

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CUNDINAMARCA SALA CIVIL –FAMILIA-**



Proyecto discutido y aprobado según Acta No. 14 y 6
(20 de mayo y 2 de junio de 2021)

Asunto:

Verbal – Responsabilidad civil contractual, Miguel Ángel Suárez E.U. contra Asociación de Vivienda Prado Verde.

Exp. 2019-00033-03

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintiuno (2021).

1. ASUNTO A TRATAR

Conforme a lo previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho, se emite la sentencia que resuelve el recurso de apelación interpuesto por las partes en contienda - *demanda principal y de reconvención*-, contra la sentencia proferida el 30 de octubre de 2020, por el Juzgado Civil del Circuito de Villeta - Cundinamarca.

2. ANTECEDENTES

2.1. HECHOS Y PRETENSIONES:

Miguel Ángel Suárez E.U., por medio de su representante legal y actuando a través de procurador judicial, promovió demanda verbal de responsabilidad contractual en contra de la Asociación de Vivienda Prado Verde, para lo cual adujo lo siguiente:

- Entre las partes se celebró contrato de obra No. 002 el 31 de octubre de 2015, para la construcción de urbanismo en la Asociación de Vivienda Prado Verde, ubicada en la carrera 10 No. 3-10 del municipio de Villeta – Cundinamarca; como valor se acordó la suma de \$1.280.000.000, contrato que *“fue ejecutado a cabalidad”* por el promotor y al final, generó unos excedentes de obra que a la fecha no han sido cancelados *“aclarando desde ya, que el valor del contrato original ya fue cancelado”*.

- La forma de pago fue la estipulada en la cláusula cuarta del acuerdo, previa presentación de las pólizas contractuales de manejo de anticipo, cumplimiento, calidad y estabilidad de la obra, junto con la de responsabilidad civil extracontractual como se pactó en la cláusula vigésima; en la cláusula decimoprimera, se acordó que todos los costos por concepto de ejecución de la obra que no se tuviera plasmada en el presupuesto general, serian asumidos en su totalidad por la demandada.

- Se generaron gastos adicionales que fueron asumidos por la parte demandante para la ejecución de cálculos estructurales, como: memorias de cálculos de muros frontales, memorias de cálculos de muros – terraza baja, entre otros, por lo que se ejecutaron obras civiles restantes para de esa manera entregar el proyecto de urbanismo que fue contratado, confiando el demandante en el pago de los excedentes de la obra según lo acordado en el contrato No. 002, se asumiría por la pasiva; esos pagos fueron solventados en principio por la accionante, sin que fueran cancelados por la pasiva a pesar de innumerables requerimientos para la cancelación de esos excedentes no contemplados en el presupuesto general del contrato.

- La parte demandada contrató a la firma de ingenieros MOBRA INGENIERIA S.A.S., representada por Brayan José Moya Calderón,

encargada de hacer la interventoría final, quien en compañía del promotor efectuaron visita técnica, determinando que en efecto se generaron unos excedentes que fueron instalados en la Asociación de Vivienda Prado de Villeta, y por supuesto liquidados según informe técnico pericial de 7 de julio de 2017; MOBRA INGENIERIA S.A.S., concretó el costo de los excedentes en la suma de \$211.399.171,40 de acuerdo "*a las memorias de cálculos que nos fueron facilitadas por los copropietarios*" de la asociación.

- Por lo anterior, se presentó cuenta de cobro a la parte convocada el 25 de junio de 2018, con la finalidad de obtener el pago de los excedentes de la obra, pero, a pesar de la interventoría realizada, la cual fue contratada por la parte demandada, según contrato de interventoría No. 01-2017 de 2 de mayo de 2017, se ha negado a cumplir con el pago de los excedentes por razones desconocidas; la obra fue recibida según constancia de 20 de junio de 2017.

- Hoy en día, no se pueden determinar las obras de urbanismo que fueran adelantadas, en tanto que existen construcciones de vivienda y otro tipo de edificaciones adelantadas por la asociación demandada, quienes ingresaron maquinaria que "*no era de mi representada*", rompieron cableado y adelantaron todo tipo de labores sobre las obras contratadas, rompieron tuberías, hicieron perforaciones, rompieron muros de contención, ingresaron todo tipo de maquinaria pesada "*lo que imposibilita la visión general de las obras de urbanismo*" iniciales.

Con base en tal situación fáctica, la parte actora solicitó como pretensiones las siguientes:

- Se declare que entre las partes existió un contrato civil de obra, para la construcción de "*obras de urbanismo*" en la Asociación de Vivienda Prado Verde del municipio de Villeta.

- Se declare que la parte demandada es responsable del pago de los excedentes de la obra civil desplegada por la demandante, según el contrato de obra civil No. 002 de 31 de octubre de 2015 e informe de interventoría de 7 de julio de 2017.

- Declarar que entre las partes se acordó practicar un peritaje para determinar la cantidad de excedentes que fueron generados por las obras de urbanismo referidas, el cual fue con la firma MOBRA INGENIERIA S.A.S.; como consecuencia de ello, se ordene el pago de \$211.399.171,40 por concepto de los excedentes.

- Se condene al pago de los perjuicios que corresponden a los intereses de los dineros dejados de percibir y en costas.

2.2. ADMISIÓN, NOTIFICACIÓN, CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES:

La demanda así estructurada, fue admitida por el Juzgado Civil del Circuito de Villeta el 11 de marzo de 2019¹, siendo tramitada mediante proceso verbal, ordenándose la citación de parte demandada; el representante legal de la asociación se notificó de forma personal el 29 de marzo de 2019² y, en oportunidad por intermedio de procurador judicial aportó abundante

¹ Fl. 42Cd. 1

² Fl. 43

prueba documental³ y contestó la demanda⁴, resistiendo las pretensiones con las excepciones de mérito que denominó “PAGO TOTAL DE LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS EN EL CONTRATO No. 002 DE 2015”, “INEXISTENCIA DE PRUEBA LEGAL QUE DEMUESTRE QUE LOS LLAMADOS EXCEDENTES DE OBRA PENDIENTES DE PAGO” y “COBRO DE LO NO DEBIDO”, sumado que se objetó el juramento estimatorio.

A su vez, accionó en reconvención⁵, solicitando se declare:

- Que la demandada Miguel Ángel Suárez EU, incumplió “todas las obligaciones contractuales” derivadas del acuerdo No. 002 de 2015, al no haber entregado la obra para la cual fue contratada por la Asociación.

- Como consecuencia, se ordene pagar a la demandada en reconvención el valor derivado de los perjuicios por el incumplimiento; por ello, dar por terminado el contrato y que le sea sufragada la suma de \$750.000.000, para “efectuar técnicamente las obras”.

Como hechos la demandante en reconvención, expuso:

- Actuando de buena fe y confiado en igual actuar del demandado, se suscribió contrato de obra No. 002 de 31 de octubre de 2015, cuyo objeto fue “LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS DE URBANISMO” en el predio de la Asociación de Vivienda Prado Verde; ese acuerdo, corresponde a los denominados en el argot de la construcción e ingeniería de “LLAVE EN MANO”, entendiéndose este en el cual el contratista se obliga frente al cliente o contratante a cambio de un precio “generalmente alzada” a construir y poner

³ Fls. 45-500 Cd. 1/ 501-637 Cd. 2

⁴ Fls. 638-649 Cd. 2 continuación 1

⁵ Fls. 155- 162 Cd. 3

en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado; en estos contratos, se hace énfasis en la responsabilidad global asumida por el contratista frente al cliente, por lo que la parte demandada, asumió entre otros lo siguiente: suministro de materiales y maquinaria; transporte de estos; realización de obras civiles; instalación y montaje; puesta en funcionamiento de la obra proyectada; en algunos casos, también es posible incluir en este tipo de contratos otras obligaciones posteriores a la ejecución de la obra, como formación de personal y asistencia técnica.

- Como contraprestación se pactó la suma indicada en la cláusula segunda, esto es, \$1.280.000.000, que se cancelarían acorde con lo dispuesto en la cláusula cuarta: 30% a la firma y el 70% pagaderos según actas parciales de avance de la obra; en el párrafo segundo de la cláusula citada, se indicó claramente que en caso de presentarse excedentes de obra *“serían subsumidos dentro de dicho párrafo”*; la contratista Miguel Ángel Suárez E.U., a través de la presentación de tres actas de obra en los meses de enero, febrero y marzo de 2016, recibió de la asociación las sumas de: \$335.504.164, \$258.460.521 y \$286.731.748, que corresponden al 68% de la construcción de la obra.

- Asimismo, al contratista le fue cancelado el saldo del contrato, esto es, \$399.303.567, mediante abonos solicitados; tal como lo reconoció el propio representante de la contratista en la demanda inicial, que el valor original fue pagado; a pesar de ello, el demandado no dio por terminado el objeto del contrato *“toda vez que no existe ACTA DE ENTREGA DE LA OBRA”*; para el 20 de junio de 2017, las partes suscribieron un acta de entrega y recepción del inmueble, por lo que el contratista hacía entrega a la asociación del inmueble en el cual el primero debió efectuar las obras urbanísticas para las cuales había sido contratado, pero en ningún momento se indicó que se entregaban las obras.

- En la cláusula tercera del acta de entrega y recepción de predio, se apuntó claramente que *"el objeto de la presente acta solamente, hace referencia a la entrega del inmueble y que no guarda relación con otro acto contractual"*; el demandado realizó la *"contratación directa de un interventor"* para la obra urbanística que adelantaba, siendo este el señor Carlos Alarcón, quien el 15 de junio de 2016 presentó informe de interventoría; en el contrato de obra, en ninguna de sus cláusulas se pactó que el contratista contratará un interventor, pues según la cláusula sexta, esa facultad le competía única y exclusivamente a la asociación.

- Se comparó el informe rendido por el interventor del demandado y el de MOBRA INGENIERIRA S.A.S., evidenciando que, dentro de la ejecución de la obra, se reclamaron cobros por parte del contratista frente a obras no ejecutadas y trabajos cobrados en su totalidad que no fueron terminados, incluso *"ni se han terminado"*.

- Conforme a la cláusula sexta del contrato, celebró convenio de interventoría 001 de 2 de mayo de 2017 con MOBRA INGENIERIRA S.A.S., representada por el ingeniero Brayan José Moya Calderón, con el objeto de realizar una *"INTERVENTORÍA TÉCNICA DE LA ENTREGA DEFINITIVA DE LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS DE URBANISMO DE LA ASOCIACIÓN"*, por lo que, con comunicado de 22 de junio de 2017 se presentó informe final, efectuándose estudio del desarrollo de las actividades, conclusiones y recomendaciones, sobre las falencias y terminaciones de las obras contratadas.

- El contratista estaba obligado a presentar garantías *-pólizas-* en favor de la asociación contratante, para lo que allegó las números 11-45-101054335 y 11-40-101018497, por cumplimiento, buen manejo de anticipo y estabilidad

de la obra, expedidas por Seguros del Estado S.A.; por los incumplimientos del contratista, el 12 de junio de 2017 se solicitó acompañamiento y asesoría de la aseguradora, frente a la posible afectación de la estabilidad de la obra; con escrito de 10 de julio de 2017, informó que había requerido al contratista-tomador para que rindiera explicaciones.

- En el mes de junio de 2017, el interventor contratado allegó el estado actual de las obras urbanísticas; MOBRA INGENIERIA S.A.S. el 7 de julio de 2017, le presentó a la asociación informe de *"DE CANTIDADES CONSOLIDADAS"*, haciendo relación a las obras que el contratista no ejecutó e igualmente se le requirió para la entrega de las obras construidas, lo que no ocurrió.

- El 1º de agosto de 2017, el interventor MOBRA INGENIERIA S.A.S., en documento denominado *"INFORME DE CANTIDADES MODIFICADO Y OBSERVACIONES"*, puso de presente la *"gran cantidad"* de obras inconclusas, por parte del contratista y que no han sido terminadas; según acta de compromiso de 9 de agosto de 2017, el contratista se comprometió a elaborar arreglos a la obra *"a esa fecha ejecutada"* y en la reunión del comité y la junta de la asociación, señalándose que *"en aras de la buena fe"* del contratante realizaría un último pago de \$20.116.000, para un total de \$1.329.000.000.

