, exigiendo coactivamente, mediante dos acciones que pueden coexistir subsidiariamente, el cumplimiento o la resolución del contrato, en ambos casos, con la indemnización de perjuicios”, derecho que “únicamente puede ser ejercido en forma típica y peculiar por quien ha cumplido sus obligaciones o se allanó a cumplirlas y como prerrogativa a su arbitrio, siguiendo el programa contractual estipulado en el tiempo y en la forma convenida” (Cas. Civ. Sent. de 8 de abril de 2014, exp. SC4420-2014); lo cual no obsta que, en caso de incumplimiento, se promueva esta acción procurando solamente el abono de los perjuicios derivados de éste, cuyo éxito “depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado” (Cas. Civ. Sent. de 9 de marzo de 2001, exp. 5659, reiterada en fallo de 3 de marzo de 2015, exp. SC7220-20185).

Las partes, en el caso de autos, se endilgan mutuamente incumplimiento, lo que explica por qué los extremos litigiosos se ofrecen tan distantes, incluso aquí en sede del recurso; al paso que la actora dice e insiste en que la incumplida fue su contraparte por haber alterado unilateralmente las condiciones del contrato, lo que a la postre la condujo a esa situación que denuncia como lesiva para sus intereses, pues debió incurrir en unos sobrecostos que, amén de engendrar la modificación del contrato, por ende, debe asumir la demandada, ésta, por su lado, aduce que si el monto del contrato se pactó a precio global, no puede la

actora reclamar por sobrecostos ni quejarse de ellos pretendiendo una mayor remuneración, menos a sabiendas de que al haber tardado en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, le generó unas sanciones que debió cumplir y que, por lo mismo, autorizan esa reparación que se pide en la demanda de mutua petición.

La sentencia apelada solventó la controversia remitiéndose a la forma como se ejecutó el contrato, es decir, reparando en el hecho de que si bien hubo un cronograma documentado en el contrato suscrito por las partes, estas, de consuno, decidieron hacerle ajustes debido a distintas incidencias que afectaron el cumplimiento de ese cronograma, situación que, consideró, configuraba aquello que el régimen común apellida la reconducción tácita del contrato, lo que por supuesto impedía predicar incumplimiento de alguno de los dos extremos del litigio, en cuanto que la prolongación del tiempo de ejecución del contrato fue consensuada, algo en lo que, desde ya, coincide la Corporación, pues si el alargamiento de esos plazos se debió a esas distintas circunstancias que valoraron los contratantes y que determinaron que esto fuera así, no hay porqué entrar en reproches contractuales frente a los contratantes.

Mas, ¿qué sucede con los sobrecostos en que incurrió la actora debido a esas modificaciones que se tuvieron que hacer a los diseños en razón de las correcciones o justes que ordenaron el ingeniero Fiedler y el Ministerio de Transporte de Nicaragua tuvieron que cuando los recibió de la actora? Cree el Tribunal, analizando el devenir contractual y sobre todo los términos del acuerdo negocial a que arribaron los contratantes, que si al contratar dichos extremos dejaron en claro no tanto que el valor del contrato era a todo costo o a precio global, sino que Mamut tenía la posibilidad de adoptar ese tipo de medidas sobre los diseños que presentara la actora, algo a la postre consecuente con su posición en el contrato, pues a su turno, debía ella colmar las exigencias que surgían para la compañía del contrato suscrito con MAN, no existe mucho que discutir para concluir que si JCG aceptó esas condiciones, a ellas debía atenerse. Y si

consideró que los cambios engendraban algún tipo de modificación al contrato, lo que en cierto sentido parecería obvio, piensa la Sala que de su resorte era persuadir a la contratante de que el punto quedara clarificado antes de proceder a materializarlas, pues así la obviedad se imponga de primera mano, estando las prestaciones del contrato determinadas por ese clausulado, lo mínimo que se esperaba de un contratante diligente es que, viendo que su situación en el contrato puede estar comprometida, explicitara sus inquietudes al otro contratante, y no que supusiera que por sobrevenir ese cambio de circunstancias ya el contrato había mutado. O sea, si el consentimiento en el ámbito contractual debe ser expreso, salvo muy contadas excepciones –que no es la del caso de autos–, suponer que éste sobrevino tácitamente es un error.

