

S-2023

Procedimiento

Demandante:

Demandada:

Radicado:

Asunto:

Verbal

Félix Mena Gamboa, como propietario de Construcciones MF

Diseño Concretos SAS y Procil SAS, conformantes del consorcio Diseño y Proyectos

05001 31 03 **017 2017 00083 01**

Confirma con modificaciones sentencia de primera instancia

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
-SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL-**

Medellín, cuatro (04) de julio del dos mil veintitrés (2023).

Como la ponencia presentada por el Homólogo de Sala Dr. Juan Carlos Sosa Londoño no logró mayoría, es por lo que, por seguir en turno, me correspondió asumir la ponencia, razón por la cual ahora se ocupa la Sala Mayoritaria de decidir el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Oralidad de Medellín el día 06 de febrero del 2019, dentro del trámite del procedimiento verbal, incoado por el señor Félix Mena Gamboa –como propietario del establecimiento de comercio Construcciones MF-, en contra de Diseño Concretos SAS y Procil SAS, quienes conforman el consorcio “Diseño y Proyectos”, sociedades demandadas quienes a su vez presentaron demanda de reconvención contra el demandante. Labor jurisdiccional que se acomete en el siguiente orden,

I. ANTECEDENTES

I. EL CONTRATO OBJETO DE LA PRETENSIÓN RESOLUTORIA.

El 28 de julio de 2015, entre Felix Mena Gamboa –propietario del establecimiento de comercio CONSTRUCTORA FM- y, el consorcio Diseño y Proyectos - conformado por las sociedades Diseño Concretos SAS y Proyectistas Civiles SAS, se suscribió un contrato civil de obra **03-2015** bajo la modalidad de precios unitarios fijos no reajustables, cuyo objeto fue la ejecución de mano de obra consistente en excavación de pilas para la Unidad De Vivienda Articulada San Javier en la ciudad de Medellín.

1. Fundamentos Fácticos. Los hechos se sintetizan de la siguiente manera:

1.1. El Consorcio Diseños y Proyectos conformado por las sociedades Diseño Concreto S.A.S. y Procil S.A.S. y el Área Metropolitana -según Resolución 000834 proveniente de la licitación pública Nro. 023 de 2014-, celebraron contrato de obra consistente en la construcción de la Unidad de Vida Articulada UVA del barrio San Javier de esta ciudad.

1.2. El 28 de julio de 2015 entre demandante y demandada se celebró contrato civil de obra Nro. 03–2015, cuya duración se estipuló en 90 días solares, contados a partir de la fecha de inicio de obra. Hace claridad la parte demandante en que, si bien el contrato se firmó el 10 de agosto de 2015, no obstante, el mismo empezó a ejecutarse a partir del 28 de julio del mismo año, momento en el cual se dio inicio a la excavación de pilas.

1.3. Que dentro del objeto del contrato se estipuló que el contratista se obligaba para con el contratante, de manera independiente y sin que existiera subordinación ni dependencia, a ejecutar bajo la modalidad de precios unitarios fijos no reajustables, la ejecución de mano de obra para excavación de pilas de la UVA San Javier, de acuerdo con los precios estipulados en el contrato. Igualmente, dentro del referido contrato se discriminaron taxativamente las actividades a realizar por el contratista, así como las herramientas, equipos y elementos de construcción que estarían a su cargo. El valor del contrato se estipuló en la suma de \$221.000.000,00.

1.4. Que dentro de las obligaciones del contratante se estipuló:

1.4.1. Pagar al contratista en los términos pactados en el contrato, pago que se haría a partir de la presentación de las facturas al contratante por la realización de las obras objeto de este contrato.

1.4.2. Poner a disposición del contratista el terreno, local y/o edificación en donde fueran a construirse las obras.

1.4.3. Suministrar el material y los insumos solicitados por el contratista de acuerdo con la programación de la obra, así como suministrar la información en su poder y coadyuvar la logística necesaria para el cumplimiento del objeto contractual, así como efectuar los pagos al contratista en el lugar y forma convenida.

1.5. Acusa el demandante, que el Consorcio demandado incumplió las obligaciones estipuladas en la cláusula primera del contrato -en lo referente a las especificaciones de las características del suelo-, por cuanto dice que el tipo de suelo encontrado en la excavación de pilas resultó ser distinto a la información suministrada por el contratante, pues si bien admite en principio que se trataba de un suelo heterogéneo, sin embargo, las bolas de roca encontradas en la excavación eran de diámetro superior a 1.2 ml. con una altura superior a los 2.5 ml. cubriendo el diámetro de la pila.

