

Señor
JUZGADO CUARENTA Y NUEVE CIVIL CIRCUITO
Correo electrónico ccto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Ciudad

REF: PROCESO Ejecutivo
RADICACIÓN 2019 – 0844-01
DEMANDANTE **GEOMAM LTDA**
DEMANDADO **OHL COLOMBIA SAS Y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL SAS. INTENGRANTES DEL CONSORCIO OHL RIO MAGDALENA**
ASUNTO *Sustentación Recurso de Apelación*

RICARDO FORERO RAMIREZ, mayor de edad, domiciliado en la Av. Jiménez No 8 A 77 Of 305 de esta ciudad, identificado con la C. C. No. 79.145.093 de Bogotá, Abogado titulado con T.P. No. 29.326 del CCJ, E-mail rforeror@gmail.com, obrando en nombre y representación judicial de las sociedades **OHL COLOMBIA SAS y CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL SAS INTENGRANTES DEL CONSORCIO OHL RIO MAGDALENA**, por medio del presente escrito y encontrándome dentro del término hábil para hacerlo, en forma respetuosa me permito sustentar el recurso de apelación contra la sentencia anticipada notificada por estado el 4 de diciembre de 2020, fundamentando el recurso en los siguientes términos:

Solicito a la segunda instancia se sirva revocar la providencia objeto de ataque por las siguientes razones de hecho y de derecho, además que de las que ha de encontrar el ad quem.

1.- La sentencia no tuvo en cuenta la Excepción de Contrato no Cumplido, adoptada por el ordenamiento jurídico en el artículo 1609 del C.C, regla basada en la equidad que orienta los contratos sinalagmáticos

1.1.- El Despacho indica sobre el punto

"En el presente asunto, ninguno de los medios probatorios allegados demuestra el incumplimiento de las obligaciones contractuales a que alude la parte ejecutada..."

1.2.- No tuvo en cuenta la sustentación de la contestación de la demanda en la cual se indicó:

1.2.1.- Que el contrato aportado al proceso en el Parágrafo de la Clausula Séptima, cuando toca la RETENCION EN GARANTIA, a través de la cual el CONTRATADO y acá demandante acepta la retención del 10% sobre los valores facturados por cualquier razón por el CONTRANTE, garantizando con ella las siguientes obligaciones a su cargo:

- (i) El cumplimiento de todas sus obligaciones derivadas del Contrato aportado al proceso;
- (ii) Que al momento de su terminación no se presentara reclamación pendiente a su cargo.
- (iii) El cumplimiento de las obligaciones laborales con el personal contratado para la ejecución de las obras a desarrollar, entre ellos: pago de salarios, pago de la Seguridad Social del personal contratado para le ejecución de la obras base del contrato, bien fuera por contratación directa, por subcontratos;

(iv) Pago de las obligaciones tributarias a su cargo

(v) La presentación de la documentación exigida en el contrato pasa el pago de la garantía

(vi) Entregado las garantías y pólizas establecidas en contrato y las que debía constituir contra entrega de obras realizadas

1.3.- Es claro el punto 5.2 del contrato, según el cual el CONTRATANTE se obliga a devolver las sumas debidas por concepto de garantía, cuando el CONTRATADO haya cumplido las condiciones establecidas por el contrato.

Es claro, que quien primero incumple automáticamente exime a su contrario a ejecutar la siguiente prestación: el demandante no cumplió con las obligaciones relacionadas contractualmente, ni se allano a cumplirlas y por lo tanto se cumplieron las condiciones para que aplique la excepción interpuesta toda vez que:

- i- estamos en presencia de un contrato bilateral y sus obligaciones son actualmente exigibles; si el acreedor no cumple con sus obligaciones no puede pretender que el deudor cumpla con las suyas;
- ii- que el acreedor, contra quien se opone la excepción, no cumplió con su prestación ni se ha allanado a hacerlo y
- iii- la sociedad demandada se opuso de buena fe

Para que prospere la ejecución forzada o la resolución demandada, que ha cumplido o que se encuentra llano a hacerlo, porque este no es un requisito de procedencia de estos remedios. Cosa distinta es que a esa demanda el deudor oponga la excepción de contrato no cumplido porque, luego de que el deudor pruebe los hechos en que se funda su excepción, tendrá el acreedor que probar que ha cumplido o que ha estado llano a hacerlo para que pueda prosperar su acción.

