TRIBUNAL SUPERIOR
Medellín

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, siete de septiembre de dos mil veintidós

De conformidad con el artículo 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 en concordancia con el artículo 373 del CGP por escrito, se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes frente a la sentencia proferida el 23 de agosto de 2021 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Envigado, en el proceso verbal instaurado por GTA COLOMBIA SAS contra PRB ELECTROMAPAS SAS.

1. ANTECEDENTES

1.1 El 20 de abril de 2017 se suscribió entre las partes el contrato de obra No. 30081, cuyo objeto era *"la obra civil y montaje del tramo 11 desde las torres 272 a la torre 293, trabajos de la línea de transmisión a 230 Kv Montería-Urabá- MONUR 10127."*

1.2 Se estableció un plazo de seis meses contados a partir de la suscripción de la orden de inicio (aclarando que realmente son tres meses según el contrato), el cual podría modificarse por acuerdo entre las partes mediante cláusula adicional en los eventos de mutuo acuerdo

entre las partes, fuerza mayor o caso fortuito demostrado y avalado por los inspectores.

1.3 El valor del contrato ascendió a QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES TRESCIENTOS VEINTIÚN MIL TREINTA PESOS ($550’321.030), incluyendo un 5% de utilidad sin el IVA; monto que se determina a partir de la cantidad de obra ejecutada y teniendo en cuenta la modalidad de contratación de cantidades y precios; incluyendo materiales, mano de obra, alquileres de equipos, gastos de transporte y manutención.

1.4 El 25 de abril de 2017 ELECTROMAPAS tomó el contrato de seguro de cumplimiento particular que se instrumentalizó mediante la póliza No. 18615-9 con Seguros Generales Suramericana S.A., con el fin de garantizar el cumplimiento del contrato de obra No. 30081, el amparo contenía las coberturas de buen manejo, correcta inversión del anticipo y cumplimiento del contrato.

1.5 La labor contratada inició el 2 de junio de 2017 y debía concluir el 2 de septiembre de 2017 según lo pactado.

1.6 El 5 de junio de 2017 ELECTROMAPAS presentó la cuenta de cobro No. 001 a GTA por CINCUENTA Y CINCO MILLONES TREINTA Y DOS MIL CIENTO TRES PESOS ($55.032.103) correspondiente al 10% del monto del contrato y como anticipo, para dar inicio a la ejecución de las obras en la zona rural del Municipio de San Pedro de Urabá.

1.7 El 14 de julio de 2017 GTA consignó en favor de ELECTROMAPAS QUINCE MILLONES DE PESOS ($15’000.000) por concepto de anticipo no programado; procedió el 14 de agosto de 2017 con la consignación de VEINTE MILLONES DE PESOS ($20’000.000) por este mismo concepto.

1.8 El 31 de agosto de 2017 se remitió escrito CE-10127-053 a ELECTROMAPAS con referencia al contrato de obra No. 30081, comunicando el incumplimiento contractual por no atender el cronograma y al verificarse un atraso del 91.1% sobre el tiempo estipulado en el acta de inicio; solicitando a la contratista que debía aumentar los recursos físicos y humanos para nivelar los tiempos y avances del contrato, así como el establecimiento de un plan formal fijando acciones para superar los atrasos presentados.

1.8 El 1 de septiembre de 2017 la demandante consignó en favor de la demandada DIEZ MILLONES DE PESOS ($10’000.000) por anticipo no programado.

1.9 En el archivo de GTA no reposa ningún acta de avance que pueda dar fe de lo que pudo haber ejecutado ELECTROMAPAS ni de la inversión de dineros entregados como anticipo contractual o no contractuales configurándose un incumplimiento según la cláusula décimosexta del numeral 16.3.6.

1.10 En total se pagaron CIENTO DIEZ MILLONES TREINTA Y DOS MIL CIENTO TRES PESOS ($110’032.103), con la confianza que la contratista poseía la capacidad técnica y profesional para ejecutar la obra contratada; correspondía a las cuentas de cobro sin que se presentara acta de avance que justificara la inversión de los valores cancelados.

1.11 El 20 de octubre de 2017 se notifica el incumplimiento total del contrato, en especial de la cláusula tercera y bajo el amparo de la cláusula vigésimoséptima.

1.12 La demandada dejó pendientes varias acreencias laborales con personal que prestó servicios en su favor; GTA se vio en la obligación de pagarles y suscribir actas de compromiso por transacciones laborales con estas personas; pagó algunas de las reclamaciones que llegaron ante

las inspecciones de trabajo, las cuales ascendieron a TREINTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS ($38’473.592) y DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($2’750.000) como valor acordado con UBERNEY MEDINA DE ARCO con ocasión de los honorarios dejados de cancelar por el servicio comercial de movilización de material y estructura.

1.13 Situación que configura el incumplimiento del literal c de la cláusula novena, el numeral 16.3.8 de la cláusula décimosexta y la cláusula 23 del contrato; los pagos realizados por GTA suman CIENTO CINCUENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO ($157’796.555).

1.14 En la cláusula 26 del contrato se acordó cláusula penal del 20% del valor del contrato en favor de la parte cumplida.