La lógica se impone así, sin remedio; a la verdad, si las partes documentaron el clausulado, muy seguramente con el fin de que el contenido y alcance de las obligaciones de cada una quedara claramente delimitado de antemano y a la vez evitar futuros desencuentros derivados de la ejecución o interpretación de esas reglas previstas para el desarrollo del contrato, lo más acertado, al presentarse esa situación que, dice la actora, desbordaba los confines de ese acuerdo, habría sido ventilarla ante la contratante a efectos de evitar que las cosas escalaran esos niveles de insatisfacción que patentiza el proceso, y no esperar a ese punto de no retorno, echando mano de cosas en la periferia que puedan sugerir uno o varios acuerdos de modificación del contrato. Si a voces del precepto 1602 del código civil, ese acuerdo volitivo es ley para las partes, es algo desmedido, pero explicable, pretender que su contenido cambió, a sabiendas de que, se repite, la formación y modificación del contrato reclama inexorable el consentimiento de las partes.

Se dice que explicable, porque eso de que la demandada, prevalida de esa posición en el contrato y tal vez contrariada por las sanciones que le impuso a su turno su contratante, decidió unilateralmente negarle el pago de los saldos liquidados y adeudados; empero, eso es apenas el

móvil de esta acción contractual, que no la juridicidad de su aspiración, pues, quiérase o no, ahí, en ese aspecto de la controversia, la actora no tiene razón, por esa circunstancia que viene relievándose, vale decir, porque el contrato dejó en claro que en el tema de diseños tendría la contratista que seguir los criterios del ingeniero en cuestión y de la autoridad de transporte nicaragüense.

Ciertamente, dice el contrato de *“Servicios para la Fabricación y Montaje de Refuerzos y Apoyos Temporales para el Transporte de Motores MAN de 320 Ton en Tráiler Modular de 20 líneas desde Puerto Corinto hasta los S.E. Los Brasiles en Nicaragua”*, que por cuenta de él la subcontratista, esto es, la Sociedad JGC, *“de manera oportuna y diligente, en forma independiente, con su personal y equipos, con plena autonomía directiva, administrativa, financiera y ética, se obliga, en favor de Mamut, a prestar los servicios de consultoría, cálculos estructurales de puentes y boxes (cajas de concreto) y fabricación, instalación y desmontaje de refuerzos y apoyos temporales y asistencia para el proyecto de Brasiles en Nicaragua, para el transporte de motores de 320 ton de peso, de acuerdo con lo presentado en la oferta No. JCG-038-2015 Rev, del 22 de junio de 2015”*; amén de lo anterior, que se comprometía a *“1. Prestar los servicios objeto del contrato, bajo los términos y condiciones contenidos en el presente contrato, con la diligencia técnica y profesionalismo requeridos y aplicando las sanas prácticas de la industria petrolera y las instrucciones escritas o verbales del representante de Mamut”* y a que *“2. Los cálculos y diseños deben elaborarse bajo las normas y códigos internacionales para construcción y/o reforzamiento de puentes. Los diseños estructurales y las memorias de cálculo deberán ser elaborados y firmados por el Ingeniero Civil especialista y acreditado de acuerdo con lo requerido por Mamut. Las memorias de cálculo deberán presentarse en medio magnético e impreso en original y dos copias. Estas deberán ser aprobadas por el área de ingeniería y/o HSEQ”* (cláusula primera), por un *“valor total (Lumo Sum)”* por los trabajos *“de quinientos setenta y un mil dólares americanos (USD 571.000,00)”*, que incluía *“todos*

los costos de desplazamiento de equipos, combustible, material, personal del Subcontratista, obligaciones laborales, incluidos salarios, prestaciones, permisos, licencias y registros que sean del alcance del Subcontratista y que sean necesarios para la prestación de los servicios, pagos al sistema de seguridad social y demás contribuciones de ley, costos de administración, imprevistos, mantenimientos preventivos y correctivos de los equipos, utilidades, y todo concepto relativo a impuestos de cualquier índole, directos e indirectos. Las tarifas contenidas en este documento no se reajustarán durante la duración del contrato” (cláusula tercera - sublíneas ajenas al texto).