- Con escritos de 15 de agosto y 25 de septiembre de 2018, la asociación requirió al demandado para que realizará la entrega de las obras, sin obtener respuesta favorable; como es de conocimiento del contratista demandado, la falla estructural del muro de contención de la terraza 1, afectó el predio de propiedad de la Sociedad Agro Hotelera Martínez, por lo que instauró querrella policía ante la Inspección de Policía de Villeta, declarado infractor a la asociación con decisión de 1º de febrero de 2019; en aras de cumplir lo

ordenado en la querella, se adelantaron trabajos de demolición del muro *"toda vez que no cumple con los requisitos técnicos y estructurales"*, presentando fallas y volcamiento, debido a la deficiencia de los diseños, construyéndose un muro nuevo.

- Otra falencia fue, la obra eléctrica, la cual debe realizarse nuevamente para que cumpla con el marco normativo RETIE y así se logre la certificación y electrificación del proyecto, asunto que no fue tenido en cuenta por el contratista, dejando a la deriva la situación, causándole graves perjuicios a la asociación; se incurrió también en una *"grave e injustificada"* actuación al adoquinar la vía, por cuanto debe ser levantado para realizar la conformación de la vía según *"lo estipula la norma"* y de esa manera evitar hundimiento, para ello, se pueden mirar los peritajes contratados que dan cuenta que los materiales utilizados para el adoquín no corresponden a los estipulados en los diseños; ante la negativa en la entrega, se contrató los servicios de peritos para evaluar la obra, esto es, a INGEO ESTUDIOS TECNICOS LTDA. y al ingeniero eléctrico Carlos Andrés Ortiz.

- En los informes de los expertos, señalan la falta de *"ética profesional y moral de la Sociedad unipersonal ... al realizar estudios, diseños y ejecutar obras de muy mala calidad"*, presentándose *"abuso de confianza, falta a la verdad y manipulación del contrato"* por parte de la contratista, pues la obra *"carece de lineamientos y acabados técnicos"*; la parte actora solicitó la elaboración de un cuadro comparativo de los informes efectuados por el interventor contratado de manera injustificada por la contratista -Carlos Alarcón- en tres actas de corte de obra y el informe de MOBRA INGENIERIA S.A.S., coligiéndose que en la ejecución de la obra se realizaron cobros que no fueron ejecutados.

- La sociedad INGEO ESTUDIOS TECNICOS LTDA., por solicitud de la asociación, presentó el 3 de abril de 2019 un peritaje de revisión de la obra y diseños urbanísticos, concluyendo *"que el proyecto no es estable y no tiene cumplimiento con la norma"*; asimismo, se contrataron los servicios del ingeniero electricista Carlos Andrés Ortiz, que presentó la pericia el 16 de abril de 2019, conceptuando que las obras no cumplen con los parámetros dispuestos por Enel.

- Con auto de 12 de agosto de 2019⁶, se admitió la demanda de reconvencción, siendo contestada en oportunidad⁷, alegándose como excepciones de mérito las que Miguel Ángel Suárez EU denominó: *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA", "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA", "FALTA DE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD", "MALA FE DEL DEMANDANTE Y BUENA FE DE LA DEMANDADA", "INEXISTENCIA DE LA CAUSAL ALEGADA PARA DEMANDAR", "LOS DAÑOS QUE SE RECLAMAN NO SE PUEDEN ENDILGAR A LA SOCIEDAD DEMANDADA EN RECONVENCIÓN, FALTA DE CONDUCTA IMPUTABLE AL DEMANDADO E INEXISTENCIA DEL DAÑO", "EJECUCIÓN COMPLETA DEL CONTRATO DE OBRA No. 002 DE 2015 Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO, EL NO PAGO DE PERJUICIOS RECLAMADOS POR EL ACTOR", "FALTA DE REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR A LA DEMADNANTE EN RECONVENCIÓN", "CULPA IMPUTABLE A LA ASOCIACIÓN DE VIVIENDA PRADO VERDE", "CADUCIDAD DE LA ACCIÓN (2 AÑOS)" y "PRESCRIPCIÓN".*

⁶ Fl. 169 Cd. 3

⁷ 242-256

Luego, con auto de 19 de diciembre de 2019⁸ se convocó a la audiencia inicial, decretándose las pruebas solicitadas por los extremos de la *litis*; ante esa determinación, se interpusieron los recursos ordinarios por la parte actora, ante lo cual, con decisión de 14 de febrero de 2020⁹ se decretaron las pruebas omitidas.

El 24 de febrero de 2020¹⁰, se adelantó la audiencia de que trata el artículo 372 del C.G.P., con las etapas propias que le conciernen, declarando fracasada la conciliación, se interrogaron a las partes, se fijó el litigio, se practicaron los interrogatorios de las partes, al testigo Brayan José Moya Calderón, a los peritos Luis Alberto Bonilla Ramos, Javier Gerardo Parada Sarmiento, Carlos Andrés Ortiz Guillen y Edwin García Soler, inclusive, se decretó como prueba de oficio emitir comunicación a CODENSA para que informará frente al proyecto de vivienda de la Asociación Prado Verde, cuántos estudios y solicitud de viabilidad se habían elevado.

Para el 21 de agosto siguiente¹¹, se adelantó la audiencia de instrucción y juzgamiento en los términos del artículo 373 del C.G.P., atendiéndose la declaración de la tercera Martha Liliana Reyes Muñoz y se interrogó al perito Helmanph José Olmos Soler, ordenándose oficiar nuevamente a CODENSA; finalmente, el 30 de octubre de 2020, se profirió sentencia declarando la existencia del contrato de obra, denegándose las demás pretensiones de la demanda inicial, como también negándose las pretensiones de la demanda de reconvención.

3. LA SENTENCIA APELADA

⁸ Fl. 277

⁹ Fls. 391-392

¹⁰ Fl. 411

¹¹ Fl. 421

La Jueza de primer nivel hizo alusión a los presupuestos procesales y señaló que las partes suscribieron un contrato de obra, que se tiene por probado, para luego citar unas apuntes teóricas frente a esa clase de acuerdos.

Por las previsiones del artículo 1618 del C.C., contrario lo indicado por la parte actora – contratista, en la cláusula undécima se pactó que los gastos no contemplados deberían asumirse por el contratante – demandado *“aspecto este que no se demostró en el plenario en tanto que las obras que se dice fueron realizadas de manera adicional, no fueron probadas en el plenario así de que tampoco puede equipararse a ello lo consignado en la cláusula segunda, pues no se pierde de vista que en la misma se regula es lo concerniente a mayores o menores cantidades de obra, aspecto este que al tenor de lo allí expuesto no modificará el valor pactado”* y, que si bien, se pretende sustentar el valor reclamado con la interventoría, de la misma no se concluye lo reclamado por el actor inicial, pues aunque se plasmaron memorias de cálculos y balances de cantidades, el ingeniero Brayán Moya informó que los precios y valores consignados en su informe fueron los que los contratantes pactaron, facilitados por Prado Verde; y, siendo cierto que los folios del cuaderno principal no presentan firma, coinciden con los folios 634 y 635, pero luego de analizar ciertas variaciones o *“modificaciones en el costo total del presupuesto, es evidente que se presentan por la variación de los ítems 3.2, 8.6 a las cuales este juzgado le otorga total validez por cuando acorde con lo informado por el señor Brayan Acosta Calderón, el informe para el cual se contrató a Mobra ingeniería se entregó a la empresa demandada el cual si se encuentra suscrito por aquel, mientras que la documental aportada por el demandante carece de firma”*, además, que esas modificaciones tienen soporte en el folio 62 del cuaderno de reconvencción, entregado el 1º de agosto de 2017, determinándose como asunto *“entrega de cantidades modificado con sus observaciones”* y como entrega de cantidades consolidadas el 7 de julio anterior, se informó a la asociación que

existían aspectos no previstos en el desarrollo del proyecto que requerían de aprobación de la junta, y previo a ello, el contratista debía presentar análisis de los precios unitarios *"Comunicado qué obra tanto a folios 18 a 19 y 634 a 635, conclusión está que sin lugar a dudas deja entrever que los ítems sin especificar deben ser evaluados por el demandado y que dentro de este proceso no se logró probar su cuantía, pues aunque si bien se aportó cuenta de cobro de dichos valores, la misma no tiene ningún soporte"*; tampoco puede indicarse que la interventoría de Mobra Ingeniería S.A.S. *"es la que se dice pactaron las partes para poder determinar la cantidad de excedentes generados por la obra de urbanismo"*, pues en la cláusula primera del contrato no se contempló o ese no fue el objetivo.

Frente a la demanda de reconvención, la parte actora -contratante-, entre otros pedimentos, reclamó que la parte contratista -demandada- incumplió *"todas las obligaciones contenidas en el contrato"*; un aspecto enunciado corresponde a las acometidas eléctricas, que se indica no estuvieron acordes con las normas RETIE, para lo cual se aportó un informe técnico de visita de obra eléctrica realizado por Carlos Andrés Ortiz, sobre lo cual, debe atenderse la normatividad que estaba vigente para la época del contrato, aspecto que fue destacado por el profesional y el propio demandado en reconvención, sumado a que se solicitó a Enel informará cuántos estudios y solicitudes de factibilidad se habían solicitado, comunicando que *"se encontró factibilidad número 102 6269 94 asociado al proyecto de vivienda de la Asociación Prado Verde, no se ubicaron más antecedentes. Asimismo, se puede apreciar que el estudio de factibilidad fue solicitado por el señor Libardo Triana Viracacha"*, por lo que existía un estudio de factibilidad solicitado por la parte interesada -contratante-, al que debía sujetarse el contratista *"de que el fundamento de trabajo anexado es una normatividad posterior a la del contrato, por lo que frente a esta específica temática no se advierte ningún incumplimiento por parte del demandado en reconvención"*.

"Indica el contratante fueron incumplidos" diferentes aspectos del contrato, por lo que "es imperioso analizar lo correspondiente a, si la totalidad de las obras fueron entregadas por el contratista o más bien si la totalidad de las obras y la totalidad de las obligaciones fueron incumplidas" por el contratista y, sobre el estudio de suelos, advirtió que no le competía a aquel luego de verificarse la licencia de construcción, pues allí se anotó que la responsable era Martha Liliana Reyes Muñoz, que rindió su declaración y confirmó que en efecto realizó los estudios de los suelos, cálculos y diseños estructurales en el año 2013 y, conforme al folio 244, ella realizó "un memorial de responsabilidad", siendo la responsable de ese aspecto.

Acto seguido, destacó las conclusiones realizadas por MOBRA INGENIERIA S.A.S. -fl. 42 cd. reconvención-, para indicar que en efecto y así también lo confirman las pruebas documentales y dictámenes aportados, se presentó una inconsistencia en el muro, lo cual también fue reconocido por las partes en sus declaraciones *"Sin embargo, no se acreditó que ello también ocurrió por causa del demandado en reconvención, además que se dice en la pretensión primera que se declara el incumplimiento total del contrato de obra número 002, aspecto este que tampoco se probó que en la totalidad de las obras contratadas no se realizaron por parte del contratista"*, además, en la audiencia de 24 de febrero de 2020, los profesionales escuchados sostuvieron que las obras ya estaban culminadas y que ellos habían sido contratados para verificar si habían quedado bien y, al haberse efectuado la pretensión por el incumplimiento en la totalidad de las obras *"en este caso tampoco pudo establecerse que todas aquellas obras fueron realizadas por el extremo demandado en reconvención, y cómo así se elevó la pretensión atendiendo al principio de congruencia qué se debe respetar en todas las decisiones judiciales; la suscrita juez en modo alguno pese a las vicisitudes en las que se vieron envueltas las obras contratadas, puede disponer su incumplimiento parcial, pues ello no fue solicitado por el interesado"*.