1.15 Pretende la declaratoria de incumplimiento contractual en aplicación de la condición resolutoria tácita a PRB ELECTROMAPAS SAS del contrato de obra No. 30081; como consecuencia, se le condene al pago de CINCUENTA Y CINCO MILLONES TREINTA Y DOS MIL CIENTO TRES PESOS ($55.032.103) por concepto de cláusula penal.

1.16 Solicita se declare la responsabilidad civil de la demandada con ocasión de los perjuicios ocasionados a la demandante, cuantificados en CIENTO DIEZ MILLONES TREINTA Y DOS MIL CIENTO TRES PESOS ($110.032.103) por pagos en exceso y sin ejecución efectiva de la obra; adicional a los perjuicios derivados de las acreencias laborales, de seguridad social y las deudas comerciales que tuvo que asumir la demandante por las omisiones de la demandada, monto que estimó en CUARENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SESENTA MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS ($47’760.965).

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó las excepciones de, "BUENA FE EN LA CONTRATACIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO y PRESCRIPCIÓN."

3. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Se formuló llamamiento en garantía a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. con ocasión de la vigencia del contrato de seguro celebrado entre las partes, el cual consta en la póliza No. 1861515-9; la demandante como asegurada y la demandada como tomadora.

4. CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Propuso las excepciones, "LAS CONDICIONES DEL CONTRATO DE SEGURO SON LEY PARA LAS PARTES, Y, POR ENDE, TAMBIÉN PARA EL JUEZ AL MOMENTO DE ESTABLECER LA COBERTURA DE LA PÓLIZA Y LA RESPONSABILIDAD DE MI REPRESENTADA, PRESCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO, FALTA DE PRUEBA DEL SINIESTRO Y DE LA CUANTÍA DE LA PÉRDIDA, INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE MANTENER EL ESTADO DEL RIESGO E INFORMAR LA AGRAVACIÓN DEL MISMO, DE EVITAR LA EXTENSIÓN Y PROPAGACIÓN DEL SINIESTRO Y DE DAR AVISO A LA ASEGURADORA DE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO, FALTA DE COBERTURA DE LA CLÁUSULA PENAL POR EXCLUSIÓN EXPRESA DE LA PÓLIZA, FALTA DE COBERTURA DE LAS ACREENCIAS LABORALES POR NO CONTRATARSE ESTE

AMPARO, EXCLUSIÓN DE LA CAUSA EXTRAÑA (FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, HECHO DE UN TERCERO O CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA), EXCLUSIÓN DE DOLO O CULPA GRAVE DEL ASEGURADO O BENEFICIARIO, VALOR ASEGURADO Y DISPONIBILIDAD DEL MISMO, DEDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE LA PROPORCIÓN EQUIVALENTE A LA PARTE CUMPLIDA DEL CONTRATO/ APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD y COMPENSACIÓN CON RESPECTO A LOS VALORES ADEUDADOS AL CONTRATISTA AFIANZADO."

Frente a la demanda principal, "INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA AFIANZADO Y/O EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO, INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LOS SUPUESTOS PERJUICIOS RECLAMADOS Y LA CONDUCTA DEL CONTRATISTA AFIANZADO e INEXISTENCIA Y/O FALTA DE PRUEBA DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS."

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Envigado profirió sentencia estimando parcialmente las pretensiones al considerar que se reunían los presupuestos de la resolución contractual, (i) la existencia de un contrato válidamente celebrado, (ii) el incumplimiento por parte de la contratista y (iii) el cumplimiento por parte de la demandante.

No obstante, del análisis de las pruebas concluyó que la demandante aceptó que la obra no pudiere entregarse en el término de tres meses pactado, para el 2 de septiembre de 2017, al punto de efectuar un requerimiento a la demandada para que entregara un nuevo cronograma a través de un

documento, lo que da cuenta de una suspensión del contrato o del otorgamiento de un plazo adicional para su ejecución.

Lo que se refuerza con la consignación de diez millones de pesos el primero de septiembre de 2017 por concepto de anticipo contractual no pedido, los cuales deben sumarse a los cuarenta y cinco millones consignados a pesar del poco avance de las obras.

Consideró que hay prueba del incumplimiento en la ejecución de las obras, pero el demandante dio entender que las exculpaciones fueron aceptadas y el contratista no demostró cumplir con el diseño y entrega de un cronograma de ejecución posterior, generando que se expidiera una carta el 20 de octubre de 2017 comunicando el incumplimiento total de la cláusula tercera del contrato y su terminación.

El incumplimiento devino de no atender el requerimiento del 31 de agosto de 2017 y durante el tiempo de prórroga o suspensión del negocio jurídico, la contratista incumplió las obligaciones relativas al pago de la seguridad social, la contratante tuvo que pagar las planillas por $6’500.000 el 18 de septiembre de 2017 como fue narrado y aceptado por la demandada.

En este orden, no hay prueba de la excepción de contrato no cumplido por parte de la demandante, porque se justificó la exigencia impuesta por la contratante de los paz y salvos con los acreedores comerciales y laborales; así como la relación de los empleados para que la demandante no fuera a ser demandada, atendiendo a la solidaridad que rige en materia laboral, como se pactó en el contrato.