Se comprometió igualmente a “cumplir cabalmente con las normas, instrucciones y parámetros de seguridad y calidad que dice o exija Mamut y/o MAN en la prestación del servicio y con la firma del presente contrato acepta y asume como propias todas las normas, instrucciones, procedimientos, cláusulas, políticas y los requerimientos que le sean aplicables”, para lo cual declaró “sabe[r] y conoce[r] la significación de sus obligaciones adquiridas con Mamut dentro de la ejecución global del proyecto, que conoce los reglamentos, las políticas de trabajo y la conducta ética empresarial de Mamut y MAN; y que así mismo conoce el lugar donde llevará a cabo el servicio, con sus circunstancias ambientales, climatológicas, topográficas, vías de acceso y en general todos los recursos administrativos, logísticos, técnicos y de personal que ofrece la región, en la ejecución y cumplimiento de la oferta, y así mismo garantiza su conocimiento de la legislación nacional y las disposiciones administrativas regionales y locales que gobiernan la actividad relacionada con el servicio”.

Quiere decir todo esto, que habiéndose previsto en el contrato a qué se enfrentaría la contratista en la ejecución de las prestaciones derivadas para ella del acuerdo, cláusulas cuya hermenéutica autoriza decir que, incluso, en lo que respecta a la participación de un ingeniero, como lo fue Fiedler y a la intervención del Ministerio de Transporte de Nicaragua, había la contratista de aceptar los criterios que

aquellos dictaran para los diseños y la obra en sí, es imposible considerar que al darse esa intervención, el contrato se modificó.

Más allá de lo anterior, no puede la Sala dejar pasar el hecho de que otra cláusula del contrato donde la actor manifestó que *“renuncia a toda reclamación de cualquier naturaleza o a cualquier ajuste en el valor del contrato, debido a las condiciones del área dentro o en inmediaciones del lugar del servicio, incluyendo las condiciones creadas como consecuencia del clima, meteorología, rutas de acceso, requerimientos de mano de obra, condiciones de seguridad, o equipo y/o materiales que se requieran, o debido a cualesquiera otras dificultades o problemas que se presenten durante el desarrollo del objeto del contrato”* (cláusula décima), naturalmente que si al obligarse, la contratista aceptó las dificultades de la obra, decir que ahora los sobrecostos deben reconocérsele, no es de recibo.

Claro, según se anotó, entender las cláusulas en cuestión de otro modo, que favorezca a la actora pudiera ser un expediente para considerar que los sobrecostos debieran correr en cabeza de la demandada. Mas, opina la Corporación que si las obligaciones que adquirió en el contrato implicaban no sólo la prestación de servicios de consultoría y la realización de todos los cálculos estructurales, sino también la fabricación, instalación y desmontaje de refuerzos y apoyos temporales y asistencia para el proyecto de Brasiles en Nicaragua, atendiendo las instrucciones que por escrito o de forma verbal le hiciera la demandada y el ingeniero encargado de revisar los diseños, además de cumplir con los parámetros de seguridad, calidad e instrucciones que exigiera también MAN en la ejecución global del proyecto, los que declaró haber conocido, considerar que esto cambiaría con el paso de los días y con la ejecución del contrato, no es viable.

