

Ref. DECLARATIVO DE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO, rad. N° 19001-31-03-002-~~2018-00200-01~~ de Grandes y Modernas Construcciones de Colombia S.A.S - Gracol S.A.S. Vs. Eduardo Ramirez Aldana y la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN
SALA CIVIL - FAMILIA

Magistrado ponente: JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA

Popayán, seis (6) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

(Discutido y aprobado en Sala de decisión de fecha 6 de diciembre de 2022, según acta No. 024)

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES de la DEMANDA y HECHOS RELEVANTES. Mediante demanda radicada el día 30 de noviembre de 2018, la sociedad GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S., solicitó lo siguiente: i) declarar que el señor EDUARDO RAMIREZ ALDANA, en calidad de contratista, incumplió los siguientes contratos de obra: contrato del 18 de mayo de 2.017 , junto con sus otrosíes modificatorios, contrato del 02 de julio de 2.017, contrato 025 del 13 de septiembre de 2.017, contrato 013 del 13 de septiembre de 2.017 y contrato 106 del 13 de diciembre de 2.017. ii) en consecuencia, condenar a la parte demandada a pagar en favor de la contratante, por perjuicios materiales, la suma total de \$ 126'118.769, y por perjuicios inmateriales (daño al buen nombre de la sociedad), la cantidad de \$ 50'000.000.

Como sustento de sus pretensiones, en lo relevante, se relató en la demanda, que entre la sociedad GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA - GRACOL S.A.S. (contratante), y el señor EDUARDO RAMIREZ ALDANA (contratista), se celebraron cinco contratos de obra y dos otrosíes modificatorios, cuyo objeto era el suministro de mano de obra necesaria y calificada para la construcción de algunas viviendas (29) del proyecto de condominio "Versalles" ubicado en la ciudad de Popayán, convenios que fueron respaldados con pólizas de cumplimiento adquiridas con la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA S.A.

Que en el desarrollo de dichos contratos de obra, se presentó incumplimiento por parte del contratista por "*obra defectuosa, tardía y no cumplida en la totalidad*", causándose perjuicios tanto materiales como inmateriales a la sociedad demandante.

Que según se informó por parte del director de obra, Ing. JOSE FERNANDO MONTEALEGRE, los defectos encontrados en la construcción de las viviendas, no solo ocasionaron retrasos en la entrega de las mismas sino también sobrecostos tanto administrativos como en la ejecución del contrato, debido a la "*mayor duración de la obra*".

Que en aras de dar celeridad a la entrega de las casas y cumplir con el acuerdo al que se llegó con sus propietarios, la demandante de manera célere procedió a realizar las reparaciones necesarias, a través de otros dos contratistas, quienes mediante actas indicaron detalladamente los desperfectos encontrados en las construcciones, además de las obras que se debieron adelantar para corregirlos.

2. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES DE MÉRITO.

2.1. COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., dentro del término previsto para el efecto, se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestando que esta última, solo concurre al proceso en virtud de las pólizas de seguro de cumplimiento, y sus modificaciones, que suscribió con los contratantes de la obra, agregando que tanto dichas pólizas como sus certificados de modificación, se constituyen en ley para las partes y hacen parte integral del contrato de seguro. Como excepciones de mérito propuso las siguientes:

a) "*Violación por parte de la entidad asegurada de dar cumplimiento al artículo 1075 del Código de Comercio*", teniendo en cuenta que el asegurado o beneficiario están obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro "*dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer*".

b) "*Inexistencia de incumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos citados en la contestación de la demanda y en las pólizas que se citan en el hecho No. 1 de la demanda*", pues se observa que las garantías amparadas respecto de los contratos de obra reclamados, cubren únicamente los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales del garantizado, y que en este caso se contraen "*al suministro de mano de obra necesaria y calificada para la realización de las diferentes fases del proyecto condominio Versailles*", más no al desarrollo del mismo, y es claro que en las pretensiones de la demanda, se está solicitando la declaración de un incumplimiento por situaciones distintas a las que se contrae el objeto de las pólizas.

c) "*Límite asegurado*", de tal manera que lo pretendido por la demandante no puede superar el valor asegurado establecido en cada una de las pólizas contratadas.

2.2. EDUARDO RAMIREZ ALDANA, a través de apoderado judicial, dio contestación a la demanda resistiendo las pretensiones y manifestando frente a los hechos que le dieron sustento, que no es cierto el presunto incumplimiento que se le endilga respecto de la ejecución de los contratos de obra suscritos con la sociedad demandante, pudiéndose por el contrario constatar el cumplimiento de sus funciones, mediante la revisión del cronograma de trabajo *"en donde deberán estar incluidos –sic- las actas de comité de obra, requerimientos al contratista, previos al trámite judicial, dando cumplimiento así a las estipulaciones contractuales suscitadas entre las partes"*, agregando que en estos eventos, quien tiene la carga de la prueba es la parte demandante, dado que se está afirmando que existieron sobrecostos y mayor duración de la obra, sin evidencia alguna que lo demuestre.