Frente a la pretensión de perjuicios estimada en \$750.000.000, apuntó que no se cumplió con los presupuestos del artículo 206 del C.G.P., debiéndose tener como tal, la cláusula penal, pero al no haberse acreditado el incumplimiento total, no fue de recibo ese pedimento y, la pretensión tercera de terminación del contrato de obra, por ser una pretensión consecuencial, tampoco fue de recibo, máxime, cuando el contrato no ha sido liquidado.

4. LOS RECURSOS

A) Parte demandante inicial:

- Como da cuenta el juzgado de instancia, las obras adelantadas generaron "*nuevos gastos*" que claramente debían asumirse por el contratante; en la declaración de parte del representante de la parte promotora Miguel Ángel "*confesó con claridad que con las modificaciones o imprevistos que se ocasionaron*" en el transcurso de la obra, fueron unas modificaciones de niveles, pues originalmente se había pensado en terrazas, anotando también que la liquidación de la obra se realizó con el liquidador MOBRA INGENIERÍA S.A.S., con quien se tuvo un trato directo, poniendo a su disposición las memorias de cálculo, planos y topografía, por lo que luego de realizada la liquidación, salió por un valor superior al originalmente contratado; esa liquidación, fue presentada como soporte de la interventoría para el trámite de la demanda inicial, luego fue modificada por solicitud de la Asociación de Vivienda Prado Verde.

- Mal puede decirse por la *a quo* que no se tuvo un soporte de liquidación definitiva con el que se pudiera fallar a favor de la primera demandante, cuando, contrario a lo manifestado la parte demandada –contratante- a efecto

de desvirtuar la liquidación realizada por la actora, no solo se presentó con la contestación a la demanda principal el contrato de interventoría suscrito con MOBRE INGENIERÍA S.A.S.¹², en el que se indicó en su parágrafo que el interventor *"verificará la ejecución o no ejecución de las actividades que componen el presupuesto del contrato de obra y las cantidades de obras ejecutadas en cada uno de los ítems"*, siendo una liquidación que si cuenta con la firma del ingeniero Brayan José Moya que corresponde al balance de obra de interventoría final con el que se procedió a liquidar el contrato de obra 002 de 2015¹³, lo que demuestra claramente su objeto social y lo dicho por la parte actora frente al acuerdo entre las partes para esa contratación y proceder a la liquidación.

- A folios 18 a 26 se aportó copia de la liquidación de excedentes o balance de cantidades sin firma realizado por MOBRA INGENIERÍA S.A.S., contratada por la demandada, resaltando los costos; pero a folios 626 a 636, la liquidación de excedentes o balance de cantidades de obra realizada por la interventoría final de MOBRA INGENIERÍA S.A.S. *"difiere de la inicialmente presentada"*, indicando otros valores.

- El juzgado dice no aprobar la liquidación presentada por el demandante y realizada por MOBRA INGENIERÍA S.A.S. que carece de firma de su creador, más a lo largo de la sentencia se admite que existe un documento en el cual se realizó una liquidación de obra con la cual la parte actora pretende cobrar excedentes que fueron respaldados con la cuenta de cobro aportada, que si bien la primera carece de firma, la segunda, que si se encuentra firmada precisa los costos en que se incurrió por parte del demandante que no fueron contemplados en el presupuesto general de la obra; entonces deben ser reconocidos, por cuanto obran los documentos en el

¹² Fls. 563-565

¹³ Fls. 624-637

legajo y son prueba directa de los costos de inversión y de gastos adicionales, asumiendo que son los excedentes que se pretenden; por más de que ese documento de interventoría aportado con la demanda¹⁴, adolezca de la firma de su creador, mal puede aseverarse que no provenga de MOBRA INGENIERÍA S.A.S., lo cual fue reconocido por el juzgado de instancia, pero esa falta de firma no le resta credibilidad.

- El señor Miguel Ángel Suárez Montañez en la audiencia de 24 de febrero de 2020, manifestó la necesidad de la construcción y adecuación de obras adicionales, tales como, alcantarillas o cunetas para la captación de aguas que caían en el sector del muro de contención que no estaba diseñado para "*empujes hidrostáticos*", los disipadores de energía, gaviones, cajas de citofonía, tubería, una caseta de piscina, pozo de rebombeo, acometidas¹⁵, lo que fue desconocido por la Jueza, al indicar que esas obras no se acreditaron claramente, pero cuenta con todos los soportes como la cuenta de cobro y acta de liquidación final, lo cual también fue reconocido en la declaración de parte del representante legal de la asociación.

- En cuanto a las agencias en derecho, deberá atenderse lo dispuesto en el acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, por tratarse de un proceso de mayor cuantía, las agencias en derecho mínimo deberán fijarse en un porcentaje del 3% acorde con los pedimentos pecuniarios, por lo que las fijadas no son consecuentes ni equivalentes; solicitó revocar los numerales segundo y cuarto de la sentencia apelada y conceder los pedimentos de la demanda principal.

B) La demandante en reconvención:

¹⁴ Fls. 18-19

¹⁵ Fl. 25 cd. 1

- Quedó plenamente acreditado que las obras pactadas entre Miguel Ángel Suárez EU, en el contrato de obra civil para con la Asociación de Vivienda Prado Verde no se ejecutaron conforme a los parámetros determinados en el contrato, para lo cual se resalta: i) que se atendieron las declaraciones del ingeniero Brayan José Moya Calderón, los peritos, ingeniero electricista Carlos Andrés Ortiz, ingeniero civil y geotécnico Quillen Luis Alberto Bonilla Ramos y el arquitecto evaluador Javier Alberto Prada Sarmiento; ii) respecto de la denominada entrega de la obra, no existe documento que así lo indique, pues el aportado guarda relación es con la entrega del predio; iii) las vías elaboradas por la firma del contratista, no corresponden a las pactadas en el contrato, pues como se desprende de las pruebas, no podían transitar las volquetas necesarias para el traslado de los materiales de construcción, debiendo usarse carretillas desde la entrada del conjunto; iv) el contratista no cumplió con las conexiones de alcantarillado, las cuales se encontraban en la parte externa del conjunto Prado Verde; v) el contratista no efectuó los estudios hidrológicos a una quebrada por uno de los linderos del predio, estudio que corría por cuenta del contratista, los cuales solo fueron adelantados luego de que se le entregó el predio al contratante; vi) las cajas eléctricas colocadas por el contratista no eran las exigidas por CODENSA, sin que se tengan los planos de ello.

- Sobre la caída del muro, está plenamente probado que era responsabilidad del contratista, debiendo revisar que: a) la Alcaldía municipal de Villeta, tuvo conocimiento de la querella interpuesta contra la asociación por parte de los propietarios del predio Villa Italia, con ocasión a los daños ocasionados por el muro perimetral, documento que obra en el expediente y no fue valorado; b) a pesar de que se tenían los planos aprobados por Planeación que indicaban que los muros debían contar con un muro de altura de tres metros, sin permiso de esa entidad, *“ni con estudios de suelos, ni aviso de*

nadie”, el contratista los levantó de cinco a seis metros, como se prueba con los planos aportados; c) por lo anterior, a los seis meses de la entrega los muros se dilataron y ante esa falencia el contratista levantó unos pilotes para tratar de remediar el error, por lo que la Asociación de Vivienda Prado Verde tuvo que contratar un ingeniero hidráulico; d) el ingeniero interventor Brayan José Moya Calderón en su declaración, como también en el informe entregado a la parte contratante, señaló que el muro se derrumbó por falta de cimentación, falta de manejo de las aguas detrás del muro, falta de filtro para recoger las aguas, asimismo, las experticias que no fueron objetadas concluyeron que la caída del muro obedeció a la responsabilidad del contratista.

- El juramento estimatorio se presentó en los parámetros del artículo 206 del C.G.P.; la parte demandada en reconvención en la oportunidad legal no lo objetó, por lo que no se entiende de dónde se coligió esa situación, pues de haberse presentado la objeción, se tendría un auto con el que se hubiere corrido traslado de ello; en la demanda inicial, deben declararse probadas las excepciones propuestas y, en la mutua demanda debe declararse el incumplimiento del contrato por parte del contratista.

5. FUNDAMENTOS DE ESTA INSTANCIA

5.1. COMPETENCIA:

Radica en esta Sala adoptar la decisión que en derecho se reclama, con fundamento en el numeral 1º del artículo 31 y artículo 328 del C.G.P, por ser la superior funcional de la Jueza que profirió la sentencia de primera instancia.

Además, encontrando satisfechos los presupuestos procesales exigidos por la jurisprudencia y la doctrina para que proceda sentencia de mérito, no se hace necesario realizar pronunciamiento sobre los mismos. Tampoco se observa que se haya incurrido en motivo de nulidad que obligue a invalidar total o parcialmente lo actuado.

5.2. PROBLEMAS JURIDÍCOS:

En el asunto planteado, la acción incoada se enmarca dentro la responsabilidad civil contractual, ante lo cual, emergen como problemas jurídicos a resolver:

- La procedencia del reconocimiento solicitado por la demandante inicial -contratista-, por concepto de pago de excedentes de obra civil estimados en la suma \$211.399.711,40, analizándose los medios de pruebas adosados, en particular, la documental derivada de la interventoría realizada por MOBRA INGENIERIA S.A.S.

- O, si procede, el resarcimiento de los perjuicios derivados del alegado incumplimiento de *"todas las obligaciones contractuales"* pactadas en el contrato de obra 002 de 2015, esgrimido por la demandante en reconvención -contratante-, en contra de Miguel Ángel Suárez E.U., dadas las particularidades del caso, acorde con las pruebas recaudadas.

5.3. CASO DE ESTUDIO:

5.3.1. Partiremos precisando que los contratos son definidos como un negocio jurídico que sirven como instrumento de derecho a las personas para la disposición de sus patrimonios -activos y bienes- en procura de satisfacer

sus intereses, tendientes a producir un efecto jurídico, que puede consistir en la creación, modificación o extinción de una situación de derecho; dentro de las diversas categorías de negocios jurídicos, tenemos, aquellos que versan sobre cuestiones patrimoniales de los celebrantes, pudiendo ser unipersonales o pluripersonales, en estos últimos, dos o más personas intervienen en la celebración del negocio.

Es así que, en materia contractual encontramos, cómo uno de los principios fundamentales que inspiran nuestro Código Civil, la autonomía privada de la voluntad, en virtud de la cual, todo individuo que goce de capacidad es libre de comprometerse; de suerte que, al participar en una determinada convención, bien puede estructurar autónomamente, en asocio con su contratante, el contenido del acuerdo, sin más restricciones que las que imponen la ley, el orden público y las buenas costumbres –salvo casos especiales como en los denominados negocios por adhesión-, los cuales una vez celebrados, imponen el deber de cumplir adecuadamente las prestaciones convenidas, ciñéndose de manera especial en su desarrollo al postulado de la buena fe.

En este caso, tenemos que la judicatura de primer nivel consideró que se encontraba acreditada la existencia del contrato de obra No. 002 de 31 de octubre de 2015, suscrito entre el señor Libardo Triana Perachican, como representante legal de la Asociación de Vivienda Prado Verde en calidad de contratante y Miguel Ángel Suárez Montañez representante legal de la empresa Miguel Ángel Suárez E.U., como contratista, siendo un enunciado descriptivo que no está en discusión.