Menos cuando, a sabiendas de ello, aceptó que el precio del contrato fuese a todo costo, situación ante la cual, si su aspiración estaba en que se le reconocieran esos

sobrecostos, era demostrar que a pesar de esa amplitud del objeto que se aprecia allí -pues no hay una descripción de cómo se haría la obra-, el método que se utilizaría, la cantidad de los materiales que se utilizarían y todos esos pormenores que ahora aduce como mayores costos, mutó en el desarrollo del contrato por cuenta de los requerimientos que se le hicieron, sin consideración a la estrictez de las cláusulas de éste; inclusive, sin miramientos a la oferta que le presentó a la demandada en junio de 2015, a la que en algunos apartes hace referencia el contrato, donde se observa la misma amplitud con la que quedó redactado el contrato, pues a vuelta de repasar que las actividades que realizaría comprendían el *“recorrido de la ruta y se inspeccionarán las estructuras en la ruta señalada de los puentes metálicos y de los boxes en cuestión”*, verificaría la *“geometría de estas estructuras y de los elementos de las superestructuras”* y realizaría el *“cálculo estructural de los puentes metálicos y determinación de refuerzos de los puentes que se mencionan a continuación: - Garay – Los Cabros – Cinco Cruces – Los Llanos – Puente Doble – La Gateada – Las Colinas – Las Américas”*, el *“cálculo estructural de los Boxes (cajas de concreto) y determinación de apoyos temporales de los Boxes que se mencionan a continuación: -P. La conchita – Caja Cañalito – P. Piedra Quemada – Las Mairenas – P. Sirama – Caja Valle Viejo – La Mayorga – Caja Las Mayorgas – Los Parrales – Tabla – Pereira – Caja San Miguel – P. La Polvosa”*, el *“suministro de materiales, fabricación, montaje y desmontaje de los refuerzos que resulten para los puentes metálicos y los boxes. El desmontaje de los refuerzos se realizará una vez se hayan ejecutado los transportes, dejando los puentes con su estructura original”* y prestar la *“asistencia para la sustentación y presentación ante el MTI por parte del Ing. Fiedler de los refuerzos a implementar. Los costos por los cálculos estructurales que adelante el Ing. Fiedler / KMA para estas estructuras, serán contratados directamente y a cargo de Mamut”* y que el *“valor por la totalidad de los trabajos a realizar se establece como un valor Lump Sum, que incluye la ejecución de todas las actividades mencionadas incluidos los refuerzos sin afectar el precio de los mismos por las cantidades mayores o menores que*

puedan resultar de los mismos”, sería de “quinientos setenta y un mil dólares americanos (USD 571.000,00)”, de los cuales USD 67.000 corresponderían al “recorrido, verificación, geometría, cálculos y definición de refuerzos” y U\$504.000 a: “-Materiales para el refuerzo de puentes metálicos. – Fabricación, montaje y desmontaje refuerzos de puentes metálicos – Materiales para apoyos temporales de los Boxes – Fabricación, montaje y desmontaje de apoyos temporales Boxes – Asistencia y sustentación a Fiedler / MTI – Comisión de Topografía para el paso de los 8 motores – Suministro de equipos para instalación de refuerzos”, salvo las “actividades o trabajos adicionales, tales como: Ensayos no destructivos, tintas penetrantes, ni radiografías, ya que estos dependerán del nivel de inspección que exija el MTI, ni estudios de suelos, ni extracción de núcleos, pólizas ni seguros requeridos en Nicaragua, los cuales serán trasladados al cliente”, así como los materiales que debía suministrar Mamut para la instalación de los apoyos temporales consistentes en “48 mesas metálicas, 24 vigas difusoras (HEA 360 x 1,20 mts x 6,00 mts) y madera, o a cambio los que sean indicados por nosotros siempre que nunca sobrepasen los pesos de los materiales a suministrar por Mamut”.

Lo que deja al descubierto que ni la oferta ni el contrato concretaron la forma en que se haría el reforzamiento de esas estructuras, como para poder sostener que en la ejecución de ese objeto contractual la demandante incurrió en unos costos no presupuestados para el momento de celebración del contrato.