Que aunado a lo anterior, la obra ejecutada correspondía a *"obra negra"*, cuya calidad y perfección depende de *"los materiales y formaleas que la empresa GRACOL S.A.S., suministraba"*, los cuales eran de muy malas condiciones, tal como bien se le dio a conocer de manera oportuna a la demandante, enfatizando en que es aquella quien deberá demostrar el *"porcentaje de incumplimiento del contratista"*, junto con los requerimientos previos por obra defectuosa. Como excepciones de mérito propuso las siguientes:

a) *"Inexistencia del incumplimiento contractual"*, bajo el entendido de que no se aportó prueba alguna con la que se acreditara el supuesto incumplimiento que se le endilga, como por ejemplo, un estudio técnico que indicara los defectos de la obra, los requerimientos previos por parte del interventor y/o las actas de comité que debieron haberse suscrito entre las partes, con el fin de cumplir a cabalidad el objeto contractual, evidenciándose por el contrario, que con la firma de los otrosí, el contrato se desarrolló normalmente.

b) *"Omisión al cumplimiento de lo establecido en el art. 1075 del Código de Comercio"*, pues en caso de haber existido el presunto siniestro alegado por el extremo activo, se debió dejar constancia de ello, para de esta manera obligar a la aseguradora a intervenir dentro de la obra con el ánimo de salvar la misma.

3. DEMANDA DE RECONVENCIÓN. Dentro del término procesal pertinente, EDUARDO RAMIREZ ALDANA, por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda de reconvencción, solicitando i) ordenar el pago y reconocimiento de las facturas ahí relacionadas por valor de \$ 86'823.374, por concepto de *"MAYOR CANTIDAD DE OBRA EJECUTADA"*; ii) reconocer el pago de \$ 52'665.970 a título de intereses compuestos, por el retraso en el pago de la cantidad anterior; iii)

ordenar el "desembolso y pago" de las "retegarantías" realizadas por el contratante por valor de \$ 62'374.253 más los intereses causados a la fecha; iv) condenar al pago de \$ 68'000.000 a título de lucro cesante, representados en los intereses y capital del préstamo adquirido por el Ingeniero RAMIREZ ALDANA entre junio y diciembre de 2017 con el señor CARLOS ALBERTO CHICANGANA AGREDO, a fin de ejecutar obras y pagar obligaciones de trabajadores que no fueron reconocidas por el contratante; v) condenar al pago de daño emergente por valor de \$ 5'000.000, por concepto de honorarios de abogado; y vi) disponer la liquidación total y absoluta de los contratos de obra civil suscritos entre las partes

Como sustento de sus pretensiones, y después de hacer alusión a los contratos de obra celebrados con la constructora, en síntesis, señaló, que el inicio y ejecución de aquellos estuvo siempre supeditado a la disponibilidad y planeación de la constructora GRACOL, pues no contaba con anticipos, ya que los pagos eran efectuados posterior a su ejecución y recibo a satisfacción de interventoría, y que además la contratante practicaba una retención equivalente al 10% sobre los ítems ejecutados y reconocidos.

Que durante el desarrollo del contrato para la construcción de 29 viviendas en el condominio "Versalles", con el ánimo de dar cumplimiento a sus obligaciones, mediante correo electrónico, acreditó el cumplimiento en la entrega de diseños aprobados y firmados, junto con las cantidades de obra por vivienda, sin embargo, fue la contratante quien ocasionó retrasos en la construcción al no garantizar "el principio de planeación al contratista", haciendo hincapié en que en este tipo de contratos, las inversiones y los gastos de recursos, no pueden estar determinados por los intereses de las partes que tienen a su cargo la ejecución del presupuesto, sino que por el contrario, "es necesario que se cumplan una serie de requisitos (...) como lo son estudios previos, diseños y proyectos".

Que muy a pesar de los requerimientos del contratista, frente a la entrega y ajustes de las cantidades de obra, la respuesta recurrente de la contratante siempre fue que ello se revisaría "más adelante"; hecho que lo llevó a recurrir a créditos particulares con "intereses considerables", a fin de dar plenas garantías laborales a los trabajadores y cubrir el mayor valor que requería la construcción, sin que ello haya sido objeto de reconocimiento, alegándose por la constructora una estipulación contractual en la que se indicaba que las actividades que no fueran contratadas, no serían reconocidas, configurándose con ello "nada más y nada menos que un abuso y desventaja sobre quien recae la obligación y cumplimiento de ejecutar", y el consecuente "ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONOMICO" en contra de sus intereses.

4. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN. GRACOL S.A.S. se opuso a las pretensiones de su contraparte, manifestando que no es cierto que el inicio de la obra estuvo supeditada a la voluntad de la constructora, puesto que fue el señor EDUARDO RAMIREZ ALDANA quien se abstuvo de darle comienzo y cumplir con los términos pactados en cada uno de los contratos a pesar de los múltiples requerimientos que se le hicieron para el efecto.

En lo atinente a la devolución de las rete garantías, señala, que como es costumbre en el sector de la construcción, bajo el principio de planeación, se cubren los imprevistos por calidad, retraso u obra no ejecutada, a lo cual se denomina rete garantía, razón por la cual, dicho reintegro se encontraba supeditado a la *"entrega de la totalidad de las casas objeto de trabajo; en un tiempo de 6 meses para el pago del 50% y el otro al año"*, no obstante, el incumplimiento defectuoso del contratista hizo incurrir a la constructora en sobrecostos y la entrega tardía de las viviendas, retraso que también obedeció a que el ingeniero RAMIREZ ALDANA no contaba con el suficiente personal para ejecutar la obra en los plazos señalados. Por lo tanto, concluye, que no existe una obligación exigible a la constructora respecto a la rete garantía, dado que *"aún no se cumple la condición y el plazo estipulado para cada contrato"*.

Que tampoco es cierto que el Ingeniero RAMIREZ ALDANA haya realizado requerimientos escritos y/o verbales en lo concerniente a las mayores cantidades de obra, y mucho menos que la respuesta ante ello, haya sido que posteriormente se revisarían, pues no hay prueba en el expediente de tal actuar, más aun cuando lo que se pretende es el reconocimiento de un valor excedente que no se encuentra debidamente acreditado, no pudiendo tampoco hablarse de desequilibrio contractual puesto que las partes de manera autónoma, pactaron que las actividades que no fueran contratadas, *"no serían canceladas por el contratante"*; cláusula que no se muestra abusiva en tanto que se *"tipificó como una garantía para los dos extremos contractuales"* a fin de lograr el éxito del contrato.

Señala, por último, que las condiciones generales de inicio y ejecución de los contratos, fueron dadas desde el inicio al demandante en reconvencción, de conformidad al cronograma de obra, suscribiéndose durante su ejecución, las respectivas actas parciales, por lo que causa extrañeza que solicite el reconocimiento de mayores cantidades de obra ejecutadas, cuando era este quien las reportaba y conciliaba con el interventor del proyecto.

Como excepciones de mérito formuló las tituladas:

a) *"Inexistencia de la obligación"*, pues de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad privada, y en pro de garantizar el equilibrio del contrato, se pactó por las partes que *"las actividades que no sean contratadas, no serán canceladas por el contratante"*, agregando que cada una de las actas parciales presentadas por el contratista al interventor de la obra, en ningún momento fueron tachadas de falsas o hubo reposición, razón por la que si aquellas no describían la realidad de las mayores cantidades de obra ejecutada debió así indicarse en ese momento, y no como ahora se pretende con la interposición de la demanda.

b) *"Carga de la prueba de los perjuicios y de la responsabilidad del contratante"*, teniendo en cuenta que el reconviniente allega una liquidación suscrita por un contador, y un plano sin título y sin descripción de su autor, *"lo que no prueba que se hayan realizado las cantidades adicionales solicitadas"*.

c) *"Configuración de la responsabilidad de la culpa exclusiva de la víctima"*, pues las partes dentro de la autonomía de la voluntad, decidieron estipular que no se pagarían actividades no contratadas, y en tal sentido, si el demandante en reconvencción ejecutó mayor cantidad de obra lo hizo a voluntad propia.

d) *"Cobro de lo no debido"*, dada la inexistencia de la obligación que reclama el contratista.

5. LA SENTENCIA APELADA. En ella se resolvió: i) Declarar probada la excepción de *"Inexistencia del incumplimiento contractual"* propuesta por EDUARDO RAMIREZ ALDANA, y en consecuencia, ii) negar las pretensiones de la demanda inicial. iii) declarar probada de manera oficiosa la excepción de *"no acreditarse los requisitos de la acción de enriquecimiento sin causa, ni de la acción de revisión de los contratos ante su excesiva onerosidad, y falta de prueba de un acuerdo de voluntades entre las partes que haya tenido por objeto una mayor cantidad de obra"*, iv) negar las pretensiones de la demanda de reconvencción, y v) sin condena en costas.