1.6. Relata que el hecho anterior era conocido por el contratante y, por tanto, ante ese suceso, el contratante autorizó al demandante contratista para realizar la excavación en roca con cuña hidráulica -incluyendo el desembombe-, práctica que resultó fallida, por lo que ante ese imprevisto solicitó al Consorcio realizar dicha excavación de roca en la forma comúnmente acostumbrada en el campo de la construcción de pilas, es decir, con minería y quema con dinamita, opción que fue desechada por el contratante, quien de manera unilateral el 2 de octubre de 2015 decidió dar por terminado el contrato, incumpliendo así con las obligaciones estipuladas en la cláusula tercera del contrato, pues omitió suministrar la información que tenía en su poder -en cuanto a la tipología del suelo-, además, de no coadyuvar en la logística necesaria para superar tal omisión, puesto que no suministró al contratista los respectivos equipos, materiales e insumos para la excavación de la roca. Por último, resaltó que, pese haberse terminado el contrato de manera unilateral por decisión del contratante, no obstante, a la fecha de presentación de la demanda no se ha presentado la respectiva liquidación del mismo.

1.7. Acorde con lo anterior, solicitó, entonces: **i)** se declare que existió un contrato civil para la excavación de pilas en la obra denominada Unidad de Vida Articulada (UVA) de San Javier, **ii)** que las demandadas incumplieron el contrato civil de obra celebrado entre las partes el 10 de agosto de 2015; **iii)** Que se declare resuelto el contrato referido por incumplimiento de las obligaciones pactadas en lo concerniente a la descripción del suelo, forma de pago, plazo estipulado, suspensión o terminación del contrato, y vigilancia técnica estipulado en la cláusula primera del contrato y, **iv)** Que se condene a las demandadas a pagar al demandante los perjuicios en la cuantía descrita en los numerales 4 a 10 del acápite de la demanda.

2. Actuación procesal. El Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Medellín admitió la demanda mediante providencia del 14 de marzo de 2017 (cfr. fl. 111), ordenándose su notificación a la parte demandada.

3. Contestación de la demanda. La demanda fue contestada por las sociedades demandadas, las cuales a través de su apoderado judicial conjunto se opusieron a las súplicas de la demanda, indicando no ser cierto lo expuesto por el demandante, pues indican que las especificaciones y condiciones del suelo fueron las mismas con las que se contrató, aunado al hecho que el contratista manifestó conocer las características del suelo. Además, indican que quien decidió terminar el contrato de manera unilateral fue el contratista, al retirar a todo su personal de la obra el 24 de septiembre de 2015, sin dar explicación alguna, ni responder a los requerimientos del contratante. Como excepciones de mérito formuló **i)** inexistencia de las obligaciones demandadas y, **ii)** cobro de lo no debido.

4. Demanda de reconvención. En escrito separado las sociedades demandadas formularon demanda de reconvención, cuyas pretensiones fueron:

4.1. Declarar resuelto el contrato de obra civil celebrado el 10 de agosto de 2015 entre las partes referidas, por incumplimiento de las obligaciones del contratista respecto a los hechos narrados en los numerales 7 y 8 de la demanda. Condenar a los demandados a pagar los perjuicios estipulados en la demanda en la cuantía allí establecida en la modalidad de daño emergente pasado y el valor de la cláusula penal pecuniaria pactada por los contratantes.

4.2. Hechos de la demanda de reconvención.

4.2.1. Los primeros hechos de la demanda hacen referencia al contrato de obra que celebraron las partes en los mismos términos plasmados en la demanda principal.

4.2.2. El resto de los hechos están relacionados con el supuesto incumplimiento del demandado (demandante principal) y que se resumen así:

4.2.3. El contratista incumplió continuamente con sus obligaciones, como las referidas en la cláusula 2 numerales a, b y c, al haber empleado equipos deficientes (pese a conocer el estudio de suelos y el tipo de suelo donde se

desarrollaría el contrato), al tiempo que utilizó mano de obra no calificada, aunado al hecho del ausentismo de personal de la obra. Igualmente, se dice que incumplió los numerales e. y d. de dicha cláusula, por cuanto refieren que el contratista tuvo conocimiento del estudio de suelos y las condiciones del terreno, siendo prueba de ello que antes de realizar la oferta contractual realizó varias visitas a la obra, además, que el contratante le informó al contratista con la respectiva anticipación, acerca de los equipos y el personal que se requería para la adecuada ejecución del contrato.

4.2.4. Que el contratista tampoco aportó soportes de paz y salvo y pago de nómina, pese a los varios requerimientos que le hizo el contratante.

4.2.5. Que el contratista no realizó plan de contingencia, poniendo en riesgo la calidad y seguridad de la obra al incumplir la obligación de brindar elementos de protección y seguridad industrial requeridos para el ejercicio de la actividad de la obra.