Dicho lo anterior, pasan a resolverse los problemas jurídicos planteados, veamos:

5.3.2. *La procedencia del reconocimiento solicitado por la parte contratista - demandante inicial-, por concepto de pago de excedentes de obra civil estimados en la suma \$211.399.711,40, analizándose los medios de pruebas adosados, en particular, la documental derivada de la interventoría realizada por MOBRA INGENIERIA S.A.S.*

Tenemos, que las partes acordaron como objeto en la cláusula primera: *"la construcción de las obras de urbanismo en la Asociación de Vivienda Prado Verde en la carrera 10 No. 3 -10 del municipio de Villeta", pactándose como cantidad de la obra en la cláusula segunda:*

"CANTIDADES DE LA OBRA: EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar las obras en las cantidades aproximadas que se establecen a continuación: PARAGRAFO: Las mayores o menores cantidades de obra no modificaran el valor pactado en el contrato de mil doscientos ochenta millones de pesos (\$1.280.000.000) moneda legal, este valor incluye el AIU equivalente al 10,01% distribuido de la siguiente manera: Administración 3%, Imprevistos 4.01% y utilidades 3%, para un total de ciento veintidós millones cuatrocientos veintidós mil quinientos noventa pesos con cuarenta centavos (\$122.422.590.40) moneda legal. PARAGRAFO: El valor del presente contrato no incluye los costos que generen las acometidas de servicios públicos, impuestos, tasas, contribuciones y otras erogaciones de cada una las unidades de Vivienda".

Y, en la cláusula decimoprimera se anotó:

"SITIO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA: EL CONTRATISTA se compromete el objeto del presente contrato de obra en la Asociación de Vivienda Prado Verde, carrera 10 No. 3 – 10s del municipio de Villeta Departamento de Cundinamarca. Los gastos que se ocasionen por concepto de ejecución de obra no contemplados en el presupuesto general de este contrato serán asumidos en su totalidad por la parte CONTRATANTE".

Ahora, revisado el plenario y los hechos en que se finca la demanda inicial, el emolumento reclamado derivado del pago de excedentes de obra civil que afirma haber incurrido el contratista, se derivó de la documentación aportada con la demanda inicial, relacionada con la interventoría realizada por MOBRA INGENIERIA S.A.S.¹⁶, que presenta lo siguiente: i) interventoría dirigida a la asociación demandada, con asunto *"Entrega de cantidades consolidadas"*, el cual no presenta firma del ingeniero Brayan José Moya Calderón; ii) como anexos se allegó *"MEMORIA DE CALCULOS MUROS"*¹⁷, muros terrazas y muros frontales lotes¹⁸, tanque subterráneo y piscina¹⁹; iii) balance de cantidades, discriminándose en 17,1 ítems, indicando costo directo de presupuesto: \$1.288.790.683,62 y costo total del presupuesto \$1.417.798.631,05 y, v) costo total de ítems no previstos \$73.600.540,35, para un total del proyecto \$1.491.399.171,40.

Así las cosas, analizado el contrato de interventoría No. 001-2017 de 2 de mayo de 2017²⁰, entre la asociación demandada inicial y demandante en reconvencción como contratante con MOBRA INGENIERÍA S.A.S., representada por el ingeniero Moya Calderón como contratista, su objeto se enmarcó en la interventoría técnica *"A LA ENTREGA DEFINITIVA DE LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS DE URBANISMO DE LA ASOCIACIÓN DE VIVIENDA PRADO VERDE"*, para desarrollar las siguientes actividades:

"PARAGRAFO: El interventor se obliga con el contratante a realizar las siguientes actividades: 1. VERIFICACIÓN DE DISEÑOS APROBADOS POR LA OFICINA ASESORA DE PLANEACIÓN: El interventor verificara que las obras contratadas, se ejecutaron de conformidad con los planos aprobados por la Oficina Asesora de Planeación municipal y las modificaciones presentadas y aprobadas en caso de existir. 2. VERIFICACIÓN DE RESULTADOS DE

¹⁶ Fls. 18-26 cd. 1

¹⁷ Fl. 20

¹⁸ Fl. 21

¹⁹ Fl. 22

²⁰ Fls. 14-15 cd. 1

MUESTRAS DE LABORATORIO ... 3. VERIFICACIÓN DE ACTIVIDADES Y CANTIDADES DE OBRA: El Interventor verificara la ejecución o no ejecución de las actividades que componen el presupuesto del contrato de obra y las cantidades de obra ejecutadas en cada uno de los ítems, las cuales deberán ser medidas en obra, para la posterior elaboración del balance de obra. 4. VERIFICACIÓN DE FUNCIONAMIENTO DE EQUIPOS ... 5. VERIFICACIÓN CARTERAS DE CAMPO ... 6. APROBACIÓN Y RECIBO DEFINITIVO DE OBRAS: El Interventor deberá informar a su criterio que obras se encuentran en óptimas condiciones de calidad, razón por la cual se recibirán definitivamente y en caso de existir alguna obra que requiera algún acabado o ser demolida y construida nuevamente deberá informarlo a la Asociación de Vivienda, justificando la razón de su decisión. 7. COMITES Y ACOMPAÑAMIENTO A LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN: El Interventor asistirá a los comités programados por la Junta Directiva de la Asociación de Vivienda Prado Verde y Comité de obras, al igual que deberá realizar una presentación del informe de Interventoría ante la Asamblea General de la Asociación de Vivienda Prado. 7. VERIFICACIÓN Y AVAL DE OBRAS ELECTRICAS: El interventor deberá verificar la calidad y cumplimiento de la normatividad vigente respecto a las obras eléctricas ejecutadas por el Constructor."

En el trabajo de interventoría se apuntó "la información general del contrato, aspectos económicos del contrato, la metodología empleada por el interventor, las actividades de la interventoría, y por último las conclusiones y recomendaciones, y memorias de cálculo correspondientes a las actividades ejecutadas que se pudieron medir en campo, lo anterior para el recibo de la obra", destacando además las irregularidades de la obra.

Ahora bien, los folios 18-19 destacados en la demanda inicial, coinciden con los obrantes a folios 634 y 635, en estos a diferencia del primero si presenta la firma de su creador, documentación aportada con el escrito de contestación de la demanda junto con otros anexos, entre ellos, el balance de cantidades²¹, que también da cuenta de 17,1 ítems, variando frente al primero -presentado por la parte actora- en los numerales 3.2 y 8.6; el primero, frente a la "BASE

²¹ Fls. 627-628

GRANULAR RELLENO TIPO 2" por valor de \$34.129.254, que fue modificado a cero, así: *"Ítem modificado, ya que el contratista manifiesta que no se realizaron actividades de relleno con base"*; el segundo, del *"ADOQUIN CONCRETO 8CM"*, tenía un valor parcial de \$115.949.210 cambiado a \$75.727.730, bajo la observación de *"Se verifico cantidad de campo, pero presenta falencias en el terminado y en el sello de las dilataciones. Cantidad modificada debido al descuento de las áreas de andenes y piscinas"*. De igual forma, como costo directo de presupuesto se refirió: \$1.232.080.528,62 y costo total del presupuesto \$1.355.411.789,53 y, v) costo total de ítems no previstos \$73.600.540,35, para un total del proyecto \$1.429.012.329,88.

A su vez, se atendió la declaración del ingeniero Brayan José Moya Calderón, vertida en audiencia inicial de 24 de febrero de 2020, quien sostuvo que fue contratado por el representante legal de la asociación, la interventoría *"era para recibir las obras de urbanismo que en su momento realizó el ingeniero Miguel Ángel, el contrato duró aproximadamente dos meses"*, para lo cual tuvo trato directo con él, ese contratista era quien suministraba la información, pues habían cosas que *"no podía yo medirlas porque ya eran obras que estaban ya bajo pavimento o los muros que ya estaban enterrados"*; se reunía con *"el comité y con el ingeniero"*, aclarando que los informes eran entregados a la asociación y no a Miguel Ángel, porque esa fue la entidad que lo contrató, anotando además que *"el contrato únicamente se refería a recibo de las obras pero en ningún momento liquidación"*, reiterando que *"mi trabajo no fue liquidar el contrato, mi trabajo fue verificar las obras que se hayan realizado y como muy bien lo dice acá el folio 38, fue un inventario que se hizo del estado inicial del terreno, o sea fueron las obras que yo vi visualmente que él hizo, más no una liquidación"*; sostuvo que no podía verificar los excedentes de obra o mayor cantidad de obra *"No estaba de mis funciones hacer esa verificación"*.

De manera que, la interventoría a que nos hemos referido no fue desarrollada para determinar los emolumentos o excedentes que alega tener derecho la contratista y demandante inicial, como constructor de la obra derivada de la convención 002 de 2015, asimismo, las obras que resaltó aquél y en que sustenta sus pedimentos, si bien pudieron realizarse, no se acreditó que no estuvieran inmiscuidas en el contrato inicial, como tampoco que superaran el porcentaje de imprevistos; máxime, cuando el interventor Moya Calderón en el acápite de recomendaciones, indicó que *"En el contrato en la cláusula segunda se habla de un porcentaje de 4,01% de imprevistos, los cuales se tienen que justificar en qué se invirtieron"*²². Además, el mismo interventor en el balance de cantidades no ejecutadas, destacó por tal concepto siete puntos, como lo son: "RELLENOS", "RED ELECTRICA", "VIAS Y ANDENES", "REDES DE ACUEDUCTO", "TANQUE SUBTERRANEO", "ALUMBRADO PÚBLICO" y "PISCINA", que presentan un costo directo del presupuesto de \$209.180.994, siendo categórico en aseverar que no estaba dentro de sus funciones verificar los excedentes de obra o mayores valores.

Por lo anterior, los argumentos en que se fincó la pretensión impugnatoria del demandante inicial carece de apoyo, por no tener correspondencia su alegación con el acervo probatorio que dice la respalda, quedado en el aire la demostración de los valores planteados por excedentes que debía asumir su contratante; por lo que se prosigue en al estudio del segundo cuestionamiento planteado.

5.3.3. Procede el resarcimiento de los perjuicios derivados del alegado incumplimiento de "todas las obligaciones contractuales" pactadas en el contrato de obra 002 de 2015, esgrimido por la demandante en reconvencción -contratante-, en

²² Fl. 42 cd. 3

contra de Miguel Ángel Suárez E.U., dadas las particularidades del caso, acorde con las pruebas recaudadas.

Para abordar el cuestionamiento, es preciso reseñar el material probatorio allegado. Veamos:

- i) Contrato de interventoría 001-2017, suscrito el 2 de mayo de 2017, al cual se hizo alusión, entre la Asociación de Vivienda Prado Verde como contratante y MOBRA INGENIERÍA S.A.S., representada legalmente por Brayan José Moya Calderón²³.
- ii) Interventoría técnica *"informe final"* con fecha junio de 2017, en donde se refiere la información general del contrato, conclusiones, recomendaciones, memorias de cálculo con la finalidad del *"recibo de la obra"*, destacando que presentó falencias así: a) falta de presencia de personal profesional tanto del contratista, como la interventoría contratada de su parte; b) faltó dejar actas de cortes parciales, con *"verdaderas con memorias de cálculo de cantidades ejecutadas así la modalidad del contrato no lo exija"*; c) en cuanto a la calidad de la obra, hay *"deficiencias en el terminado y aspectos técnicos de los muros de contención y del pavimento articulado"*, anexando las *"memorias de cantidades encontradas en campo, carteras de campo realizadas como plano récord de la presente interventoría, balance de cantidades con observaciones a cada una ..."*²⁴, destacándose además el costo total de ítems no previstos, total del proyecto, balance de cantidades no ejecutadas, entre otros.
- iii) El ingeniero Brayan José Moya Calderón, rindió declaración como testigo en la audiencia inicial de 24 de febrero de 2020, señalando que

²³ Fls. 2-4 cd. 3

²⁴ Fls. 35-54 cd- 3

la interventoría fue para *“recibir las obras de urbanismo”* efectuadas por el ingeniero Miguel Ángel, mas no su liquidación, pero que, cuando participó *“el contrato ya estaba totalmente ejecutado”*, indicando que habían cosas que no se podían verificar *“porque estaban bajo tierra o bajo estructuras”*; se recomendó al constructor que hiciera seguimiento *“a unos muros que habían fallado, inclusive, yo recomendé hacer unos filtros, pero los que nunca se hicieron y digamos pues que en ese momento fue el muro que ya falló y se cayó, en ese momento se sabía que el muro ya presentaba fallas”*, la razón fue por fallas técnicas *“podríamos decir que por falta de cimentación, falta de manejo de un filtro de aguas”*; de otra parte, se hizo proceso de verificación de la parte eléctrica, fue *“en adición a lo que ya podía haber porque no tengo idoneidad para dar un concepto de la parte eléctrica”*. Otra observación fue, que se *“tenían que arreglar las vías porque el pavimento estaba totalmente hundido en algunas partes y las vías de confinamiento estaban totalmente agrietadas”*.