Se condenó a la demandada al pago de la cláusula penal que equivale al 20% del valor del contrato, $110’064.206 más $45’000.00 por concepto de anticipos no contractuales, porque los dados como anticipos contractuales deben entenderse invertidos dentro del trabajo y en virtud del cumplimiento parcial de la obra que se estimó en el 10%.

Condenó al reconocimiento del monto pagado por las acreencias laborales que tuvo que asumir la demandante y la indexación de las sumas contenidas en la condena.

Frente al llamamiento en garantía, desestimó la excepción de prescripción al considerar que no puede contarse el término desde la ocurrencia del siniestro sino desde que la beneficiaria presentó la reclamación judicial que se patentiza con el auto admisorio de la demanda; no accedió al reembolso, puesto que ninguno de los conceptos de condena estaba amparados por el seguro de cumplimiento tomado con Seguros Generales Suramericana S.A.

4. APELACIÓN

4.1 PARTE DEMANDANTE

La demandante reparó en el no pago de los anticipos contractuales, teniendo en cuenta que dentro del proceso y en la contestación no se probó su buena inversión.

Controvierte el no reconocimiento del valor de los anticipos no programados, dentro de los mismos se encuentra probado el pago del 14 de julio de 2017 por $15’000.000, el 14 de agosto de 2017 por $20’000.000, del 28 de agosto de 2017 por $10’000.000 y de septiembre de 2017 por $10’000.000, lo que

asciende a $55.000.000; la condena no satisface el monto de los anticipos no contractuales que se pagaron.

Como se busca se modifique la condena para ordenar el pago de la totalidad de los anticipos, la llamada en garantía debe proceder con su reembolso.

4.2 PARTE DEMANDADA

La demandada sostiene que de acuerdo con las pruebas se estableció que el documento de terminación del contrato fue elaborado por la demandante y la demandada fue engañada en su buena fe al suscribirlo, porque al firmarlo terminaban en buenos términos su relación contractual sin prever que los trabajadores pudieran interponer demandas en su contra.

Está probada la excepción de contrato no cumplido porque la contratante siguió entregando dineros a la contratista a sabiendas del incumplimiento; no presentó reclamación a la aseguradora ni informó sobre la entrega de dineros por fuera de lo pactado.

A pesar de existir un documento de incumplimiento, el contrato continuó hasta el último momento y se entregaron dineros para adelantar el objeto contractual, acreditándose que el incumplimiento fue mutuo y ninguna de las partes está en mora aun dejando de cumplir lo pactado mientras la otra parte no cumpla o se disponga a cumplir como lo sostiene el artículo 1609 del C.C.

La tesis de la demandante parte que la terminación fue de mutuo acuerdo y GTA se hizo responsable de las acreencias pendientes a cargo del contratista, sin que pagara el resto de la ejecución adelantada.

4.3 LLAMADA EN GARANTÍA

Formuló apelación adhesiva arguyendo que en el evento de cambiarse la decisión y acceder al reconocimiento del pago del anticipo dispuesto en el contrato, no hay lugar a imponerle condena porque se demostró la configuración de la prescripción del contrato de seguro, advirtiendo en este punto un error en la sentencia de primera instancia.

Se estructuró la prescripción ordinaria del contrato de seguro porque GTA COLOMBIA SAS presentó la reclamación después de transcurridos dos años desde el momento en que tuvo o debió tener conocimiento del hecho que da base a la acción, el incumplimiento de ELECTROMAPAS SAS; la reclamación se formuló el 23 de octubre de 2019 cuando transcurrieron más de dos años desde el incumplimiento que datan del 31 de agosto y el 20 de octubre de 2017.

El Juzgado se equivocó al hacer el cómputo de la prescripción, aplicó el artículo 1131 del C.C. cuando en el presente caso se trata de un seguro de cumplimiento y el artículo aplicable es el 1081 del C. de Co.; solicitando se le exonere de responsabilidad y no se imponga condena a su cargo.

5. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

¿PRB ELECTROMAPAS SAS cumplió?

¿Mutuo incumplimiento? o ¿la excepción de contrato no cumplido?

¿Debe reconocerse el pago de “todos los anticipos”?

¿Prospera el llamamiento en garantía?

6. CONSIDERACIONES

6.1 ¿Incumplimiento contractual?

Contractualmente se estableció como presupuestos de la declaratoria de incumplimiento, (i) escrito por parte de la contratante cumplida, (ii) el incumplimiento derivado de la inobservancia del plazo fijado, (iii) la persistencia de la mora o el incumplimiento parcial sin acciones correctivas y (iv) el incumplimiento en el plazo del contrato.

Si bien desde la demanda se sostuvo que PRB ELECTROMAPAS SAS cumplió un porcentaje del contrato, debe precisarse que el convenio habilita a la contratante para declarar el incumplimiento total cuando la infracción parcial y reiterada en los plazos se prolonga en el tiempo, justificando la declaratoria de incumplimiento que se comunicó a través de la carta del 20 de octubre de 2017- archivo 1.20 del expediente digital.

Así, ELECTROMAPAS SAS incumplió el contrato al no agotar el objeto establecido en la cláusula primera dentro del plazo estipulado en la cláusula tercera; sin embargo, tal como lo sostuvo el Juzgado de primera instancia, el incumplimiento radicó en no presentarse el nuevo cronograma y el incremento de personal requerido desde el 31 de agosto de 2017.