Luego de que el deudor pruebe los hechos en que se funda su excepción, tendrá el acreedor que probar que ha cumplido o que ha estado llano a hacerlo para que pueda prosperar su acción.

Es por ello que la excepción se estima procedente pues el incumplimiento del deudor fue consecuencia del incumplimiento del acreedor.

1.4 Teniendo en cuenta lo expuesto, es claro que el fallador no tuvo en cuenta lo dispuesto en el art 164 , 176 y 281 del C.G.P que establecen que:

- Art 164: "...Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.
- Art 176: "... Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, ..."
- Art 281 "... Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones... la demanda... y con las excepciones que aparezcan probadas..."

Obligaciones que la sentencia impone contrariando los derechos del CONTRATANTE DEMANDADO

La sentencia acusada le impone al CONTRANTE - DEMANDADO la obligación de pagar las retenciones realizadas con cargo a las garantías pactadas del orden del diez por ciento (10%) de cada una de las facturas presentadas, sin que el DEMANDANTE – CONTRATADO haya cumplido las obligaciones antes reseñadas.

La Sentencia impone una obligación contrariando el contrato, el cual es objeto de amparo por la ley sustantiva del contrato. Partimos del presupuesto que pacto contractual es la expresión autonomía de la voluntad. En el presente caso el Despacho sin probar el cumplimiento de las obligaciones para tener derecho a la entrega de las garantías · Condena al CONTRATANTE DEMANDADO a su Devolución.

Al no probar DEMANDANTE – CONTRATADO las cargas pactadas en el contrato no se dan los requisitos sustantivos para su devolución de la retención de sumas de dinero fundamentadas en la garantía pactadas. Lo anterior no constituye una obligación clara, expresa y exigible, con lo cual la sentencia desconoce los principios fundamentales del contrato.

Los Artículos 1602 y 1603 del CC consagran que "todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes" y que "los contratos deben ejecutarse de buena fe y por lo tanto obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley, pertenecen a ella" y el Artículo 1609 del CC ordena que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes se encuentra en mora cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte.

En lo referente a las estipulaciones del art 1602 del C. Civil la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Dr Ariel Salazar Ramirez, Radicación nº 11001-31-03-007-2007-00606-01, mayo 17 de 2016 determino:

"El principio jurídico supremo del cual emana todo el derecho de las obligaciones convencionales señala que la finalidad económico-social del contrato lleva implícita el cumplimiento de las estipulaciones en él pactadas. Los contratos se celebran para cumplirse y, por ello, son ley para las partes."

"Este postulado se encuentra establecido en el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". En un sentido similar, el Código de Comercio define el contrato como un "acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...". (Art. 864)"

...

"El contenido del contrato sólo puede ser creado, modificado o extinguido por la voluntad de las partes o por la propia ley de modo expreso, sin que sea procedente realizar en tal punto interpretaciones extensivas. Por ello, al juez no le está permitido desconocer el consentimiento de los contratantes dentro de los contornos de la buena fe, como tampoco las causas expresamente previstas en normas positivas para afectar la validez de los convenios o privarlos de sus efectos." (La resalta no es del texto)

Conclusión:

Por lo expuesto, la sentencia acusada va en contravía de los presupuestos procesales del debido proceso, esto es:

- Para poder demandar el cobro de las garantías debidas, el demandante debió de haber demostrado el cumplimiento de las obligaciones contractuales acordadas, porque nadie puede desconocer el cumplimiento de las obligaciones mutuas que nacen de los contratos (art 1089 C.C) según la cual quien se encuentra en mora de cumplir sus obligaciones no puede obligar a los demás a cumplir. Así las cosas, la sentencia aplico en forma indebida:

- El Artículo 164 del C.G.P., según la cual: "... Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

El demandante no probó en el proceso el cumplimiento de las obligaciones reseñadas para poder exigir el pago de las sumas debidas por concepto de las garantías.