- iv) Informe técnico *“de visita de obra eléctrica al predio prado verde Villeta”*, realizado por Carlos A. Ortiz Guillen, resaltando que: en la puerta eléctrica no observó ningún mecanismo eléctrico; la excavación mecánica no cumple con la norma; frente a la tubería *“conduitnden 4”* no existe este tipo de tubería al ser la instalada de 3 pulgadas, no cumple con la norma y diseños; la caja no cumple con los planos y diseños aprobados; no existe en el predio poste en concreto de 12 metros 1050 kg; no se encontró *“Cable Cu No. 4AWG”*; la caja de inspección 80 cm*80cm *“no cumple con la medida presupuestada ni con las normas codensa ENEL”*; poste en concreto de 10 metros 1050 kg, no corresponde a los planos iniciales; transformador trifásico seco 75 KVA, no fue encontrado en el predio²⁵.

- v) El ingeniero electricista Ortiz Guillen, en su declaración sostuvo que el plano eléctrico fue entregado en la asociación y se basó en *“documentación de una propuesta para contratar”*; cuando realizó la visita *“se supone que estaba terminado”*, por lo que se tienen en cuenta las normas de CODENSA, suponiendo que estaba terminada la obra *“era un informe que había realizado para recibo de obra”*; el RETIE se modificó en 2013, con ajustes en 2017 y 2018; para la pericia tuvo en cuenta la propuesta económica que es *“lo que el contratista iba a instalar”* y *“creo estaba en base al contrato”*; las normas RETIE se modificaron en 2019, y las *“cajas dicen que la tubería tienen que ir con terminal de campana emboquillada, si yo abro una caja y miro no tiene la terminal y tiene solo un tubo ahí”*; se le indagó por la factibilidad de servicio No. 102626994 de 8 de junio de 2018, respondiendo que en algún momento alguien debió solicitarla y que el proceso eléctrico se basa en cuatro aspectos, *“factibilidad es las condiciones de servicio que le da a uno Codensa ... segundo, elaboración y aprobación de diseños; tercero, construcción de lo aprobado en diseños tal vez como planos por Codensa y cuarto, energización, pero no se puede primero construir y después diseñar ...”*; asevera que cuando realizó la visita no se contaba con las placas de CODENSA.
- vi) Informe de *“REVISION DE OBRA DISEÑOS URBANISTICOS PRADO VERDE”*²⁶, signado por el ingeniero especialista en vías y aeropistas ESING Luis Alberto Bonilla Ramos y el arquitecto Javier Prada, con fecha abril de 2019; luego de un análisis, concluyeron entre otras cosas que: no se comprende cómo la Secretaría de Planeación aprobó *“diseños de tan baja calidad y faltos de información”*; no se evidenció inclusión de verificación o interventoría en el desarrollo de la construcción, lo que

²⁶ Fls. 113 -127 cd. 3

refleja el mal proceso constructivo; en cuanto al *“cobro y suministro de obra no hubo control por lo tanto los dineros escritos en las actas no son lo suficientemente sustentados para garantizar estos valores”*; es importante comunicar a la ingeniera Liliana Reyes Muñoz, pues se tiene una serie de memoriales de responsabilidad firmados; el proyecto *“no es estable y no tiene cumplimiento con la norma ya que no es óptimo en los diseños y en la obra ejecutada ya que esta presenta alteraciones sin que ni siquiera haber empezado su uso y utilidad”*.

- vii) El ingeniero Luis Alberto Bonilla Ramos, en su declaración expuso que en compañía de Javier Prada realizaron el informe en abril de 2019, le fue entregado un paquete con 600 folios y planos; para revisar cualquier proyecto debe tenerse en cuenta la norma sismorresistente -NS10-, así como un proyecto hidráulico aplica el RAS 2000; de los documentos que le fueron entregados, se desprende que la ingeniera Liliana *“fue la que firmó el estudio de suelos con la que construyeron, con el estudio de suelos que se hizo la construcción”*, el cual presenta *“deficiencias bastante grandes”*, estudio que fue facilitado por Prado Verde; por su conocimiento, el muro falló por dos condiciones, primero, porque *“los diseños no son objetivos, carecen de datos”*, segundo, *“en construcción porque se verificó la profundidad del muro y no es la idónea”*; frente a la vía, su propósito fue el ingreso de vehículos livianos, pero se debe contemplar *“una carga pesada”*, por lo que la vía diseñada y con los materiales contruidos *“no era para que hubiera estado en ese estado”*; en la verificación de materiales, se encontraron resultados del laboratorio Ingeolab, pero lo que los hace creíbles es la acreditación ONAC, que sean firmados por un ingeniero, *“ahí los firmó un señor Marcelino Manrique, pero él no es ingeniero”*, los resultados están mal, porque presentan valores que no coinciden; en revisión del diseño hidráulico, se instaló tubería, se habló de 8

pulgadas, para a una entrega de 2 pulgadas, cuando lo mínimo es de 8 pulgadas, las cunetas *"se debe demostrar la capacidad de inundación"*; explicó de manera técnica las fallas encontradas.

- viii) El ingeniero eléctrico y tecnólogo en electricidad industrial Edwin García Soler, rindió pericia *"para verificación de construcción de redes de media tensión de acuerdo a las normatividades conforme a lo establecido por el Reglamento Técnico Eléctricas RETI ..."*²⁷.
- ix) El ingeniero Edwin García Soler fue interrogado como testigo, dice conocer a Miguel Ángel Suárez por unos trabajos que han realizado; el demandado en reconvención fue quien hizo la solicitud de disponibilidad de energía y factibilidad del proyecto asociación de vivienda, teniendo ese conocimiento porque hizo una visita el 20 de enero de 2020 para *"determinar las condiciones de servicio de operador de red"*; se presentaron dos solicitudes de factibilidad y disponibilidad, una *"que hace el operador de red que se hizo por la parte posterior del conjunto y la última que hicieron este año en la que hicieron por frente del conjunto"*, la última por parte de la asociación *"me imagino yo porque quieren retomar el tema de las conexiones"*, lo cual le compete al propietario del predio; la normatividad RETIE esta desde 2013, pero se cambiaron los lineamientos del operador, el último fue en 2018, lo que afecta la disponibilidad y factibilidad del servicio.
- x) La ingeniera civil Martha Liliana Reyes Muñoz, interrogada en la audiencia de 21 de agosto de 2020, refirió que con Miguel Ángel Suárez E.U. han realizado varios proyectos, desde hace diez años y con la asociación, solo el de Prado Verde; el proyecto fue *"el estudio de suelos,*

²⁷ Fls. 362-369

cálculos y diseños estructurales para unas casas de la urbanización”, en el año 2013, siendo contratada por Miguel Ángel para “los estudios de suelos y estructuras, entonces se envió una comisión de perforadores para ejecutar los sondeos y yo pues desde mi oficina aquí en Bogotá realicé la interpretación de los resultados de laboratorio, de cálculo estructural, los planos estructurales y todo se le entregó al ingeniero”; se realizaron ocho perforaciones en el terreno, siendo un “terreno de baja viabilidad”; el diseño arquitectónico fue el que determinó que las construcciones fueran de dos niveles; no conoció inconsistencias en la obra; para la verificación de materiales, deben revisarse las interventorías; el ingeniero Miguel Ángel presentó los documentos necesarios para la licencia, tales como “estudio de suelos, las memorias de cálculos y pues los documentos que me acreditan como diseñadora de estructuras y de suelos”; no ha ido a la obra, se enteraba por las conversaciones que presentó con el ingeniero Miguel Ángel. En los estudios de suelos “la resistencias que se encontró en el laboratorio fue aproximadamente de 1kg por centímetro cuadrado a la compresión, más o menos a un metro de profundidad ...” y para los muros de contención 10 toneladas por metro cuadrado, para el cálculo estructural tuvo en cuenta el estudio de suelos, “fui yo quien ejecutó ese estudio de suelos con mi equipo de trabajo”; la falla en el muro fue por “sobresaturación en el terreno de relleno detrás del muro, o sea por el escape de agua o alguna tubería ... entonces pues el peso del suelo aumenta en las condiciones de saturación”, pero la cimentación fue la adecuada.

- xi) Concepto técnico de las obras ejecutadas, realizado por el ingeniero Helmanph Germán Olmos Soler²⁸, donde platea el estudio de las obras realizadas, al igual que un acápite de conclusiones: a) algunos de los muros en su parte exterior presentan desplazamiento de 1 y 2 cm. “que

²⁸ Fls. 288-304 cd. 3

no significa un comportamiento preocupante de la estructura" a pesar de que en épocas previas "tuvo fuerzas de empuje del suelo del talud e hidrostáticas de alguna importancia, como consecuencia de la escorrentía en las laderas colindantes"; b) cada seis metros del muro se observa una fisura, por lo que, esos "muros de contención contruidos no demuestran un comportamiento en cuanto a desplazamiento horizontal o hundimiento, que justifiquen estructurales adicionales de gran tamaño y costo, obviamente sería importante conocer los criterios de diseños, los cálculos y los planos que soportan la intervención posterior que determinó efectuar la Asociación"; c) en el "libro de obra no aparece ninguna anotación negativa por parte de la Interventoría no de la Asociación", frente a construcción de estructuras y vías vehiculares.

- xii) El ingeniero Germán Olmos Soler, interrogado en la audiencia de 21 de agosto de 2020, respondió que fue contratado para "evaluar la obra ... obviamente posteriores a su ejecución" y revisar las condiciones "técnicas" que presentaba; donde observó un estudio hidráulico efectuado por un ingeniero de trayectoria, donde se hicieron observaciones frente al manejo de aguas en la parte superior que podría presentar daños en muros, lo que acaeció fue por una "sobresaturación" o "incremento en el nivel de agua, la presión hidrostática aumenta", debido a: la intensidad o fuerza del agua, como también el indebido manejo de aguas de escorrentía "porque no se hicieron conductos o cunetas o los canales que corresponden para poder manejar las aguas"; que en la parte superior no vio cunetas ni filtros; cuando un muro tiene fallas presenta fisuras, en este caso "vi fue unas dilataciones verticales, completamente verticales cada seis metros ... esa dilatación vertical no indica que el elemento estructural este fallando"; no observó el "libro de obra" para de esa manera determinar

aspectos negativos; no conoció los antecedentes de la obra *“yo voy a evaluar es lo que ya está”*.

Frente al presente marco, acorde con la interventoría realizada por el ingeniero Brayan José, como se advirtió en el estudio del primer problema jurídico, se determinaron una serie de obras no ejecutadas que afectaron el presupuesto en \$209.180.994, además que, no se tiene explicación de la forma en que la demandada en reconvención destinó el porcentaje de imprevistos, coligiendo que: i) la obra presentó falencias por la falta de presencia de personal *“profesional en desarrollo de las actividades tanto del contratista de obra como del contratista de interventoría”*, ii) faltaron las actas de cortes parciales *“verdaderas con memorias de cálculo de cantidades ejecutadas así la modalidad del contrato no lo exija”*; iii) frente a la calidad de la obra, tiene *“deficiencias en el terminado y aspectos técnicos de los muros de contención y del pavimento articulado”*, anexando las *“memorias de cantidades encontradas en campo, carteras de campo realizadas como plano récord de la presente interventoría, balance de cantidades con observaciones a cada una ...”* y, en particular sobre el muro en el acápite de recomendaciones, anotó que se debía verificar si se había autorizado el cambio en sus diseños *“presentan unas diferencias de alturas con los plasmados en el diseño inicial”*, sugirió un seguimiento al mismo *“que falló por desplazamiento y en caso de persistir realizar la demolición”*, al igual que *“solicitar al contratista la construcción de un filtro perimetral en la parte trasera de los muros, con el fin de evacuar aguas de escorrentía”*.