Lo anterior, luego de considerar el funcionario de primer grado, que acorde a la normativa y jurisprudencia que regulan la materia, y el análisis de los medios de prueba aportados al expediente, se logró concluir que dentro del proceso no se acreditaron los elementos que estructuran la responsabilidad del señor EDUARDO RAMIREZ ALDANA en el incumplimiento de los contratos de obra que suscribió con GRACOL S.A.S., pues en virtud de las estipulaciones contractuales, para poder atribuirle tal incuria, se tenían que agotar ciertas

etapas: primero, la no aceptación de las obras por parte de la constructora al infringir con las especificaciones de calidad; segundo, la exigencia al contratista del retiro, reposición o reparación de las construcciones defectuosas; y tercero, la negativa del demandado inicial a efectuar estas adecuaciones; situación que tampoco se demuestra con el hecho de que la sociedad constructora haya celebrado nuevos convenios con los señores ALIRIO CUARÁN CUELTAN y WILLIAM FERNANDO PINO MARTINEZ, ya que el objeto de los mismos *"es general sin que se especifique el número de las casas en las que se realizarían las obras como si aparece en los contratos objeto de este proceso"*, razón por la que al tenor de lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, no resulta procedente la acción resolutoria, dado que ella está estructurada en la acreditación de la ejecución indebida de los contratos de obra por parte del ingeniero contratista, lo que conlleva, también, a exonerarlo del pago de perjuicios contenidos en la cláusula penal, que fue el mecanismo acordado por los contratantes para cuantificarlos de manera anticipada.

En lo atinente a la demanda de reconvención, señaló, que tampoco se encontraban acreditados los elementos que estructuran la acción de enriquecimiento sin causa, al igual que la obligación de la constructora en reconocer y pagar mayor cantidad de obra por la ejecución de los contratos, teniendo en cuenta que en el hecho quinto de la demanda de reconvención, se afirmó que ante los requerimientos del contratista se propuso de forma verbal realizar los ajustes respectivos, *"circunstancia que conlleva a la improcedencia de la acción de enriquecimiento sin causa, porque existió un contrato entre las partes, según afirma el mismo demandante, siendo irrelevante que haya sido de manera verbal"*, además que el señor EDUARDO RAMIREZ ALDANA, cuenta con otras acciones para retornar el equilibrio patrimonial, *"como sería un proceso en el que se declare la existencia del contrato y su eventual incumplimiento"*, agregando que tampoco resultaría procedente la acción de revisión de los contratos *"ante su excesiva onerosidad, pues como lo reconoce el demandante en reconvención, lo que reclama corresponde a mayor cantidad de obra a la contratada inicialmente en los contratos de obra que fueron objeto de estudio en la demanda inicial"*, y en tal sentido, no se trató de circunstancias extraordinarias imprevistas o imprevisibles posteriores a la celebración de los contratos, como las que regula el artículo 868 del Código de Comercio, por lo que no había lugar a examinar las circunstancias que pudieron haber alterado las bases del contrato.

Que aunado a lo ya expuesto, las partes incluyeron una cláusula en la que se acordó que las actividades que no estuvieran contratadas no serían canceladas por el contratante, lo que da a entender que solo había lugar a pagar lo que era objeto de los referidos contratos, concluyéndose que en la demanda de reconvención no se demostró que entre el señor EDUARDO RAMÍREZ ALDANA y la sociedad GRACOL S.A.S, se hubiera efectuado un convenio diferente que haya tenido por objeto realizar una mayor cantidad de obra a la inicialmente pactada.

6. LA APELACIÓN. La interpuso el apoderado de la parte demandante en reconvención, manifestando su desacuerdo en los siguientes aspectos:

- Que se dejaron de practicar algunas de las pruebas decretadas como lo fueron los testimonios de MARY GOMEZ y JOSE FERNANDO MONTEALEGRE, *"quienes no pudieron conectarse a través de la plataforma oficial; pero estaban disponibles para rendir su testimonio a través de Whats App o celular"*, e igualmente la exhibición de documentos como lo son: *"1° los estudios y diseños previos a la ejecución de los contratos celebrados entre GRACOL y EDUARDO RAMIREZ ALDANA. 2° Los estudios técnicos que permitieran determinar el presunto incumplimiento y obra defectuosa ejecutados por el contratista EDUARDO RAMIREZ ALDANA"*.

- Que el a quo omitió pronunciarse sobre la devolución de las rete garantías retenidas al contratista EDUARDO RAMIREZ ALDANA.

- Que el funcionario de primer grado tampoco valoró que los contratos *"al ser por precios unitarios, llevan implícita la revisión de las cantidades reales ejecutadas para proceder a la liquidación final de lo realizado"*.