Al efecto debe evaluarse la comunicación del 31 de agosto de 2017- archivo 1.15 del expediente digital- porque a pesar de restar un día para terminar el plazo dispuesto contractualmente, las partes convinieron una prórroga contractual al requerirse a la contratista para que, ***"comunique a GTA la***

forma de inversión y aumento de recursos físicos y humanos con el cual se realizaría la nivelación de tiempos y avances del contrato. Entregar a GTA un plan formal y un nuevo cronograma (documentos físicos en un término no mayor a cinco días), las acciones a tomar, tanto la constitución de un incumplimiento o aceptación de un cronograma es potestad de GTA."

Prolongación o ampliación del término del contrato que se evidencia en ampliarse el plazo y en continuar suministrando dinero a la contratista, tal como se verifica en el archivo 1.16 por $10.000.000 el 1 de septiembre de 2017, en la autorización del 18 de septiembre de 2017 sobre el pago de las planillas de seguridad social Nos. 6998972, 6995873, 6995867 y 6998955 – archivo 1.17 del expediente digital- lo cual se materializó en los comprobantes obrantes en el archivo 1.18.

En este punto se comparten las conclusiones del Juzgado de primera instancia porque el requerimiento y el estar a la espera de un nuevo cronograma por parte de la contratista da cuenta de la extensión o prórroga del contrato; es decir, ambas partes acordaron extender el plazo inicial y a partir de ahí fijar reglas con base en las cuales se desarrollaría el objeto contractual.

De tal manera que el incumplimiento surge cuando la parte demandada no cumple con el requerimiento y no presenta el nuevo cronograma con incremento de personal; situación que se colige de la prueba documental, de lo afirmado por la parte demandante y la demandada en los interrogatorios de parte, así como de los testimonios de JOSÉ IVÁN AROCA PEÑA, OMAR MANTILLA y JULIÁN ALEJANDRO TORO MONTOYA.

Es la omisión en la presentación del nuevo cronograma lo que configura el incumplimiento que tiene la virtualidad de dar paso a la resolución

contractual, sin que haya lugar a evaluar el porcentaje de avance de la obra, lo que alcanzó a entregar la contratista, los pormenores en torno a la ejecución del contrato o los inconvenientes, porque con el requerimiento del 31 de agosto de 2017- que fue suscrito por la contratista- se colige la voluntad de ambas partes de modificar las condiciones del contrato y la obligación para la contratista radicaba en cumplir con el requerimiento al que se obligó de estructurar el tiempo y el personal, lo que no fue acatado.

Frente al argumento de la parte demandada sobre el supuesto engaño del que fue víctima al momento de suscribir el requerimiento del 31 de agosto de 2017, se advierte no existe prueba por cuanto ni en el interrogatorio absuelto por el representante legal, manifestó haber sido víctima de coacción o sufrido engaño a través del documento que estaba suscribiendo; al contrario, reconoció el incumplimiento, que las torres se hicieron con el esfuerzo de los empleados a falta de la maquinaria idónea y nunca pudieron concluir el objeto del contrato.

La demandada debió allanarse a los compromisos adquiridos al momento de celebrar el contrato, durante su ejecución y prórroga, como puntualmente se dispuso en la carta del 31 de agosto de 2017 – archivo 1.15 del expediente digital- contemplando la intención de ambos contratantes de modificar las condiciones del contrato:

> ***"Solicitamos al contratista que comunique a GTA la forma de inversión y aumento de los recursos físicos y humanos con el cual se realizaría la nivelación de tiempos y avances del contrato. Entregar a GTA un plan formal y un nuevo cronograma (documentos físicos en un término no mayor a cinco días), las acciones a tomar, tanto la***

constitución de un incumplimiento o aceptación de un cronograma es potestad de GTA"

Lo cual es una manifestación para introducir cambios en el contrato, estipulado en la cláusula doce y en la quince a través de la cual la demandada se obligó a aplicar la capacidad técnica y administrativa indispensable para la ejecución del contrato; habilitando a la contratante para, ***"exigir que se apliquen los correctivos necesarios para el cabal cumplimiento del mismo"…"el contratista debe garantizar la idoneidad del personal con el cual va a ejecutar los trabajos contratados y velar por su permanente formación"***- folios 10 del archivo 1.01 del expediente digital.

No se evidencia que la contratante haya ejercido coacción, mala intención, engaño u omitido la verdad sobre las nuevas condiciones para la extensión del plazo de ejecución del contrato y del conocimiento que tenían ambas partes de las condiciones de tiempo, modo y lugar para la instalación de torres de energía eléctrica; aunado a la suscripción del documento como manifestación inequívoca de la voluntad que tenían las partes de ampliar el término de ejecución y ejecutar el contrato.

Ante la falta de prueba de la mala fe, este punto será desestimado y se mantendrá la conclusión relativa al incumplimiento del contrato derivada de la no presentación del cronograma de los tiempos de ejecución y de personal para el efecto, sin perjuicio que en el acápite siguiente se aborde la cuestión del hipotético incumplimiento recíproco.