Por su parte, en el informe de revisión de obra y diseños urbanísticos de Prado Verde realizado por el ingeniero Bonilla Ramos y el arquitecto Javier Prada, resaltaron que no se hizo un control idóneo de actas y seguimiento de la obra, además que, la ingeniera Liliana Reyes Muñoz suscribió una serie de documentos de responsabilidad y que los diseños aprobados por planeación

fueron deficientes, les faltaba información, ampliándose en la declaración del primero de los nombrados que el muro no contó con la debida profundidad y las vías a lo sumo debían contemplar el tránsito de carga pesada; por su parte, el concepto técnico realizando por el ingeniero Olmos Soler, refiere que, si bien esa pared presenta un desplazamiento de 1 y 2 centímetros, no conlleva la afectación de su estructura, entre otras manifestaciones.

Por las fallas del muro de contención o perimetral, la Secretaría Administrativa y de Gobierno de Villeta, en audiencia verbal abreviada AMPV 090 de 1º de febrero de 2018, declaró infractor del artículo 77, numeral 2 de la Ley 1801 de 2016, a la Asociación de Vivienda Prado Verde, destacando en las consideraciones que *“la intervención del predio “Prado Verde” para la construcción de un muro de contención perimetral al predio “Villa Italia” fue causante de daños tanto en el cerramiento delimitante del predio como en la corona de talud debido al fallo estructural del mismo. El inadecuado diseño y proceso constructivo del muro sumado a las filtraciones y escorrentías de agua debido inexistencia de un sistema para canalización de aguas tanto en la vía como en el predio ocasionaron que este fallara, perjudicando ambas propiedades”*²⁹.

En consecuencia, no queda duda que en efecto el muro en cuestión presentó fallas considerables que inicialmente pueden endilgársele al constructor como dan cuenta los medios de prueba, al tener alteración en los diseños, indebida construcción y manejo del muro perimetral frente a circunstancias específicas, sin perjuicio de la falta de seguimiento por parte del contratante, agregado a la ausencia de una oportuna y debida interventoría que requería una obra como la acordada en el contrato 002 de 2015, que de por más, solo se adelantó una vez culminada en su gran mayoría, cuando ello estaba previamente acordado conforme a la cláusula sexta del

²⁹ Fl. 73. Cd. 3

acuerdo de voluntades³⁰ y era de resorte de la Asociación de Vivienda Prado Verde en cabeza de su junta directiva.

De otro lado, en lo atinente a la *“grave e injustificada actuación al momento de adoquinar la vía del inmueble”* -hecho vigésimo séptimo-, en efecto, en el acápite de recomendaciones técnicas de la interventoría efectuada por MOBRA INGENIERÍA S.A.S., se sugirió *“solicitar al contratista el arreglo del pavimento articulado sobre todo en los hundimientos que se presentan en la entrada del proyecto, de igual forma realizar el cambio de adoquines que se ven fisurados”, la “instalación de área de sello para cubrir las juntas o espacios libres ya que ello ayuda a dar confinamiento a los elementos y estructuralmente conforma un solo elemento para la distribución de cargas, a su vez evita la filtración de agua hacia la estructura del pavimento. Se debe instalar la arena completamente seca para que pueda penetrar por las juntas y pasar plancha vibratoria para llegar a la parte baja de la junta”, “solicitar al contratista el ensayo de laboratorios de módulo de rotura de los adoquines, ya que los cilindros no evalúan el comportamiento del adoquín con cargas puntuales”*³¹, sobre lo cual, en el informe del ingeniero Luis Alberto Bonilla Ramos, realizado de manera conjunta con el arquitecto Javier Prada, exponen el mal estado de las vías y zonas de andenes a pesar de no presentar tráfico, poniendo en entredicho el material utilizado.

Así, el adoquín al igual que el muro perimetral y las vías en comento también presentaron fallas, lo cual, era de resorte del contratista.

Ahora, no puede predicarse lo mismo frente a las obras eléctricas referidas en el hecho vigésimo sexto, porque si bien el ingeniero electricista

³⁰ *“El interventor rechazará todos aquellos trabajos o materiales que no reúnan las condiciones exigidas en los documentos del contrato y el contratista se obliga a contratar a su costa los cambios y modificaciones que sean necesarios para el estricto cumplimiento de lo pactado en este documento.”.*

³¹ Fl. 43 Cd. 3

Carlos A. Ortiz G., expuso diferentes falencias en su informe o pericia de *"visita de obra eléctrica al predio prado verde"*, ello obedece en primera medida, a que para el momento en que se adelantó la obra no se contaba con el estudio de factibilidad previamente aprobado al contratante o interesado, esto es, la Asociación de Vivienda Prado Verde, más aún, cuando para el informe en cuestión el experto tuvo en cuenta *"las normas codensa ENEL, factibilidad del servicio No. 102626994 de fecha 18 de junio de 2018, propuesta económica realizada por el contratista y planos aprobados por ENEL"*, que encuentra eco con la respuesta ofrecida al juzgado de primer nivel por parte de Enel CODENSA, en la que informó que frente a la asociación demandante, una vez se realizó *"la verificación correspondiente, se encontró factibilidad No. 102626994, asociado a al proyecto de vivienda de la asociación prado verde, no se ubicaron más antecedentes, así mismo se puede apreciar que el estudio de factibilidad fue solicitado por el señor Libardo Triana Pirachican"*³², por lo cual, mal puede endilgársele incumplimiento al contratista demandado Miguel Ángel Suárez E.U., por no ceñirse a las disposiciones RETIE del año 2018, al haberse adelantado con anterioridad, cuando han sido modificadas y, sin contar con el estudio de factibilidad, como se anotó.

Sin embargo, se tiene que en el presupuesto general de la obra contratada y pagada³³, ítems 7 a 7.7, se determinó lo relacionado con la red eléctrica, frente a lo cual el perito expuso que la tubería no fue de 4 pulgadas, sino de 3, no se instaló el poste en concreto de 12 metros o 1050 kg. y, frente al transformador que indicó el perito no haberse encontrado, este no está determinado en el adiado presupuesto.

³² Fl. 426. Cd. 3

³³ Fls. 30-31 Cd. 3

En este orden, tenemos que la asociación demandante en reconvención reclamó se declarará que el demandado Miguel Ángel Suárez EU, incumplió *"todas las obligaciones contractuales"* derivadas del acuerdo No. 002 de 2015, al no haber entregado la obra para la cual fuera contratado y, en el acápite de juramento estimatorio reclamó la suma de \$750.000.000., de manera que no fue por el total de lo contratado, sino queda claro que la pretensión es de forma parcial.

Se tiene que el ³⁴*"en el ámbito privado"*³⁵, el contrato de obra civil tiene por objeto la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y remuneración³⁶ y esta última, presenta diferentes formas. De esta manera, nuestra superioridad ha considerado en la referida sentencia, que:

*"En este último elemento, existen diferentes modalidades de pago del costo del negocio: (i) a precio global; (ii) a precios unitarios; y (iii) por administración delegada"*³⁷.

³⁴ Sala Civil, CSJ, sentencia de 18 de diciembre de 2019, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, Radicación: 68755-31-03-001-2011-00101-01, Rad. Corte SC5568-2019

³⁵ Bajo el epígrafe de *"arrendamiento de servicios inmateriales"*, la codificación sustancial en lo civil, a partir del artículo 2064 y siguientes, denota el contrato de obra como aquél acto jurídico por el cual una persona asume para con otra, el compromiso de efectuar un trabajo material determinado, bajo un precio, sin que ello implique una relación de subordinación o de representación, destacando entonces, su carácter de consensual, siendo suficiente para su perfección, el solo acuerdo sobre las condiciones de la construcción y su pago. Así, *"Obra"* y *"remuneración"* como elementos coexistentes y axiales en esta índole de negocios jurídicos, en algunas ramas del derecho como el público, dan lugar al surgimiento de diversas clasificaciones, en especial, frente a la forma de pago de cómo se llegue a estipular, se puede hablar entonces, de contratos con *"precio global"*, *"llave en mano"*, *"administración delegada"*, *"reembolso de gastos"* y *"precios unitarios"* en los que en su mayor parte, se hace un estimativo inicial del precio para efectos presupuestales, pero el precio definitivo se concreta al concluirse el contrato.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre 1999, exp. 10.929.

³⁷ En el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se definió el contrato de obra como aquel que celebran las entidades estatales (art. 2 *ibidem*) para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Sobre este último elemento, es importante resaltar que existen diferentes modalidades de pago del valor del contrato de obra: a precio global, a precios unitarios, por administración delegada reembolso de gastos y pago de honorarios y el otorgamiento de concesiones, sistemas de pago que otrora indicaba el canon 82 del Decreto 222 de 1983. Ahora, si bien estas tipologías no fueron contempladas expresamente por la Ley 80 de 1993, esto no es obstáculo para que continúen constituyendo formas de pago en los contratos celebrados no solo por la administración pública, sino por los particulares, por cuanto en tanto en las condiciones generales de la contratación debe esta precisar las condiciones de costo, las obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (art. 24, ordinal 5, literal c).

(i) En el primero, el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como subvención una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales.

(ii) En relación al segundo, la forma de retribución corresponde a unidades o cantidades de obra, y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar los montos de construcción ejecutados por el precio de cada una de ellos, obligándose el edificador-contratista a desarrollar las obras especificadas en el contrato³⁸.

La característica más notable de esta modalidad, la constituye el hecho de que el constructor se compromete, salvo expreso acuerdo 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."

Dicho o anterior, en el caso de estudio tenemos que los extremos convinieron suscribir el "contrato de obra civil para la construcción de obras de urbanismo de acuerdo al presupuesto y cantidades de obra adjuntas según ocho (8) carpetas las cuales se anexan y forman parte integral del contrato", por lo que pactaron una forma de retribución por precios unitarios, los cuales se determinaron de manera específica en cada uno de los ítems a realizar en el documento anexo a la convención denominado "PRESUPUESTO GENERAL"³⁹, por ende, no puede predicarse que el contrato fue de "llave en mano" o todo costo, por la responsabilidad global asumida por el contratista, pues en el marco de su ejecución, ésta debía acompasarse al presupuesto general, ciñéndose a los valores unitarios previamente acordados.

Ante ello, la judicatura de primer nivel determinó que no se acreditó el incumplimiento en su totalidad de la obra, sino que a lo sumo fue parcial, y

³⁸ MARIENHOFF, M. "Tratado de Derecho Administrativo", Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, Tercera edición, Tomo III -B, Contratos Administrativos, pp. 543 y 544.

³⁹ Fls. 29-31 cd. 3

que a la fecha de presentación de la demanda no se había realizado la liquidación del contrato como se obligaron los contendores en la cláusula decimoquinta, pues no se efectuó el acta de recibo definitivo, sino un acta de entrega del bien que no tiene esa virtualidad⁴⁰.

En este orden, si bien la pretensión se enfiló a la declaratoria del incumplimiento total del contrato, con su consecuente indemnización por los aspectos a desarrollar no colmados; no es menos cierto que al interpretarse la demanda en el entendido de que la asociación demandante reclamó un incumplimiento parcial, con la consecuente indemnización de perjuicios acorde con el juramento estimatorio presentado, lo que conlleva a determinar que es ese el entendimiento que se le debe atribuir a la demanda en aras de no sacrificar el derecho sustancial y porque en ese sentido fue que se desplegó la defensa del demandado en reconvención. Al respecto, nuestra superioridad ha puntualizado:

“Subsistiendo la incompatibilidad al momento de dictar sentencia, se debe propender por salvar la irregularidad con criterios de proporcionalidad, en el sentido de no sacrificar el fondo por la forma, y de eficacia, en cuanto cupiere la aplicación del principio de economía procesal, fin último del instituto de la acumulación de pretensiones.