4.2.6. Que no se pudieron ejecutar los trabajos en los términos y condiciones pactadas, debido al bajo rendimiento de ejecución de las obras, ocasionado por el personal contratado por el contratista.

4.2.7. Que el contratista tampoco entregó ninguna de las pólizas a las que se refiere la cláusula Octava del contrato.

4.2.8. Surtido el traslado de la contrademanda al demandante, éste propuso como excepciones: **i)** inexistencia del pretendido incumplimiento por parte del contratista, **ii)** incumplimiento del demandado reconviniendo con las obligaciones del contrato, **iii)** la demanda carece de pruebas para demostrar los hechos y las pretensiones para reclamar los perjuicios pretendidos, **iv)** indebida y exagerada tasación de perjuicios, **v)** mala fe del demandado reconviniendo, **vi)** cobro de lo no debido, **vii)** buena fe del demandante reconvenido, y **viii)** la genérica.

Valga acotar aquí que en el momento de la fijación del litigio ambas partes coincidieron en que el asunto debía guiarse a través de la pretensión única de terminación del contrato con indemnización de perjuicios alegado por cada quien, por lo que tácitamente modificaron las pretensiones, abandonando la de resolución contractual, para ir solamente tras la terminación del contrato, muy a pesar de que

recíprocamente se acusaron de haber terminado en forma unilateral el contrato por su contraparte.

5. Sentencia. En audiencia del 6 de febrero de 2019, el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito halló un incumplimiento recíproco de las partes, por lo que declaró judicialmente terminado el contrato de obra civil celebrado entre las partes actuantes en el presente proceso, fundado en que ambos contendientes actuaron con imprevisión, descuido y negligencia, en tanto que existió una deficiente información acerca de las condiciones, tipología y características del suelo en el que se proponía la obra de excavación de pilas. Agregó, además, el juez, que esa falta de información no era atribuible exclusivamente alguno de los contratantes, en tanto que ambos actuaron con imprevisión, ya que de antes del contrato pudieron haberse valido de ayudas tecnológicas que les aportara elementos de juicio en orden a la certeza de las reales condiciones de ese suelo en el área de ejecución de la excavación que se disponían realizar, pero nada hicieron para adquirir ese conocimiento, por lo que afincó en esa razón el mutuo incumplimiento y en esas mismas razones se apoyó para concluir que la cláusula penal se tornaba inexigible.

Según el juez, el contratista cumplió hasta donde le fue posible cumplir, incurriendo en sobrecostos por alquiler del compresor, dado que estos conceptos no estaban incluidos contractualmente como una prestación que debía asumir el contratista, por lo que, para reestablecer el equilibrio contractual, condenó al consorcio demandado a pagar a favor del demandante, por concepto de alquiler de compresor y por el valor de lo que se había retenido del 10% en la obra que parcialmente ejecutó el contratista, negando las demás pretensiones, tanto de la demanda principal como las de la contrademanda.

6.1. Apelación y reparos concretos de la parte demandante principal y demandado en reconvención: En escrito presentado dentro de los tres días siguientes, el apoderado de la parte demandante principal y demandada en reconvención formuló los reparos así:

6.1.1. Adujo no compartir los argumentos planteados por el *a quo*, en cuanto el juez concluyó equivocadamente que había sido el demandante -como contratista-, quien actuó con negligencia, descuido, o, al menos con grave imprudencia, en cuanto no constató y obtuvo asesoría respecto a las condiciones del suelo donde

iría a realizar la excavación a la que se había obligado, pues, según el demandante recurrente, de acuerdo con el Plan de Ordenamiento Territorial, es el constructor quien debe realizar ante las Curadurías Urbanas Municipales todos los trámites para obtener la licencia de construcción y para ello debe cumplir con el lleno de los requisitos, entre ellos, los estudios geotécnicos, hidrogeológicos y geológicos de suelos, es decir, realizar el estudio de suelos, que según el demandante debieron ser conocidos por el consorcio contratante, desde antes de suscribir el contrato con el contratista, a lo que agrega que según la cláusula tercera del mismo contrato, el contratante Consorcio Diseños y Proyectos se obligó para el contratista a declarar como cierta toda la información que suministró respecto de los asuntos del objeto contratado y, por ello, considera que el contratista no está obligado a realizar ninguna otra investigación acerca de las características del suelo.

6.1.2. Respecto a que no culminó íntegramente la ejecución de la obra, refiere que el juez no valoró en su conjunto las pruebas existentes, mismas que permitían probar cómo este hecho no fue imputable a dicho contratista, por cuanto asegura que él hizo todo lo humanamente posible para culminar la obra y que fue el contratante quien de manera unilateral resolvió terminar la relación contractual el 2 de octubre de 2015, como se prueba con el testimonio de Lina Marcela Mena Bermúdez.