- El Artículo 167 del C.G.P. La carga de la prueba se encuentra en quien debe establecer los supuestos de hecho en los cuales fundamenta sus derechos. Para este efecto habría que tener en cuenta que las afirmaciones y negaciones indefinidas no requieren prueba alguna.
- A su vez, el Artículo 281 del C.G.P determina que "... Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones... la demanda... y con las excepciones que aparezcan probadas..."

2.- Se indico en forma precisa que las partes habían convenido contractualmente que el monto de los intereses era igual al DTF + 1%; a pesar de lo acordado por las partes, el juzgador desconoció lo pactado por ellas.

2.1.- No obstante lo expuesto, la sentencia condena al pago de intereses en los términos del Artículo 884 del C. de Comercio, aplicando la máxima legal

Esta parte de la sentencia se encuentra vinculada a los mismos principios antes relacionados, esto es al irrespeto de la voluntad de las partes, y está fallando más allá de lo pactado de que tratan los Artículos 1602 y 1609 del CC.

El Artículo 280 ibidem, que ordena que al proferirse una sentencia debe examinar de manera crítica las pruebas y explicarlas razonadamente y el contrato celebrado entre el demandante y el demandado no fue locado como se ha señalado, porque no tuvo cuenta las obligaciones pactadas entre las partes y desconoce el principio consagrado por el Artículo 1602 que el contrato es ley para las partes, y en el presente proceso no se avalúo con estos presupuestos jurídicos encontrando que la sentencia desconoció los artículos 29, 228 y 230 de la C.N., en la medida que no se ajusto a las normas que gobiernan el proceso siendo la primera de ellas el contrato base de la presente acción y sustento de las excepciones propuestas.

No existe congruencia en la sentencia, principio con base en el cual el Juez se obliga a que sus decisiones sean concordantes con los hechos y las peticiones que se hacen en el escrito de demanda; en el fallo objeto del presente recurso, no se dio la consonancia entre las excepciones propuestas el contrato base de estas y lo que el mismo prueba de la relación jurídica demandada, - ley para las partes- por cuya razón debe ser revocada en su integridad aceptando las excepciones propuestas, así como la inexistencia del título base de la ejecución en la medida que el CONTRATADO – DEMANDANTE, no cumplió el contrato para demandar el pago de la garantía retenida; razón por la cual, la sentencia fue contraria igualmente a lo estipulado en el artículo 281 C.G.P, citado con anterioridad.

"El principio de congruencia de la sentencia, además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello". T-5.490.941 M.P Alejandro Linares Cantillo

Liquidando los interés del 21 de mayo hasta el 30 de julio de 2019 (momento del abono), teniendo como base el valor de: \$68.207.250 (valor a pagar a GEOMAM después de retenciones), son de: \$830.786. Los intereses calculados desde el 31 de julio hasta el 20 de febrero de 2020, teniendo como base el valor de: \$30.152.860 (valor restante a pagar a GEOMAM después del abono realizado el 30 de julio de 2019 por: \$38.054.390), son de: \$843.024 y no en la cuantía como están liquidados

De otro lado el demandante está cobrando el IVA sin que exista prueba del pago del mismo y nadie puede demandar sin título que acredite el valor cobrado. Con ítem negativo para que prospere la acción ejecutiva sobre este punto, porque está demandando el pago del total facturado, sin hacer las retenciones obligatorias por ley como son: retención en la fuente por la consultoría correspondiente al 6% \$ 4.113.000,00 y Retelca (5x1000) \$ 342.750,00 para el municipio de Cimitarra.

Por las razones expuestas y las que ha de encontrar su Despacho es que me permito solicitar se sirva revocar la sentencia de primera instancia y a declarar probadas las excepciones propuestas.

Atentamente

RICARDO FORERO RAMIREZ
C. C. No. 79.145.092 de Bogotá
T.P. No. 29.326 del C.C.J.
E-mail rforero@gmail.com


República De Colombia
Rama Judicial Del Poder Público
Juzgado 49 Civil del Circuito
De Bogotá
TRASLADOS ART. 14 Dto.
En la fecha 02-06-2021 se fija el presente traslado conforme a lo dispuesto en el Art. 14 Dto. del 02-06-2021 el cual corre a partir del 02-06-2021 y vence al: 09-06-2021.

La Secretaría: _____