De ahí que en procura del respeto por la libre iniciativa económica, de la libertad contractual y de la autonomía privada , las partes decidieron extender la duración del contrato, conforme lo estatuyen los artículos 333 de la C.P. en

armonía con los artículos 822, 824, 864, 867 del C. de Co. y 1602 del C.C., entre otros, por lo que el Juez debe limitarse a interpretar que las disposiciones que las propias partes pactaron, estén dentro de los límites del bien común; puesto que el contrato como ley para las partes, es el llamado a regir las relaciones establecidas entre ellos y a disciplinar las consecuencias pecuniarias que expresamente contemplaron, como acaece con la cláusula penal por la persistencia en la mora, en la ejecución, en el incumplimiento y en la falta de acciones correctivas.

En los hechos de la demanda se afirmó una ejecución equivalente a menos del 10% de la obra; así se confirmó en el interrogatorio de parte rendido tanto por el representante legal de la parte demandante como el de la parte demandada, desprendiéndose el incumplimiento relevante que tiene la vocación de llevar a la resolución del contrato de obra civil.

6.2 ¿Excepción de contrato no cumplido?

Desde la contestación de la demanda la parte demandada ha sostenido que existen las condiciones para declarar la excepción de contrato no cumplido, teniendo como fundamento la falta de observancia de la parte demandante de sus obligaciones, puntualmente la consistente en no liberar los predios para facilitar el ingreso de trabajadores y adelanto de la obra civil para el montaje de las torres.

Dentro de la sustentación presentada en esta instancia, manifiesta que la demandante fue conocedora de las circunstancias de caso fortuito y fuerza mayor que justificaban el retardo y posterior incumplimiento del contrato de obra, tanto así que la demandante hasta último momento inyectó capital a la demandada para que se superaran los problemas logísticos y técnicos.

Precisando que el último argumento no será abordado porque el reparo se limitó a la prueba de la excepción de contrato no cumplido, sin que se mencionara en ese momento el acaecimiento de un caso fortuito o fuerza mayor como causales que exculpan el incumplimiento prestacional en el que incurrió la demandada; al momento de interponer el recurso y presentar los reparos no se abordó este tópico que fue presentado posteriormente al sustentar el recurso de apelación; por ello en aplicación de lo dispuesto por el artículo 320 del CGP no será abordado este tema particular alineándose con los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia[1] en materia del recurso de apelación.

Así, sólo se analizará en este punto en lo relacionado con la excepción de contrato no cumplido que tiene consagración normativa en el artículo 1609 del C.C., al estipular que:

> ***"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos."***

El incumplimiento que se imputa a la demandante consiste en no garantizar las condiciones para la liberación de predios, lo cual dificultó la ejecución de la obra civil emprendida por la demandada; al analizar el contenido del contrato de obra en la cláusula decima séptima que contiene las obligaciones especiales del contratante se dispuso como una de ellas, ***"17.2 Garantizar el acceso del personal de EL CONTRATISTA a los predios donde se realizarán las obras contratadas."***

[1] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 13 de julio de 2022.Radicado STL 9034-2022. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

En el interrogatorio de parte el representante legal de la demandante explicó que el proceso jurídico consistente en la adquisición de predios y consecución de permisos por parte los propietarios para la instalación de las torres corresponden a ISA, desde su autonomía privada se obligó a garantizar condiciones que no pudo respetar.

Incumplimiento que fue calificado por el Juzgado de primera instancia como irrelevante, porque no se demostró que fuera el factor determinante para que la contratista, no siguieran con la ejecución obra encomendada y no respondieran dentro de los plazos estipulados.

Desde la contestación de la demanda se ha manifestado esta situación como uno de los motivos para justificar el abandono de la obra, ello fue ratificado en el interrogatorio de parte absuelto por la demandada, quien detalló que se trató de inconvenientes con propietarios de predio y en alguna ocasión fueron amenazados con no dejarlos ingresar al fundo a sabiendas del depósito de material para mejorar el camino de acceso al bien.

La única prueba que se encuentra sobre el particular radica en el acta de la reunión celebrada el 27 de octubre de 2017- archivo 1.21 del expediente digital- que en el punto 6 contempló -***"Torres 291, 272, 279, se presentaron inconvenientes con propietarios, es una reclamación, por lo tanto, se deben evidenciar los hechos. El señor May dice que esta información ya se envió por correo al Ing. Julián Toro. De igual manera se le solicita enviarnos relación con soportes de todos los gastos en que incurrió para proceder a una reclamación."***

No obstante, el acta data de un momento posterior a la declaratoria de incumplimiento que se dio a través de la carta del 20 de octubre de 2017-

archivo 1.20 del expediente digital- entendiéndose como una liquidación del contrato y el momento para que las partes expusieran los pendientes; sin que se observe ni en la relación de correos ni en el testimonio rendido por el Ingeniero OMAR MANTILLA- que ejercía una especie de supervisión por parte de la demandante- la manifestación de la situación o que la contratante tuviera conocimiento previo durante la ejecución del contrato.

Si en aras de discusión se aceptara que la demandante no garantizó el ingreso a ciertos predios, no se encuentra allí el fundamento para el retraso inicial, como quedó contemplado, sólo afectó la instalación de tres torres, sin detrimento de continuar con la ejecución del contrato y únicamente lo informó en su fase de liquidación.