7. ACTUACIÓN RELEVANTE DE SEGUNDA INSTANCIA. Ejecutoriado el auto que admitió la alzada, y entrado en vigencia el Decreto legislativo 806 del 4 de junio del 2020 ¹, se dispuso prorrogar el término para proferir sentencia, y se corrió traslado para la sustentación escrita de la apelación presentada y la manifestación que a la misma tuvieron los no apelantes ², oportunidad que fue utilizada por las partes en los siguientes términos:

¹ Por el cual se adoptaron entre otras, diversas medidas para *"...agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*.

² Traslados dispuestos mediante auto de fecha 09 de abril de 2021, en la forma y términos señalados en el Art. 14 del D.L. 806 del 4 de junio de 2020.

7.1. SUSTENTACIÓN DE LA ALZADA: Expuso el apoderado del reconviniente, que al haberse declarado probada la excepción de "INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL" propuesta por el demandado inicial, el a quo debió ordenar a GRACOL S.A.S. devolver los dineros que su representante legal reconoció haber descontado a EDUARDO RAMIREZ por concepto de rete garantía, que ascienden a una suma de \$ 62'374.253, en tanto no había ninguna razón para que la empresa contratante se quedará con los valores que en cada liquidación se retenían, *"pues no hubo incumplimientos en los trabajos realizados por EDUARDO RAMIREZ ALDANA"*.

Que el Juez de primer grado no valoró el hecho de que los contratos al ser por precios unitarios, llevan implícita la revisión de las cantidades reales ejecutadas para proceder a la liquidación final de lo realizado, *"la cual conlleva el mayor riesgo para el contratista, pues este asume el mayor costo previsible de cada ítem de obra, pero quien encarga la obra asume los riesgos derivados de la mayor cantidad de obra requerida. Es por eso que como el contratante suministró los diseños y pactó con el contratista el valor del precio unitario en m², el contratista debe pagar el mayor valor resultante de la obra"*.

Por lo anterior solicita revocar la sentencia apelada, y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda de reconvención.

7.2. ALEGATOS DEL NO APELANTE. La Sociedad GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA - GRACOL S.A.S. pide confirmar el fallo atacado, argumentando, que el hecho de que el juez de primera instancia haya despachado desfavorablemente su solicitud de declaración de incumplimiento del contrato por parte del señor EDUARDO RAMIREZ ALDANA, no implica que este haya honrado sus compromisos contractuales, *"pues el fundamento fáctico y jurídico de la decisión, recae en reconocer que mi procurada no cumplió con su parte y, ello, como es evidente, impide que pida la resolución del contrato por cumplimiento"*, además de que si lo pretendido por el demandado inicial era obtener la devolución de las rete garantías, debió interponer en el transcurso del proceso *"una demanda de mutua petición en la que consignara de forma expresa, esa pretensión en sede de cumplimiento"*.

Que de otro lado, en lo atinente al reconocimiento de mayor cantidad de obra, se debe recordar que dentro del contrato de obra objeto de análisis, propio del ámbito privado, no existen cláusulas que se entiendan incorporadas por disposición legal, primando entonces la voluntad de las

partes y, en todo caso, la costumbre comercial, la doctrina y la jurisprudencia, por medio de las cuales, se ha previsto que en “los contratos por precios unitarios debe convenirse una fórmula de ajuste para efectos de garantizar su oponibilidad”, debiendo aquella reclamarse en “sede de cumplimiento” pero en ningún caso a través de la acción de enriquecimiento sin causa que de entrada descarta la existencia de un vínculo contractual.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales tales como la capacidad para ser parte, capacidad procesal y demanda en forma, se encuentran satisfechos en este asunto, luego no hace falta pronunciamiento particularizado al respecto distinto al de mencionar, que tampoco se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta este momento ni en primera ni en segunda instancia, ni las partes presentaron alegato en tal sentido.

2. Es además a esta Colegiatura a la que le corresponde conocer en segunda instancia de la apelación del fallo proferido por el *a quo* bajo la órbita de la competencia fijada en razón del factor funcional consagrado en el art. 31-1 en concordancia con el 35 del C.G.P., siendo del caso pronunciarse en principio **“solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”** (inciso primero del Art. 328 *ibídem*), para revocar o reformar la decisión.

2.1. En este punto conviene recordar, que de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 327 del C.G.P., **el apelante debe sujetar su alegación “a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia”**, y en este caso se evidencia que los planteamientos del impugnante referentes a la omisión en la práctica de los testimonios de MARY GOMEZ y JOSE FERNANDO MONTEALEGRE, y la exhibición de documentos que mencionó en su escrito de reparos concretos, no fueron desarrollados en la sustentación de la alzada, y en ese orden, no serán objeto de pronunciamiento alguno en este fallo.