Cierto, el 19 de julio, cuando hizo entrega de los estudios y cálculos estructurales para el proyecto, también aparecen unas memorias de los materiales de refuerzo que utilizaría para ese fin, con base en los cuales los expertos que rindieron los dictámenes periciales que fueron aportados al proceso determinaron que existió una mayor cantidad de materiales y de mano de obra invertida en la ejecución de esos reforzamientos; mas, analizadas las cosas a la luz del contrato y de la oferta, no ve la Corporación cómo con base en ellos podría decirse que existió un cambio en el

desarrollo del contrato, cuando la subcontratante estaba persuadida de que esos estudios debían ser aprobados primero por el Ingeniero Fiedler y luego por el Ministerio de Transporte e Infraestructura de Nicaragua para poder ser ejecutados, pues a pesar de que los auxiliares hicieron un análisis comparativo bastante cuidadoso con el fin de tasar los perjuicios solicitados en el libelo incoativo, es muy de notar que sus conclusiones carecen de utilidad a la hora de establecer cuál fue verdaderamente el alcance del contrato.

Pues se sabe que las cuestiones que tocan con aspectos puramente jurídicos, están reservadas de forma exclusiva para el fallador, de modo que las opiniones de los peritos en ese terreno son “*inocuas e inanes*”, en cuanto que éstos deben “*ayudar al juez sin pretender sustituirlo*”, como se señaló en la sentencia de casación civil de 17 de noviembre de 2011, expediente 1999-00533-01, de donde se sigue que la valoración probatoria y hermenéutica para determinar si en verdad esa ejecución excedió los confines del contrato, no tiene porqué desatarse con arreglo a lo concluido por los expertos.

A éstas, bien hace traer a recuento que en los contratos de obra “*la remuneración resulta ser un elemento cardinal, respecto del cual ha surgido una serie de modalidades que, aunque extendidas en la contratación pública, en virtud del postulado de la autonomía de la voluntad de los contratantes, no están vedadas para la negociación entre particulares*”, entre las que se cuenta la de “*tarifa global*” que “*otorga al contratista, como correlativo a las prestaciones a que se obliga, una cantidad de dinero fija, «independiente de la mayores o menores cantidades de unidades que se ejecuten y, por ende, el contratista asume los riesgos de las diferencias que surjan en las cantidades de obra y es responsable de culminarla por el precio pactado que es el real y definitivo» (CE, Sala de Consulta y Servicio Civil, 5 sep. 2018, rad. 2018-00124-00 (2386))*”, y que se diferencia de la remuneración por “*precios unitarios*”, justamente porque allí “*la retribución responde a «unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por*

el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato» (CE, Sección Tercera, Subsección B, 31 ago. 2011, rad. 1997-04390-01(18080; CE, Sección Tercera, Subsección B, 29 nov. 2019, rad. 2013-01093-01 (56925))”, distinción que reviste especial importancia en el caso sub-examen, pues tratándose de la primera de esas remuneraciones, “se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales» (ibidem; en el mismo sentido CE, Sección Tercera, Subsección B, 28 abr. 2021, rad. 2009-00909-01 (52085))” (Cas. Civ. Sent. de 17 de marzo de 2022, exp. SC505-2022).

Dicho en otros términos: el “valor pactado en un contrato a precio global incluye todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra. La suma así pactada, en principio, no da lugar al reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, dado que el contratista asume el deber de terminar la obra. En estos contratos la obra es vista como un todo –como algo indivisible– que debe ser culminada con los recursos que al efecto se estimaron desde el inicio. En consecuencia, al contratista le corresponde precaver que el valor del contrato debe incluir un margen de solvencia que le permita asumir los costos directos e indirectos del proyecto, tales como el posible incremento de las cantidades de obra inicialmente previstas, lo que no excluye la posibilidad de que se presente el

desequilibrio económico del contrato, claro está siempre que se presenten los elementos para su configuración”, es decir, que para que tenga cabida el “restablecimiento económico del contrato a favor de la parte afectada, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1°. Que con posterioridad a la celebración del contrato, se haya presentado un hecho extraordinario e imprevisto, ajeno a las partes, es decir no atribuible a ninguna de ellas.

2°. Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato, es decir que constituya un álea extraordinaria, que hace mucho más onerosa su ejecución para una de las partes.

3°. Que esa nueva circunstancia, no hubiere sido razonablemente previsible por las partes.

4°. Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sent. de 2 de marzo de 2020, rad. 1997-03054-01).