Argumentos que permiten concluir que no se probó la excepción de contrato no cumplido por parte de la demandante, situándose como cumplida o allanada a cumplir, observando las obligaciones que legal y contractualmente se le imponían para garantizar el cabal desarrollo del contrato.

6.3 ¿Pago de anticipos?

En la cláusula tercera del contrato obrante en el archivo 1.01 del expediente digital, se dispuso que el plazo de ejecución del contrato sería de 3 meses contados desde la suscripción de la orden de inicio, expresando que el plazo podría ser modificado por mutuo acuerdo, por caso fortuito o fuerza mayor avalados por los inspectores; en el parágrafo segundo de la misma cláusula se estableció que no reconocería reajuste de precios durante la ejecución del contrato y tampoco se asumiría el pago de conceptos diferentes a las cantidades establecidas.

Sobre la forma de pago, la contratista se obligó a presentar cuenta de cobro por concepto de anticipo correspondiente al 10% del valor del contrato, amortizando el valor cada que la contratista presente facturas durante la ejecución (parágrafo 1 de la cláusula quinta).

En el parágrafo segundo de la misma cláusula, se dispuso:

> ***"Las partes acuerdan que en caso de que EL CONTRATANTE realice otros anticipos a favor del CONTRATISTA, este último deberá pagar sobre el valor del anticipo la tasa de interés establecida de acuerdo al DTF+5 (pronto pago), la cual se causará desde que se entregue el préstamo hasta la fecha límite para liquidar cada factura que se cause del contrato, es decir, por cada día que falte por pagar la factura. Para la realización de estos anticipos es necesario que EL CONTRATISTA presente una cuenta de cobro y solicitud del anticipo por escrito bajo las mismas condiciones y términos indicados en esta cláusula para el anticipo ya acordado del 10% que serán amortizables al valor final del contrato. Se entenderá que el anticipo, los intereses y su amortización o deducción del final del valor del contrato son válidos y exigibles con la sola aprobación que de ellos haga el CONTRATANTE, previa factura de cobro de anticipo presentada por el CONTRATISTA, para que se configure acuerdo contractual sobre el anticipo basta con la existencia de la factura de cobro expedido por el CONTRATISTA, la cual hace parte integral de este contrato y para todos los efectos validan el consentimiento de las partes sobre dicho anticipo, sin que sea necesario suscribir otro sí a este contrato."***

Por ende se previó y acordó un anticipo equivalente al 10% de su valor; también se dispuso la posibilidad de entregar otras sumas de dinero, pero al

leer la cláusula no está plasmada en forma unívoca sin ambivalencia, conduciendo a que los dineros que se entregaran posteriores al anticipo del 10%, podrían entenderse como un mutuo a interés, como un "anticipo" o como un adelanto del precio; pagos que han sido calificados por las partes y por el Juzgado, extrañamente, como "anticipos no contractuales", lo que no es compartido por esta Sala de Decisión Civil, porque el desembolso del dinero está directamente relacionado y tiene como causa el contrato de obra civil que es objeto de este debate jurídico y durante su etapa de ejecución, por lo que no podrían desde lo sustancial catalogarse como tal sino como pagos contractuales.

Ahora, lo que diferenciará el anticipo del 10% y los otros pagos, es que el primero se presenta antes de la ejecución del contrato y los otros durante su desarrollo; pagos realizados durante la vigencia inicial del contrato de tres meses comenzando en junio y hasta agosto y otros durante su prórroga a partir del 1 de septiembre y hasta el 20 de octubre de 2017, momento en que se comunicó el incumplimiento.

6.3.1 ¿Anticipos contractuales?

Iniciado el contrato se verifica que el 5 de junio de 2017 se presentó la cuenta de cobro No. 001 sobre el concepto de anticipo por $55'032.103- archivo 1.04 del expediente digital- depositado a órdenes de la contratista como se verifica con el recibo de la transferencia bancaria obrante a folios 1.05 del expediente digital, que corresponde al 10% de valor total del convenio, tema que se abordó en acápites anteriores.

Sin embargo, la demandante repara en no accederse a la condena consistente en la restitución del anticipo contractualmente pactado, el cual se fijó por las

partes en el 10% del valor del contrato; afirmando la demandante que no se acreditó la correcta inversión o destinación; pero, tal y como lo concluyó el Juzgado de primera instancia, la ejecución del 10% del objeto del contrato- que no fue discutido en el proceso- justifica la inversión del anticipo inicial.

La inversión del anticipo se deriva de la ejecución de un porcentaje del objeto del contrato de obra en su etapa inicial, reconocido en los hechos de la demanda, en el interrogatorio absuelto por FELIPE TORO y sustentado en el testimonio del ingeniero OMAR MANTILLA.

Sobre la no presentación de facturas que dieran cuenta de la inversión del anticipo se precisa que no obran dentro de las pruebas documentales, pero por el primigenio estado de desarrollo del contrato no se justificó su creación y entre las partes implícitamente se permitió la omisión de una serie de requisitos que condicionaba la entrega de dineros y el estado de avance de las obras.