2.2. Al respecto, memórese, que en sentencia **SC3148-2021** del 28 de julio de 2021, la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia unificó el criterio en cuanto a las fases de interposición y sustentación de la apelación de sentencias, precisando:

“Está vedado al ad quem pronunciarse sobre cuestiones no comprendidas en los reparos concretos expresados por el censor contra la sentencia de primera

instancia, COMO SOBRE AQUELLOS REPROCHES QUE, PESE A HABER SIDO INDICADOS EN ESA PRIMERA ETAPA DEL RECURSO, NO FUERON SUSTENTADOS POSTERIORMENTE en la audiencia del artículo 327 del Código General de Proceso."³

Es por ello que el análisis que realizará esta Sala se limitará exclusivamente a los motivos de reparo que sí fueron objeto de sustentación, dejando por fuera cualquier otra cuestión que no se haya expuesto en esa primera fase, o que habiéndose esgrimido no fue debidamente sustentado por el apelante.

3. Tras estas precisiones iniciales, los problemas jurídicos que se plantean para resolver el recurso de apelación, se contraen a establecer: *i)* si es procedente acceder a la petición del reconviniente de ordenar la devolución de las "rete garantías" realizadas por el contratante por valor de \$ 62'374.253; y *ii)* si es viable reconocer en favor de EDUARDO RAMIREZ ALDANA y a cargo de GRACOL S.A.S., los valores reclamados por el reconviniente a título de "mayor cantidad de obra ejecutada".

4. La tesis que sostendrá la Sala es, que al no haber satisfecho la carga probatoria que le asiste al reconviniente, no es procedente acceder a ninguna de sus pretensiones, y por lo tanto la decisión apelada será confirmada. A la anterior conclusión se arriba luego de realizar el siguiente análisis jurídico y probatorio:

4.1. Sea lo primero recordar, que la primera sede declaró probada la excepción de fondo denominada "***inexistencia del incumplimiento contractual***" propuesta por EDUARDO RAMIREZ ALDANA, luego de señalar, que conforme el texto de los contratos de obra, correspondía a la Sociedad demandante acreditar tres aspectos esenciales: *i)* que no aceptó las obras realizadas por el contratista; *ii)* que le exigió a este último la reparación, retiro o reposición de las mismas, y *iii)* que aquel se negó a efectuar tales reparaciones o modificaciones, presupuestos fácticos éstos únicos que autorizaban a GRACOL S.A.S. para contratar dichas adecuaciones, modificaciones u arreglos con terceras personas, y así predicar un verdadero incumplimiento contractual del contratista.

Fue ante la falta de prueba de las circunstancias anotadas que el funcionario determinó negar los pedimentos de la demanda inicial, **pero sin llegar a concluir que el Ingeniero RAMIREZ ALDANA cumplió a cabalidad con sus**

³ Rad. No. 05360-31-10-002-2014-00403-02 MP. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO.

obligaciones contractuales -como equivocadamente lo sostiene el apelante-, dado que no obra prueba fehaciente de ello en el expediente, y precisamente por el manto de duda en torno a ese aspecto, no era procedente ordenar la devolución y/o pago de las "rete garantías" que el contratista reclamó en la reconvención.

4.2. En efecto, según se desprende de la **cláusula quinta** del contrato de obra civil de fecha 18 de mayo de 2017 suscrito entre GRACOL S.A.S. (contratante) y EDUARDO RAMIREZ ALDANA (contratista), las partes acordaron:

*"QUINTA: FORMA DE PAGO: El presente contrato será cancelado mediante actas quincenales de acuerdo al avance de la obra con el previo recibo a satisfacción por parte del interventor del contrato, otorgándose un plazo máximo de tres (03) días hábiles para realizar las correcciones necesarias que permitan al interventor verificar que las obras entregadas cumplen con los requisitos de calidad establecidos. **Como garantía a los trabajos se realizará una retención del 10%, la cual será devuelta de la siguiente forma: 50% a los 6 meses y 50% al año de entregadas las casas de la segunda etapa.***

Para hacer efectivo el pago es necesario presentar el acta de avance con el visto bueno del interventor del contrato y el pago de la seguridad social del contratista y el personal a su cargo." (Resaltado fuera del texto)

En igual sentido, la **cláusula quinta** de los contratos adiados el 2 de julio y el 13 de septiembre de 2017 establece:

*"QUINTA: FORMA DE PAGO: El presente contrato será cancelado mediante actas quincenales de acuerdo al avance de la obra, aplicando **una retención del 10% como garantía de los trabajos, la cual será devuelta el 50% a los 6 meses de entregadas las casas de la Primera Etapa del Condominio Versailles y el 50% restantes al año.**" (Resaltado fuera del texto)*