Algo como eso, sin embargo, no es cosa que pueda predicarse en el caso de ahora, pues conociendo de antemano la subcontratante que los estudios y diseños que presentara debían ajustarse no sólo a los requerimientos de la obra para que había sido contratada Mamut, sino también a las normas de ese país, “*le era plenamente exigible conocer los valores por los cuales debía presentar su oferta de precios unitarios, conforme a la realidad tanto de los ítems que la integraban como de sus propias necesidades de maquinaria, equipos, materiales y mano de obra, de cara también a (...) los trabajos a ejecutar, la ubicación de los mismos y demás especificaciones técnicas*”, esto es, contaba con los “*elementos para determinar, de manera profesional, los costos operativos fijos y aún aquellos variables en que incurriría en la ejecución del Contrato No. CLCI-0179 para proveer a la contratante todos los equipos, materiales, mano de obra y maquinaria requeridos como así lo pactaron*”, de modo que la “*siendo su responsabilidad la debida y*

completa estructuración de los términos de la oferta pecuniaria, incluyendo los precios unitarios fijados convencionalmente como forma de pago de los trabajos y servicios contratados, las deficiencias cometidas en el ofrecimiento no son imputables causalmente a la conducta de la demandada” (Sentencia SC505-2022 citada); así, la necesidad de que los estudios que presentara para poder ejecutar las obras debían cumplir con los requerimientos que hiciera el ingeniero para su aval, así como para la aprobación del Ministerio de Transporte de Nicaragua era algo previsible por la empresa demandante, pues lo que pactaron era que los diseños debían pasar esos dos filtros, no que debían ser acogidos inflexivamente para la ejecución del contrato, y sin embargo asumió la obligación de hacer la obra bajo esos criterios, de donde no puede decirse que el ajuste de esos diseños y los efectos económicos que éste produjo le eran imposibles de prever, menos cuando no hubo sustitución de las obras, desde que el objeto del contrato siempre fue el mismo, vale decir, la fabricación, instalación y desmontaje de refuerzos, apoyos temporales y asistencia para el proyecto de Brasiles en Nicaragua, no se modificó el tipo de contratación y no se exigieron materiales distintos, pues en la cláusula cuarta del contrato habíase establecido de antemano que el *“material y la mano de obra suministrado y/o empleado en el desarrollo del servicio serán de primera calidad, de conformidad con las mejores prácticas comerciales”*, por lo que en esas condiciones, no es posible colegir en que la demanda ha debido prosperar para ordenar el pago de esas mayores cantidades de obra, por supuesto que si la demandada estaba contractualmente facultada para hacer modificaciones a los diseños que en virtud del contrato presentara la demandante, el ejercicio de esa prerrogativa no puede significar el incumplimiento de sus deberes.

Ahora, se puntualizó desde un comienzo que el incumplimiento que la demandada le endilga a la demandante, fundado en que ésta no se atuvo al cronograma pactado, no es argumento admisible a efectos de considerar ese incumplimiento, pues así se afirme por la demandada que esa tardanza para entregar finalizada la obra determinó a su turno que se le declarara incumplidora del contrato principal

y de contera se le impusieran las sanciones previstas para aquél, le es atribuible a ella, desde que los materiales para el reforzamiento de los puentes que se obligó a entregar, lo que según el cronograma debía hacerse a principios de septiembre de 2015, sólo vinieron a entregarse el 25 de septiembre, situación que sumada a los ajustes y verificaciones que debieron hacerse por petición de Fiedler y del propio Ministerio, *“ocasionó atraso en el plan de trabajo”* y dadas esas *“eventualidades aquí analizadas en vez de permitir a las demandantes la recuperación del tiempo ya perdido, como lo sugirieron al pretender justificar su incumplimiento respecto de la movilización, agravaron para ellas la situación y determinaron, por ende, que el programa de labores se viera mayormente resquebrajado”*, de modo que si fue *“ese retraso acumulado que se traía en el plan de trabajo, derivado de las etapas precedentes del contrato y provocado por las circunstancias ya advertidas”* el que en últimas *“hizo imposible el cumplimiento de esta fase en la forma estipulada”*.