Por ejemplo, eliminando la informalidad mediante una interpretación racional del escrito genitor, a cuyo propósito, al decir de la Sala, se “(...) estará más a la intención del actor que a lo literal de las palabras, se cotejará las distintas partes del libelo apreciándolo en su conjunto, se preferirá el sentido en que una petición puede producir algún efecto a aquel en que no pueda producir ninguno”.

Siguiendo la presente línea, debemos recordar que la congruencia constituye la pauta orientadora de la decisión que debe adoptar el Juez, atendiendo la obligación de estructurar su sentencia conforme a los

⁴⁰ Fl. 27 cd. 1

⁴¹ Sala Civil, C.S.J., sentencia de 21 de junio de 2016; 15001-31-03-001-2008-00043-01, rad. SC8210-2016; exp. No. 7166.

planteamientos que hagan las partes en sus escritos de demanda y de contestación; asimismo, es incongruente la sentencia cuando no resuelve sobre aspectos objeto de litigio *-mínima petita-*, cuando se pronuncia sobre cuestiones que no fueron reclamadas y no puede mediar un pronunciamiento de oficio *-extra petita-* y, al excederse los límites fijados por la ley o las partes *-ultra petita-*.

Sobre el tema en comento, conceptualmente útil la Sala de Casación Civil del Corte Suprema de Justicia, ha considerado:

42 "Son incongruentes las sentencias que dejan de resolver alguno de los extremos del litigio (mínima petita), o que se pronuncian sobre cuestiones que no fueron materia de la controversia y que no podían contemplarse de oficio (extra petita), o que pese a estar centradas en los aspectos que integran el debate litigioso, exceden los límites que a ellos fijaron las partes o la ley (ultra petita).

Así se desprende del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, cuando expresa que "[l]a sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. (...). No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. (...). Si lo pedido por el demandante excede lo probado, se le reconocerá solamente lo último. (...)".

Se trata, pues, de un defecto en la actividad decisoria del juez, que no puede confundirse con los errores de juzgamiento, toda vez que la inconsonancia únicamente acaece cuando aquél, al dictar la sentencia, desconoce los linderos que, al respectivo debate litigioso, le trazaron las partes en la demanda y en la contestación, o le asignó la ley, especialmente, en materia de excepciones meritorias, ya sea porque no resuelve todo lo que dentro de esos márgenes está, ora porque se pronuncia más allá o por fuera de lo que ellos delimitan. Una cosa es resolver un proceso sin desatar, o excediendo, lo que en él se debate; y otra, completamente diferente, es decidir todos sus extremos sin rebasarlos, pero desacertadamente, como consecuencia de la indebida interpretación de las normas rectoras del mismo, o de la incorrecta escogencia de los preceptos que estaban llamados a disciplinarlo.

⁴² Sala Civil, C.S.J. sentencia de 7 de marzo de 2017, ref. 08001-31-03-004-2007-00233-01, rad. SC3085-0217.

En el primer supuesto, se está en frente de una sentencia incongruente, atacable en casación por la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; en el otro, de un fallo violatorio de la ley sustancial, denunciable a la luz del primero de los motivos de esa misma norma.

Sobre los anteriores particulares, la Corte tiene dicho:

(...) Es bien sabido que el principio de la congruencia que debe informar a la sentencia, se infringe 'cuando hay falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, en cualquiera de estas formas: 1) ultra petita: si provee sobre más de lo pedido; 2) extra petita: si provee sobre pretensiones o excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas y, 3) mínima petita: cuando omite decidir sobre todo lo pedido (sent. 107 de julio 21 de 1993, exp. 4383, reiterada en mayo 16 de 2000, exp. 6295)."

Por manera que, pronunciarse frente al incumplimiento parcial y una condena bajo ese entendimiento, no acarrea reconocimientos *extra petita*, *ultra petita*- y/o incongruente, como de manera desacertada lo puntualizó la judicatura de primer nivel, en tanto que no se va más allá de lo pedido, como tampoco se está frente a una pretensión que no fue propuesta o ante la cual, no hubiese ejercido su defensa.

Superado lo anterior, debemos tener en cuenta que, el perjuicio es indemnizable cuando reúne los requisitos de ser *cierto*, *directo* y *previsto*. Para ser cierto, significa que es efectivo y real, eso es, no hipotético o meramente probable. Es directo cuando es resultado del hecho intencional o culposo, de tal forma que supuesto éste necesariamente tenía que producirse aquel. Y es previsto, al atender la consecuencia natural del hecho lesivo, no algo excepcional, y por demás, imposible de mirar cuando el hecho fue cometido.

Ante ello, tenemos que la asociación demandante en reconvención reclamó en la pretensión segunda *"se condene a la empresa MIGUEL ANGEL SUAREZ E.U., a pagar a la ASOCIACION DE VIVIENDA PRADO VERDE el valor de los perjuicios sufridos en virtud del incumplimiento, los cuales son determinados más adelante en el Juramento Estimatorio por peritos idóneos"*, indicando en el respectivo acápite:

"Con fundamento en el artículo 206 del Código General del Proceso, me permito manifestar bajo la gravedad de juramento que los daños y perjuicios ocasionados a mi mandante ASOCIACION DE VIVIENDA PRADO VERDE en razón al INCUMPLIMIENTO DEL CONTATO 002 de 2015, por parte del Contratista MIGUEL ANGEL SUAREZ E.U., ascienden por las razones de haber recibido el demandado el pago total del contrato, valga decir, la suma de MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES DE PESOS (\$1.329.000.000=); por no haber terminado las obras, por los costos en la demolición del muro y su nueva construcción, por el incumplimiento a las normas ENEL, igualmente teniéndose en cuenta los peritajes efectuados a la Obra y a las propuestas económicas allegadas para terminar la parte eléctrica y las obras hidráulicas y de esta manera efectuar técnicamente las obras que el contratista MIGUEL ÁNGEL SUAREZ E.U., no desarrolló, y las cuales se aportan con el presente escrito, ascienden a la suma de Setecientos Cincuenta Millones de Pesos (\$750.000.000=), suma que deberá cancelar la parte demandada dentro de la presente acción de reconvención".

Sentado lo anterior, hay que indicar que el artículo 211 del C.P.C. modificado por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010, reguló lo relacionado al juramento estimatorio, siendo derogado por el artículo 206⁴³ del Código General del Proceso –Ley 1564 de 2012⁴⁴-, medio de prueba que brilla por su ausencia en el caso particular, dado que no se efectuó **estimación razonada**, discriminándose los diferentes aspectos incumplidos de cara a lo obra y su cuantificación, para de esa manera arribar al monto total reclamado.

⁴³ Norma que entró en vigencia a partir del 12 de julio de 2012 –art. 627 numeral 1º Ley 1564 de 2012-, la cual derogó el artículo 211 del C.P.C. que a su vez conllevaba la modificación que incluyó el artículo 10 de la ley 1395 de 2010 y que había entrado en vigencia el 12 de julio de 2010.

⁴⁴ Igualmente referido de tal manera en los artículos 493 y 495 del C.P.C.

Nótese como, la norma en referencia no infiere que el sujeto a indemnizar impetire cualquier afirmación o se colme limitándose con una enunciación o listado, sino que, el juramento estimatorio por catalogarse como un medio de prueba, como lo denota el artículo 206 del C.G.P., debe ser razonado -fundado en razones, documentos o pruebas⁴⁵-, y como lo advierte el legislador, junto con la estimación en dinero del derecho demandado, conservando como equivalencia esas disposiciones que se *“hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo”*.

Siendo así las cosas, era del resorte de la persona jurídica promotora hacerlo explícito y concreto en la demanda, para que el valor afirmado, pudiera ser considerado como medio de prueba; en este caso, si bien medió afirmación, de la documental determinada en precedencia que se aportó, no se discriminó de forma razonada, elaborada y consistente el valor del perjuicio irrogado, a modo de ejemplo, habiéndose decantado los valores que conllevaban la indemnización reclamada bajo juramento, concatenados con las pruebas periciales y cotizaciones que requerían para cumplimiento o finalización de la obra, lo cual se hubiese respaldado razonadamente. Empero, si hay lugar a resaltar de tal estimación, que el interesado concateno al total de la indemnización los siguientes aspectos: 1) demolición del muro y su nueva construcción; 2) incumplimiento a las normas ENEL; 3) propuestas económicas allegadas para terminar la parte eléctrica y las obras hidráulicas, para efectuar técnicamente las obras que el contratista no desplegó; de igual forma, se memora que en el escrito de demanda se planteó como aspectos medulares de la obra, lo relacionado con el muro perimetral, adoquines o pisos y parte eléctrica.

⁴⁵ Real Academia Española, Diccionario; Consultado en <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=qmZkiweagDXX28ZU9KY7>.

Así pues, sobre el arreglo o reparación del muro perimetral, se aportó
“... paquete técnico del diseño de una segunda propuesta por el método Caisson y
Pantalla de contención, obras hidráulicas y obras de atraque de muros existentes de
acuerdo al contrato de consultoría No. 001-2019”, determinándose como valor de
presupuesto a folios 106 y 107 lo siguiente:

 CARLOS ALBERTO BERNATE HERNANDEZ Ingeniero Civil Matricula Profesional 63202-28822 QND					
PRESUPUESTO SEGUNDA PROPUESTA CAISSON CON PANTALLA					
ASOCIACION DE VIVIENDA PRADO VERDE VILLET - CUNDINAMARCA				MARZO DE 2019	
ITEMS	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	V/UNITARIO	V/PARCIAL
1	PRELIMINARES				
1.1	Campamento 32 m2	Und	1,00	\$ 2.300.000,00	\$ 2.300.000,00
1.2	Demolicion muro existente	m3	65,40	\$ 153.400,00	\$ 10.032.360,00
1.3	Excavación a maquina incluye retiro	m3	140,00	\$ 18.500,00	\$ 2.590.000,00
2	ESTRUCTURA				
2.1	Pantalla de contencion en concreto 3000 psi	m3	28,00	\$ 742.900,00	\$ 20.801.200,00
2.2	Caisson diametro de 0.80 en concreto de 4000 psi	ml	78,00	\$ 536.920,00	\$ 41.879.760,00
2.2	Acero de refuerzo 60000 psi	kg	6.940,00	\$ 4.380,00	\$ 30.397.200,00
3	ILLENOS ESTRUCTURALES				
3.1	Lleno compactado con B-200	m3	40,00	\$ 84.200,00	\$ 3.368.000,00
3.2	Lleno compactado con tierra de excavación	m3	150,00	\$ 19.200,00	\$ 2.880.000,00
4	ESTRUCTURAS HIDRAULICAS				
4.1	Geotextil no tejido NT 1600	m2	405,00	\$ 6.100,00	\$ 2.470.500,00
4.2	Material filtrante (piedra triturada 1" a 2")	m3	86,40	\$ 125.417,00	\$ 10.836.028,80
4.3	Tubería de drenaje diametro 4"	ml	80,00	\$ 27.633,00	\$ 2.214.640,00
4.4	Drenes transversales diametro 1 1/2" en PVC	ml	50,00	\$ 24.300,00	\$ 1.215.000,00
4.5	Cuneta de coronamiento en concreto	ml	24,00	\$ 25.800,00	\$ 619.200,00
5	ORDEN Y ASEO				
5.1	Orden y aseo	gl	1,00	\$ 500.000,00	\$ 500.000,00
				TOTAL COSTO DIRECTO	\$ 132.103.888,80
				ADMINISTRACIÓN 10%	\$ 13.210.388,88