Y en la **cláusula quinta** del contrato de fecha 12 de diciembre de 2017, se consigna lo siguiente:

*"QUINTA: FORMA DE PAGO: El presente contrato será cancelado mediante actas quincenales de acuerdo al avance de la obra, aplicando **una retención del 10% como garantía de los trabajos, la cual será devuelta el 50% a los 6 meses de entregadas las casas de la Segunda Etapa del Condominio Versailles y el 50% restantes al año.**" (Resaltado fuera del texto)*

4.3. De acuerdo con dichas estipulaciones contractuales, para acceder al reconocimiento y pago de las sumas deprecadas por el contratista a título de "rete garantías", le correspondía demostrar, no solamente que realizó las obras a su cargo, sino también que fueron aceptadas o recibidas a satisfacción por la contratante, esto es, sin desperfectos o anomalías que obligaran a la

constructora a hacer efectivo el valor retenido como “*garantía*” de esos trabajos, y adicionalmente, la fecha en que se entregaron las casas de la respectiva etapa del Condominio Versailles, pues no de otra manera se podía establecer la exigibilidad de la prestación reclamada.

4.4. Véase que en la sustentación de la alzada, el apelante no menciona concretamente qué elementos de juicio obrantes en el expediente demuestran la configuración de los presupuestos convenidos para la devolución de la “*rete garantía*”, sino que se limita a señalar, que al haberse despachado negativamente las pretensiones de la demanda inicial, automáticamente debía accederse al pedimento que en ese sentido realizó el demandante en reconvención, olvidando que se trata de una pretensión autónoma, y que al igual que las súplicas de la demanda inicial, están sujetas al cumplimiento de la carga probatoria que ese extremo procesal no satisfizo.

Ciertamente, además de su propio dicho, ninguna otra prueba allegó el reconviniente que diera cuenta de la realización de las obras con las especificaciones y calidad contratadas, como tampoco de los demás presupuestos que conforme al literal del texto contractual debía probar; y según se verifica en el registro de la audiencia inicial, la prueba testimonial solicitada en la demanda de reconvención se excluyó por el a quo por no cumplir la solicitud con las exigencias contempladas en el artículo 212 del C.G.P., decisión que no fue objeto de ningún recurso.

4.5. De otro lado, en lo que concierne al “**mayor valor por obra ejecutada**” que reclama con insistencia el apelante, concuerda la Corporación con los razonamientos que al respecto realizó el funcionario de primer nivel y que llevaron a negar ese pedimento, por las siguientes razones:

4.5.1. En cuanto a la forma de pago en los “**contratos de obra**”, en reciente providencia precisó la Corte:

“En dicha especie de negocio jurídico, 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.

*Así, son conocidas como formas de pago, las de «“precio global”, “llave en mano”, “administración delegada”, “reembolso de gastos” y “**precios unitarios**”». En la última, «se hace un estimativo inicial del precio para efectos presupuestales, pero*

el precio definitivo se concreta al concluirse el contrato» (CSJ SC5568-2019, 18 dic., rad. 2011-00101-01).

La remuneración con base en una “tarifa global”, 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).

En cambio, **cuando lo pactado corresponde a “precios unitarios”, 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).

La distinción, según lo ha resaltado la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, es importante, porque «en el contrato a precio global 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).

Al acordarse el sistema de precios unitarios como forma de remuneración de la obra, el constructor o contratista se obliga, salvo estipulación en contrario, a «sostener los precios unitarios originales estipulados para cada uno de los ítems de la obra realizada, aun cuando estos puedan sufrir alzas, riesgo que en la práctica puede recompensarse durante la ejecución o en la liquidación; o preverse, según las cláusulas de reajustes que, de común acuerdo, se pacten» (CSJ SC5568-2019, 18 dic., rad. 2011-00101-01)⁴. (Resaltado fuera del texto)

4.5.2. En los contratos de obra suscritos entre las partes, y en los “otro sí” de los mismos, se estableció una serie de actividades o labores a realizar por el contratista, asignándose para cada una “cantidad”, “valor unitario” y “valor total”, además, se señaló un rubro total para cada contrato, pagadero según actas parciales de avance de obra, y en el párrafo primero de la cláusula primera de cada convenio aquí examinado, se estipuló:

⁴ CSJ SC505-2022, 17 mar. 2022, rad. No. 68081-31-03-002-2016-00074-01 MP. HILDA GONZÁLEZ NEIRA

“PARAGRAFO PRIMERO: Las partes contratantes acuerdan que *las actividades que no están contratadas, no serán canceladas por el CONTRATANTE*”.