A lo que debe añadirse, de todas formas, que según lo ilustran esos correos que se cruzaron las partes durante la ejecución del contrato, éstas intentaron siempre de consuno superar los escollos que surgían de esos imprevistos, como lo demuestran esos cronogramas que debieron ajustarse en varias oportunidades, algo natural si se tienen cuenta que *“aplicadas las normas de la experiencia y de la lógica común, permite suponer que tanto el consorcio subcontratista como la subcontratante, desde el mismo momento en que celebraron el convenio, si no antes, pudieron visualizar y, por lo mismo, evaluar las dificultades que su ejecución iba a ofrecer, no siendo entonces pertinente entender que ellas imaginaron que la realización de la obra no iba a representar tropiezo o dificultad alguna y que, por consiguiente, el contrato podría desarrollarse dentro de los precisos términos y conforme las especificaciones técnicas establecidas en el subcontrato”*, de modo que lo *“propio era pensar que, como en efecto ocurrió, a la materialización de la obra contratada solo podría llegarse después de superar el sinnúmero de dificultades de todo orden que se presentaran y que, para vencerlas, era indispensable, entre*

muchas exigencias, utilizar criterios flexibles en la interpretación del subcontrato mismo, inspirados en la lealtad y buena fe contractuales, y la estrecha colaboración de las partes entre sí” (Cas. Civ. Sent. de 9 de marzo de 2001, exp. 5659).

En realidad, como lo aduce la apelación, también en otros correos la demandada pretendió hacerle ver a la actora que esa tardanza la estaba ubicando en un plano de incumplimiento contractual, pero nótese cómo a pesar de ello y de esas demoras, hizo lo necesario para la culminación de la obra, y la recibió, *“comportamiento contractual”* del cual *“se infiere que ellas, hasta concluir la obra, y pese a los reclamos que se habían formulado, no atribuyeron a ninguno de los hechos analizados, y más precisamente a los que respaldan el incumplimiento que ahora las demandantes imputan a la demandada, virtud suficiente para resquebrajar el contrato mismo, al punto que, se insiste, la obra fue concluida por las aquí demandantes. En otras palabras, las partes con su actitud denotaron que, por no tener los hechos aquí denunciados transcendencia suficiente para impedir sacar adelante el contrato, consintieron en ellos y los superaron. En suma, pues, para las mismas partes, esos hechos no fueron constitutivos de mora, en el sentido jurídico que atrás se dejó esbozado”* (Sentencia citada).

De suerte que si en aquel momento no consideró que una circunstancia como esa fuera capaz de afectar el contrato, tanto que persistió en que se ejecutara hasta su terminación, no puede ahora dársele esa relevancia que pretende para entender que la demandante está obligada a indemnizar esos perjuicios que pretendió por vía de reconvención.

Después de todo, analizando en conjunto todo ese trasegar contractual, no queda duda de que las partes contratantes *“ajustaron por mutuo acuerdo su actuar a las cambiantes circunstancias que se fueron presentando (...) lo que indica que las sociedades contratantes ahora en litigio, con la ‘aplicación práctica’ que le dieron al contrato*

modificaron en forma tácita ese plazo inicialmente previsto, y, en razón de lo dispuesto por el artículo 1622 del Código Civil, así ha de entenderse, como efectivamente lo entendió el Tribunal, sin que ello implique ni desconocer el contrato, ni pasar por alto la intención de los contratantes, sino, simplemente, tener en cuenta una interpretación del mismo que surge de la conducta externa de los contratantes y que apunta a la eficacia del mismo y al cumplimiento de la finalidad económico-social que ellas persiguieron al pactar sus cláusulas”, interpretación que no puede ser una distinta a esa de que “las partes modificaron el contrato inicial para ir solucionando, en beneficio recíproco, los problemas que se presentaron en su ejecución, hasta agotarlo, terminando la obra varios meses después de lo inicialmente estimado”, conclusión que “no resulta contraevidente ya que, al contrario, se encuentra no solo en el campo de lo razonable y de lo verosímil, sino que, resulta ser acompasada con la realidad de los hechos, como quiera que las partes con su conducta y acorde con las circunstancias introdujeron modificaciones de las cuales, por la fuerza misma de las cosas, devino luego la prolongación del contrato en el tiempo, lo que fue mutuamente aceptado por ellas” (Cas. Civ. Sent. de 27 de marzo de 1996, exp. 4714), lo que descarta la idea de que ahora pueda una de las partes obtener provecho de esa circunstancia.