 CARLOS ALBERTO BERNATE HERNANDEZ Ingeniero Civil Matricula Profesional 63202-28822 QND					
PRESUPUESTO ANCLAJE MUROS EXISTENTES LOTES 102, 105 Y 106 CON PILOTES Y CONTRAFUERTE					
ASOCIACION DE VIVIENDA PRADO VERDE VILLET - CUNDINAMARCA				MARZO DE 2019	
ITEMS	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	V/UNITARIO	V/PARCIAL
1	Micropilote de 60 cms de diametro por 8 mts de profundidad de perforación limpia para un terreno normal.	ml	43	\$ 180.000,00	\$ 8.640.000,00
2	Acero de refuerzo de 60000 psi	kg	1.480,00	\$ 4.380,00	\$ 6.482.400,00
3	concreto fluido tipo de 280 Kg/cm2	m3	16,80	\$ 456.800,00	\$ 7.674.240,00
				TOTAL COSTO DIRECTO	\$ 22.796.640,00
				ADMINISTRACIÓN 10%	\$ 2.279.664,00
				IMPREVISTOS 2%	\$ 455.932,80
				UTILIDAD 5%	\$ 1.139.832,00
				IVA 15% SOBRE UTILIDAD	\$ 216.568,08
				TOTAL COSTO OBRA	\$ 26.888.636,88


CARLOS ALBERTO BERNATE HERNANDEZ
Ingeniero Civil
Matricula profesional 63202-28822 QND

De esta manera, por concepto de los arreglos al muro perimetral, hay lugar al reconocimiento de las sumas de \$155.816.536.,84, que conlleva la descripción referida por el ingeniero civil Bernate Hernández, incluida la demolición del muro existente y su construcción, como también la suma de \$26.888.636,88, por concepto del "ANCLAJE MUROS EXISTENTES" lotes 102, 105 y 106 con pilotes y contrafuertes, para un total de **\$172.705.173.**

Asimismo, la parte contratante en el acápite de juramento solicitó que se valoraran las propuestas económicas aportadas para una eventual indemnización, enunciando la parte eléctrica e hidráulica; entonces, en los anexos del trabajo de interventoría desplegado por MOBRA INGENIERIA S.A.S. a folio 50, se hizo la relación del "BALANCE DE CANTIDADES NO EJECUTADAS", así:

BALANCE DE CANTIDADES NO EJECUTADAS						
ITEM	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VR UNITARIO	VR PARCIAL	OBSERVACIONES ILUSTRADAS
3	RELLENOS					
3.1	BASE GRANULAR RELLENO TIPO 2	M3	2371.00	\$ 37.505.00	\$ 87.813.755.00	Item no ejecutado, ya que el concreto más cerca que se se realizó en actividades de relleno con B.S.A.
7	RED ELECTRICA					
7.5	CABLE CU # 4 AWG	M	623.30	\$ 8.241.00	\$ 5.138.421.00	No se ejecuto
8	PLAS Y ANTIEROS					
8.1	CONCRETO 3.3	M3	81.00	\$ 467.187.00	\$ 37.842.147.00	No se ejecuto
8.2	CAJAS DE INSPECCION BOMB	UNO	4.00	\$ 516.191.00	\$ 2.064.764.00	No se ejecuto
9	ACCESORIOS DE ACUEDUCTO					
9.1	CAJA MEDIDOR ACUEDUCTO	UNO	12.00	\$ 148.892.00	\$ 1.786.704.00	No se ejecuto
9.2	ACCESORIOS MEDIDOR ACUEDUCTO	UNO	32.00	\$ 225.518.00	\$ 7.216.576.00	No se ejecuto
9.3	PLANTA ELECTRICA	UNO	1.00	\$ 9.521.847.00	\$ 9.521.847.00	No se ejecuto
10	TANQUE SUBTERRANEO					
10.5	CAJALERA DE GATO	M	2.00	\$ 72.818.00	\$ 145.636.00	No se ejecuto
11	ALUMBRADO PUBLICO					
11.1	TRANSFORMADOR TRANSFORMACION 750VA	UNO	1.00	\$ 9.781.714.00	\$ 9.781.714.00	No se ejecuto
12	PIEDRA					
12.1	ANCHO CONCRETO 6 / 0.10	M2	332.00	\$ 54.751.00	\$ 18.159.332.00	Actuando realizada en proyecto
12.2	PAVIMENTO PAV. PISO	M2	312.00	\$ 84.269.00	\$ 26.292.108.00	Actuando realizada en proyecto
COSTO DIRECTO DEL PRESUPUESTO					\$ 208.180.994.50	
ADMINISTRACION					\$ 6.375.429.84	
IMPREVISTO					\$ 6.388.197.68	
TOTAL					\$ 220.944.622.02	
COSTO TOTAL DEL PRESUPUESTO					\$ 220.944.622.02	

NOTA: LAS CANTIDADES Y VALORES UNITARIOS DE CADA ITEM SON LAS CONTRACTUALES

Como se ve, se resaltaron *ítems* no ejecutados por concepto de rellenos 3.1. "BASE GRANULAR RELLENO TIPO 2", red eléctrica 7.5 -CABLE CU # 4

AWG-, pues en nada interfiere la modificación RETIE analizada en precedencia; vías y andenes, 8.2, "CONCRETO 1, 2, 3" y 8.8. "CAJAS DE INSPECCIÓN 80*80", redes de acueducto, 9.4 "CAJA MEDIDOR ACUEDUCTO", 9.5. "ACCESORIOS MEDIDOR ACUEDUCTO", 9.8 "PLANTA ELECTRICA", tanque subterráneo 10.6 "ESCALERA DE GATO", alumbrado público 11.2 "TRANSFORMADOR TRIFASICO SECO 75 KVA", piscina 14.12 "ANDEN CONCRETO E/0,10" y 14.13 "ENCHAPE HALL PISOS", que de manera diáfana guardan relación con el presupuesto general de la obra⁴⁶, valor total que fue pagado, como lo reconoció la parte constructora en el libelo inicial⁴⁷, por ende, hay lugar a un reconocimiento a título de indemnización por la suma de \$230.120.012,15.

Dicho lo anterior, se abordan las excepciones presentadas por el demandado en reconvención denominadas "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA" y "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA", las cuales están llamadas al fracaso, en tanto que los extremos de la *litis* que participaron en la relación comercial, cuentan con legitimación para acudir al presente trámite, pues presentan un ⁴⁸ "... interés legítimo, serio y actual del "titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico" (U. Rocco, *Tratado de derecho procesal civil*, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360)" esto es, la "...plena coincidencia "de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva). (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I, 185)" (CXXXVIII, 364/65), y debe verificarse por el juzgador "con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia

⁴⁶ Fls. 29-31 cd. 3

⁴⁷ Hecho No. 2 anv. fl. 34 cd. 1

⁴⁸ Sala Civil, C.S.J., sentencia de 1 de julio de 2008, exp- 11001-3103-033-2001-06291-01

estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular”.

Sobre la excepción de no agotar requisito de procedibilidad, se tiene que la parte demandante en mutua demanda, solicitó medidas cautelares y, conforme al parágrafo primero del artículo 590 del C.G.P. *“se podrá acudir directamente al juez”*, por lo que no es de recibo.

Frente a las excepciones denominadas *“MALA FE DEL DEMANDANTE Y BUENA FE DE LA DEMANDADA”, “INEXISTENCIA DE LA CAUSAL ALEGADA PARA DEMANDAR”, “LOS DAÑOS QUE SE RECLAMAN NO SE PUEDEN ENDILGAR A LA SOCIEDAD DEMANDADA EN RECONVENCIÓN, FALTA DE CONDUCTA IMPUTABLE AL DEMANDADO E INEXISTENCIA DEL DAÑO”, “EJECUCIÓN COMPLETA DEL CONTRATO DE OBRA No. 002 DE 2015 Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO, EL NO PAGO DE PERJUICIOS RECLAMADOS POR EL ACTOR”, “FALTA DE REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR A LA DEMADNANTE EN RECONVENCIÓN”, “CULPA IMPUTABLE A LA ASOCIACIÓN DE VIVIENDA PRADO VERDE”*, no son de recibo acorde con lo expuesto en líneas anteriores, en tanto que quedó acreditado el incumplimiento parcial del contrato de obra por parte del constructor.

De cara a la excepción denominada *“CADUCIDAD DE LA ACCIÓN (2 AÑOS)”*, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 472 de 1998, es preciso anotar que la norma citada es propia de las acciones de grupo que de manera alguna guarda relación con la responsabilidad contractual, que de por más, al no tener un término establecido por el

legislador, debe ceñirse al término decenal ordinario de que trata el artículo 2536 del C.C.⁴⁹, sin que sea de recibo a su vez la excepción de prescripción.

5.3.4. Para terminar, frente al reparo presentado por el apoderado de la parte demandante en cuanto a las agencias en derecho, no es el escenario para su debate conforme a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del C.G.P., que reza: *“La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.”*

5.3.5. Con todo, hay lugar a modificar la sentencia apelada por las razones aquí expuestas, esto es, para declarar no probados las excepciones de mérito presentadas por la parte demandada en reconvención; declarar el incumplimiento parcial del contrato de obra por parte del constructor demandado, con las consecuentes condenas referidas en precedencia; declarar la terminación del contrato de obra de manera judicial y, condenar en costas de la mutua demanda a la parte demandada.

7. DECISIÓN:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Civil-Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

⁴⁹ “PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA Y ORDINARIA. Modificado por el art. 8, Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10). La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5). Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término.”

MODIFICAR la sentencia proferida el 30 de octubre de 2020 por el Juzgado Civil del Circuito de Villeta, acorde con los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente providencia, por lo que quedará de la siguiente manera:

Primero: Declarar la existencia del contrato No. 002 de 2015, atendiendo las consideraciones que anteceden.

Segundo: Denegar las demás pretensiones de la demanda principal.

Tercero: Declarar no probadas las excepciones de mérito presentadas por la parte demandada en reconvención MIGUEL ANGEL SUAREZ E.U.

Cuarto: Declarar que la parte demandada en reconvención MIGUEL ANGEL SUÁREZ E.U. en calidad de contratista, incumplió de forma parcial el contrato de obra No. 002 de 2015, en el que figuró como contratante la ASOCIACIÓN DE VIVIENDA PRADO VERDE, conforme a lo expuesto en la parte motiva, por lo que, como consecuencia se declara terminado.

Quinto: Condenar a la parte demandada MIGUEL ANGEL SUÁREZ E.U., al pago en favor de la parte demandante ASOCIACIÓN DE VIVIENDA PRADO VERDE, de las siguientes sumas a título indemnizatorio:

- \$172.705.173 M/Cte. por concepto del presupuesto para el arreglo del muro perimetral, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

- \$230.120.012,15 M/Cte. Por concepto de obra no ejecutada, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

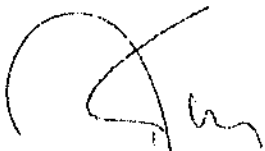
Sumas que deberán ser pagadas por la parte demandada en reconvención y a favor de la demandante en reconvención, dentro del término de diez (10) días hábiles contados a partir de la ejecutoria de esta decisión. De no acatarse, se empezarán a generar los intereses legales correspondientes.

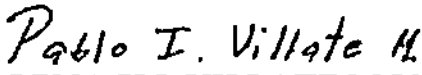
Sexto: Negar las demás pretensiones indemnizatorias de la demanda de reconvención.

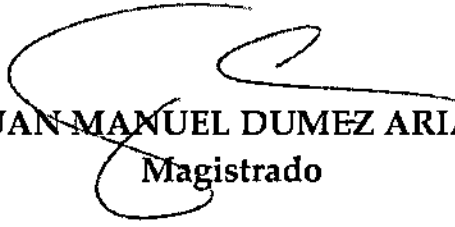
Séptimo: Condenar en costas de ambas instancias a la parte demandante inicial y demandada en reconvención MIGUEL ANGEL SUAREZ E.U. y a favor de la parte actora ASOCIACIÓN DE VIVIENDA PRADO VERDE. Fijar como agencias en derecho de la segunda instancia, que se han de incluir en la correspondiente liquidación, la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000 M/L).

Octavo: Por secretaría, enviar oportunamente el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ
Magistrado Ponente


PABLO IGNACIO VILLATE MONROY
Magistrado


JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Magistrado