Obsérvese que desde la suscripción del acta de inicio hasta el 20 de octubre de 2017 cuando se expresó el incumplimiento contractual, la demandante suministró dinero adicional a la contratista sin que mediara la factura que diera cuenta de la inversión, sólo con la solicitud, se entregaba.

Por ende, mal haría esta Corporación en ordenar su reconocimiento a cargo de la contratista incumplida, cuando la demandante fue consciente y reconoció que las obras se iniciaron, se contrató personal, se empleó maquinaria, materiales y se instaló un lugar de base para el alojamiento de los empleados durante la ejecución de la obra civil.

Así, en la fundamentación de los puntos de disenso ante esta instancia, la demandante aduce que debe aplicarse el criterio de la carga dinámica de la prueba para que fuera la demandada quien acreditara la correcta inversión del anticipo; argumento que parte de una concepción errada de la carga dinámica de la prueba, al disponer el 167 del CGP:

> ***" …***
>
> ***No obstante, según las particularidades del caso, el juez <u>podrá</u>, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.***
>
> ***Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.***
>
> ***Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba."***

Desprendiéndose que es una facultad conferida al Juez hasta antes de fallar, para determinar quién está en mejor capacidad de probar un hecho determinado, mencionándolo expresamente y distribuyendo la carga o trasladándola al sujeto con mejores capacidades para acreditar un hecho determinado, decisión de repartición de la carga que está sujeta a recursos si se interponen oportunamente; situación que no se concretó, operando el principio general de la carga de la prueba consagrado en los artículos 164 y 167 del CGP, teniendo la parte la carga de probar los supuestos fácticos sobre los que fundamenta el efecto jurídico perseguido; le tocaba a la parte demandante al sostener que no hubo una correcta inversión del anticipo, demostrarlo con pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

Es la ejecución de parte de la obra civil lo que justificó el anticipo; por ello y a pesar el incumplimiento en la etapa de prórroga del contrato, no hay lugar a su reconocimiento por parte de la contratista que resultó vencida en el proceso; situación que impacta correlativamente este amparo en vigencia del seguro de cumplimiento tomado con SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y el fundamento de la apelación adhesiva que se presentó en segunda instancia, porque al mantenerse la decisión de negar el rembolso del anticipo del 10% pagado, al menos en este punto no prosperará la acción revérsica.

6.3.2 ¿Anticipos no pactados en el contrato?

Al margen del anticipo estipulado en el contrato del 10º%, se verificó que la demandante entregó dineros en varias oportunidades a la demandada bajo la denominación de ”anticipos no contractuales.”

En el archivo 1.07 obra cuenta de cobro No. 002 del 14 de julio de 2017 por $5.000.0000 y en el 1.08 cuenta de cobro No. 003 por $10.000.000, las cuales

fueron pagadas el mismo día tal como se verifica en el recibo individual de pagos que obra en el archivo 1.09; en el mismo sentido, el 3 de agosto de 2017 se solicitó otro dinero no programado por $40.000.000 y se presentó la cuenta de cobro No. 004- archivos 1.10 y 1.11- el cual fue negado por el poco avance en las obras- archivo 1.12.

No obstante, el 15 de agosto de 2017 se pagaron $20.000.000 -archivo 1.13; el 28 de agosto de 2017 $10.000.000 – archivo 1.14; y el 2 de septiembre de 2017 $10.000.000 – archivo 1.16; además del pago de las planillas de seguridad social de los empleados que estaban por cuenta del contratista y fue asumido por la contratante, lo cual no está en discusión y no será objeto de pronunciamiento en esta providencia.

La relación de pagos da cuenta de dos tipos de desembolsos no programados, unos por $45.000.000 que se pagaron dentro del plazo inicial del contrato y otros $10.000.000 pagados dentro de la prórroga establecida por las partes.

El Juzgado de primera instancia sólo reconoció el pago de $45.000.000, de los dineros pagados dentro de la vigencia inicial del contrato sin justificar porque no accedía a los $10.000.000 restantes.

Punto en el que debe modificarse la sentencia de primera instancia, porque a diferencia de los $55.000.000 iniciales por anticipo del 10% cuya destinación encuentra su fundamento en lo adelantado por la contratista, los otros $55.000.000 desembolsados durante la ejecución imperfecta del contrato, tanto en la vigencia inicial como en su prórroga, fueron entregados con ocasión de la relación contractual entre las partes y para atender lo que se requería en la obra civil, sin existir prueba de su materialización; la contratista

no demostró en qué fueron invertidos, por lo que hay que ordenar su reembolso.

En consecuencia, se MODIFICARÁ la sentencia en este punto para condenar a la demandada al pago adicional de $55.000.000 por concepto de desembolsos no ejecutados durante la vigencia inicial y la prórroga del contrato, los cuales deberán ser indexados al momento de su pago efectivo al igual que los demás elementos que componen la condena, de acuerdo con la fórmula aceptada por la Jurisprudencia (IA=IF/II), precisando que el índice de precios al consumidor por ser un indicador económico, es un hecho notorio que no requiere prueba (inciso final del artículo 167 del CGP).

6.4 ¿Llamamiento en garantía?