Y si las cosas son de ese tenor, no hay duda de que habiéndose entregado la obra para la que fue contratada la demandante y no poderse predicar esa responsabilidad que le endilga la demandada, lo propio era que cancelara el saldo del precio que ellas pactaron, como en efecto lo dispuso el fallo apelado, situación que no amerita enmienda; solo una precisión: la de que la tasa a tener en cuenta para su pago es la vigente para ese momento, como lo dispone el parágrafo 1º del artículo 79 de la resolución 8 de 2000 del Banco de La República, a cuyo tener se tiene que “*para efectos judiciales que requieran la liquidación en moneda legal colombiana de obligaciones pactadas en moneda extranjera, que correspondan a operaciones de cambio, se aplicará la tasa representativa del mercado de la fecha del pago*”, que no a la que aludió la demandante en el juramento estimatorio,

pues éste no adquirió contornos definitivos al ser objetado por la demandada.

Solo resta por analizar lo tocante con las costas, las que, según la apelación de la demandada, no vienen a lugar porque la pretensión principal de la demanda inicial salió avante apenas de forma parcial; y a ese respecto estima la Sala que tampoco tiene razón, pues aunque es cierto que la regla 5ª del precepto 365 del estatuto general procesal, establece que “[e]n caso de que *prosperare parcialmente la demanda*, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”, es lo cierto que, en el caso de autos, la discusión del proceso estuvo en si había lugar a declarar contractualmente responsable a alguna de las partes, y el juzgado decidió que en efecto lo fue la demandada por no cancelar el saldo del precio, es ostensible que las costas deben imponérsele, pues a la postre resultó perdidosa dentro del proceso, y esa es la consecuencia que determina la regla 3ª del antedicho precepto, con todo y que la condena no haya sido por el monto pretendido por la demandante inicial.

La condena en costas frente a la llamada en garantía, por lo demás, también debe mantenerse, pues por tener ese cariz preceptivo que le asigna la ley, su imposición deviene inexcusable; admitir lo contrario, contravendría el artículo 1º del artículo 365 del estatuto general del proceso, a cuyas voces se tiene que se hará acreedora a esa condena la parte que resulte vencida en el juicio, la cual, itérase, por ser preceptiva, no admite digresiones de ninguna naturaleza, por lo que lo natural es que deba reconocer las costas en que tuvo que incurrir la aseguradora a quien se hizo el llamamiento, para ejercer la defensa de sus derechos.

A lo que debe añadirse, ya para terminar, que el monto en que se fijaron las agencias en derecho, es asunto que escapa a la órbita del recurso, pues la pendencia sobre esa estimación se ritúa mediante el trámite liquidatorio que al efecto establece el artículo 366 del citado ordenamiento y su monto solo podrá controvertirse mediante “*los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas*”.

En fin. Las consideraciones plasmadas hasta aquí bastan para confirmar la sentencia apelada. Las costas del recurso, en armonía con ello, se impondrán a cargo de ambas partes, teniendo en cuenta que la alzada de ninguna de ellas prosperó.

IV.- Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de fecha y procedencia preanotadas, con la aclaración de que la TRM que debe tenerse en cuenta para el pago es la vigente para el momento en que aquél se realice.

Costas del recurso a cargo de las partes. Tásense por la secretaría del Tribunal incluyendo la suma de \$1'500.000 como agencias en derecho en esta instancia.

Oportunamente, vuelva el proceso al juzgado de origen para lo de su cargo.

Esta decisión fue discutida y aprobada en sesión de la Sala Civil-Familia de 2 de noviembre pasado, según acta número 33.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,



ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ

Pablo I. Villate M.
PABLO IGNACIO VILLATE MONROY



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