De ahí, que en principio se concluye, que el contratista se obligó a ejecutar la labor contratada asumiendo él cualquier diferencia que eventualmente se presentara en las cantidades de obra, pues no se estableció excepción ni directriz alguna que le permitiera desarrollar actividades por fuera del objeto convenido, y que compelieran a la contratante a reconocerle pago alguno por ese concepto.

4.5.3. Ahora bien, con el fin de demostrar esas “mayores” cantidades de obra cuyo reconocimiento invoca el demandante en reconvención, aquel se limitó a aportar una liquidación elaborada por el contador ALBERTO SUAREZ CASTILLO, en la que se relacionan unos valores de capital e intereses de diferentes meses de los años 2017, 2018 y 2019, pero no se menciona ni se allega anexo alguno (v.gr. facturas, actas, etc.), que indique a qué tipo de actividad, obra o labor corresponde cada una de esas sumas.

Destáquese, que siendo el operador judicial ajeno al tema de la construcción y demás materias afines, el interesado mínimamente debía aportar un informe técnico o un dictamen pericial, que ilustrara con total claridad en qué consistieron esos trabajos extras o imprevistos que aquel afirma haber realizado, y de igual manera, algún elemento de convicción que permitiera al fallador establecer la justa remuneración que por esas supuestas actividades el contratista tendría derecho, pruebas que se echan de menos en el plenario y cuya eficacia suasoria no se sustituye con la sola declaración del reclamante.

4.5.4. Adviértase además, que en la demanda de reconvención el Ingeniero RAMIREZ ALDANA aseguró que las obras contratadas se recibieron a “satisfacción” por la contratante, y que efectuó varios requerimientos a GRACOL S.A.S. para la “entrega y ajustes de las cantidades de obra”, sin que acompañara prueba alguna de esas circunstancias, ni tampoco de la supuesta aquiescencia o el nuevo acuerdo de voluntades celebrado con la constructora, encaminado a la realización de actividades u obras adicionales a los que fueron contratadas inicialmente, hechos que fueron negados expresamente por la contraparte.

4.5.5. Para esta Corporación no basta con la sola afirmación de la demanda de reconvención de haberse presentado un **“rompimiento del equilibrio económico”** en detrimento de los intereses del contratista, o un presunto **“enriquecimiento sin causa”** de su contendiente, para acceder a las pretensiones del libelo, pues al tenor del artículo 167 del C.G.P., le incumbía al interesado probar los hechos en que se sustentan sus pedimentos; es decir, que si lo alegado era un desequilibrio contractual, necesariamente debía acreditar la ocurrencia, con posterioridad a la celebración del contrato y antes de su terminación, *“de circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, ajenas al afectado, que varíen significativamente las condiciones económicas del contrato”*⁵, y *“que tal alteración sea cierta, grave y provocante para el actor de una excesiva onerosidad de las prestaciones futuras que debe atender, o de una sensible disminución de las que habrá de recibir posteriormente”*⁶, como lo prevé el artículo 868 del C.Co.; o si el fundamento de sus reclamos era el enriquecimiento injustificado de la contrademandada, le correspondía demostrar ese supuesto e igualmente, el empobrecimiento del demandante, la correlatividad entre ambos, la ausencia de causa o de fundamento jurídico capaz de justificar el enriquecimiento, y la carencia de cualquier otra acción para remediar el comentado desequilibrio⁷; **aspectos que brillan por su ausencia en esta causa y que por lo tanto conllevan al fracaso de sus pedimentos.**

5. Ante ese escenario, se responden negativamente ambos problemas jurídicos propuestos, toda vez que no habiendo atendido el reconviniente la carga probatoria que le asiste, no era procedente acceder al reconocimiento y pago de las sumas deprecadas a título de *“rete garantías”*, ni mucho menos los valores reclamados por concepto de *“mayor cantidad de obra ejecutada”*, razón por la cual se confirmará la decisión apelada.

Dada la improsperidad de la alzada, se condenará en costas de esta instancia al demandante en reconvención aquí apelante.

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

⁵ CSJ SC12743-2017, 24 ago. 2017, rad. No. 20001-31-03-003-2007-00086-01 MP. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO.

⁶ Ídem 7.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de fecha siete (07) de junio de dos mil dos (2002), Expediente No. 7360 SC-103-2002, M.P. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno.

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 04 de septiembre de 2020 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, al interior de este asunto.

Segundo: Condenar al demandante en reconvencción a pagar las costas de esta instancia en favor de la demandada. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a *dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes*, la que será incluida en la liquidación correspondiente conforme lo normado en el artículo 366 del C.G.P. (Acuerdo No. PSA16-10554 de 2016).

Tercero: Devuélvase el expediente al despacho de origen. Déjense las constancias del caso en el Sistema Justicia S. XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado ponente

DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada

MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
Magistrado

AB.