El punto de disenso que compete a la pretensión del llamamiento en garantía tiene que ver con imponer a la aseguradora el pago del anticipo que debía realizar la demandada; sin embargo, como se encontró prueba de su inversión y tal como se dispuso en el numeral 6.3.1, no se accederá a su reconocimiento y de ahí se desprende que no tiene lugar imponer una condena a la llamada en garantía.

Conforme con las condiciones del contrato de seguro obrantes en el archivo 1.2 de la carpeta 11 del expediente digital, SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. sólo amparó el riesgo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, entendido tal el que está expresamente pactado en el contrato y el que se entregó al inicio de su ejecución.

Por ello, como este concepto no hará parte de la condena no se impondrá obligación alguna a la aseguradora, situación que releva el estudio de la prescripción como excepción incoada.

Al abordar un asunto con similares características al que aquí se analiza, la Corte tuvo la posibilidad de delimitar el amparo de "buen manejo y correcta inversión del anticipo" que se encuentra pactado dentro del contrato de seguro celebrado entre PRB ELECTROMAPAS SAS y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., la Corte precisó que:

> "E***l negocio jurídico instrumentado mediante la póliza de seguro número 21976 es igualmente un seguro de cumplimiento, pero diverso e independiente del contenido en la póliza 21975, el que tenía por objeto, como antes se señaló "garantizar el buen manejo y correcta inversión del anticipo", y por ello, sin desconocer el vínculo que une o liga ambas pólizas –el contrato CP-093-97-, per se, no puede considerarse realizado el riesgo en ella asegurado cuando no se entregan cumplidamente o en forma adecuada las obras materiales respecto de las cuales se dio al contratista, a título de anticipo, una determinada suma de dinero.***
>
> ***Aceptar la tesis que sugiere la censura –por sugestiva que pudiera resultar-, implicaría admitir que frente a la existencia de dos contratos de cumplimiento que amparen, como en este caso, la ejecución de las prestaciones esenciales que afloran del contrato y la correcta inversión del anticipo, respectivamente, demostrado el siniestro del primero de ellos debe entenderse, en forma inexorable, también acreditado el segundo, lo que ciertamente no es de recibo como regla general o absoluta, de suerte que deberá determinarse en cada caso***

concreto, por cuanto bien puede existir una correcta inversión de las sumas de dinero entregadas a título de anticipo e, igualmente, un incumplimiento ulterior del contrato, por haberse entregado las obras fuera del plazo acordado, o con diferentes especificaciones, diverso diseño al contratado, etc., lo que implica que el asegurado debe cumplir, respecto de cada uno, con la carga prevista en el art. 1077 del Código de Comercio y, por esa vía, demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, sin que la prueba de uno de ellos, de por sí, pueda hacerse extensiva al otro, o viceversa, en forma indefectible. Para expresarlo de otro modo, de la inejecución del contrato, no es forzoso colegir el indebido manejo y la incorrecta inversión del anticipo, como quiera que dicho incumplimiento pudo obedecer a diversas razones, no necesariamente ligadas causalmente con el citado manejo del anticipo entregado previamente, lo que exige cautela en la apreciación siniestral y, sobre todo, evitar generalizaciones que conspiren contra el caso particular, brújula del escrutinio enderezado a la determinación del siniestro, al que no se puede arribar a partir de consideraciones generales o extensivas de otra situación fáctica."[2]

Más más allá de ejecución imperfecta del contrato, desde la presentación de la demanda y de acuerdo con lo sostenido por el representante legal de la demandante y el testigo JOSÉ IVÁN AROCA PEÑA, se verifica la inversión del dinero inicialmente entregado y de allí se desprende que no haya lugar a afectar el amparo relacionado con la correcta inversión y buen manejo del anticipo; debe remitirse a las consideraciones expuestas en el acápite 6.3.1.

[2] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2006. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Para concluir que como la demandada no deberá reembolsar el dinero recibido por anticipo contractual del 10%, tampoco hay motivos para que salga avante el llamamiento en garantía y se CONFIRARMÁ la decisión en este punto avalando los argumentos expuestos por la aseguradora en la apelación adhesiva.

7. COSTAS

Puesto que la sentencia se CONFIRMARÁ en unos apartes y se MODIFICARÁ en otros y tras no acreditarse la causación de costas, de conformidad con los numerales 5 y 8 del artículo 365 del CGP, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: Por las razones expuestas, se CONFIRMAN los numerales primero, segundo, cuarto, quinto y sexto de la sentencia de la referencia.

SEGUNDO: Se **MODIFICA** el numeral tercero de la sentencia, en su lugar, se ordena a la demandada pagarle a la demandante las siguientes sumas de dinero:

- $55.000.000 por concepto de pagos no programados durante la vigencia inicial y la prórroga del contrato.

- $47.760.965 con ocasión de las acreencias laborales, comerciales y de seguridad social.
- $55.032.103 por concepto de cláusula penal.
- Sumas que deberán ser indexadas de acuerdo con la fórmula que se expuso en la sentencia.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIIIFÍQUESE POR ESTADOS Y ELECTRÓNICAMENTE.

LOS MAGISTRADOS

RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ

LUIS ENRIQUE GIL MARÍN

MARTHA CECILIA LEMA VILLADA