6.1.3. En lo concerniente a la constitución de las pólizas de seguro a que se obligó como contratista, expuso que dichas garantías no eran exigibles, por cuanto la ejecución del contrato inició el 28 de julio de 2015 y la protocolización del mismo se dio el 10 de agosto siguiente, motivo por el cual no podía constituirse las pólizas después de la ejecución del contrato.

6.1.4. Agregó, que si bien el *a quo* hizo alusión al equilibrio financiero que debe existir entre las partes del contrato, no tuvo en cuenta que en el marco de obligaciones contractuales en este tipo de contratos, por costumbre, el contratista queda inmerso en unos gastos por riesgos e imprevistos que demanda la actividad, siendo aceptable que el contratante reconozca a favor del contratista un porcentaje del 10 al 20% por costos de administración o costos indirectos, por lo que considera que el juez debió condenar al demandado a pagar a favor del contratista dicha utilidad estimada en un 10% del valor del contrato.

6.1.5. Finalmente, muestra inconformidad respecto a la no condena de la cláusula penal pactada en el contrato ante el incumplimiento de la demandada.

6.2. Apelación de las sociedades demandadas en la demanda principal y demandantes en la reconvención, quienes hicieron los siguientes cargos concretos:

6.2.1. Yerra el juez al decir en la providencia recurrida que el representante legal del Consorcio manifestó una diferencia entre las condiciones del suelo sobre el cual iba a ejecutarse el contrato y las que realmente resultaron durante su ejecución, advirtiendo que, por el contrario, si se observa en el interrogatorio de parte, el representante legal fue claro y enfático al admitir como un hecho cierto, que el mismo material heterogéneo de roca que fue descrito en el contrato, era el que se encontraba en el lugar en donde se realizaron las excavaciones; además, aduce que en los estudios geotécnicos, hidrogeológicos y geológicos de suelos para la definición de las cimentaciones sede UVA, que hacen parte integral del contrato, también se manifiestan las condiciones del terreno, por lo cual estas condiciones de terreno no pueden ser alegadas como una omisión al deber de información.

6.2.2. No existe prueba que permita concluir que el contratista hubiera ejecutado 431.63 m³ de excavación en pilas y, más aún, tampoco hay prueba de que exista un dinero o saldo pendiente a cargo del consorcio y en favor del contratista Félix Mena Gamboa, aduciendo que, contrario a lo afirmado por el juez, tanto el demandante como el representante legal de las demandadas fueron coincidentes en afirmar que el consorcio pagó al contratista todas las obras que fueron ejecutadas, por lo que considera que no puede predicarse un incumplimiento por parte del consorcio.

6.2.3. Muestran inconformismo respecto de los testigos llevados al proceso por el demandante, ya que los considera parcializados y no gozan de ninguna credibilidad, por tener parentesco en grado de consanguinidad con la parte demandante, testigos que por demás erraron en la fecha en que habían iniciado y terminado su relación laboral, por lo que a su juicio estaban preparados en sus respuestas.

6.2.4. Refieren equivocación del juez al invocar el artículo 868 del Código de Comercio, pues aduce que la revisión del contrato debe ser invocada por una de las partes, sin que pueda hacerse de manera oficiosa por el juez, indicando que el demandante no solicitó como pretensión dicha revisión contractual por sobrevinientes circunstancias extraordinarias, por lo que dice debe existir congruencia entre lo pedido y lo fallado.

6.2.5. Por último, adujo el recurrente contrademandante, que el juez a quo erró al ordenar pagar la suma de \$ 9.500.000,00 por el uso de herramientas, para lo cual no existe ninguna prueba de que el Consorcio hubiese realizado algún descuento por concepto de dicho compresor, refiriendo que, en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, éste aceptó que las partes acordaron que el compresor correría por cuenta del contratista. Igual desacuerdo muestra respecto del monto de \$ 3.400.000,00 como condena que ordenó el juez en la sentencia cancelar a cargo de la parte demandada en favor de la demandante, ya que no existe ninguna prueba de su causación.

Esbozados de esta manera los antecedentes que dieron lugar a la decisión recurrida y las razones de disenso que sustentan la alzada, procede la Sala a desatar el recurso con fundamento en las siguientes

III. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales. Aunque ningún debate entre las partes ha suscitado el incumplimiento de los requisitos o presupuestos procesales para que tanto el juez de primera como de segunda instancia puedan asumir de fondo el estudio del asunto, de todas maneras, el juez tiene el deber oficioso de asumir su estudio, lo que lo conducirá a establecer un ejercicio legítimo de la pretensión y, por supuesto, la formación cabal y válida de la relación jurídica procesal, toda vez que la falta de concurrencia en dichos presupuestos impediría que el litigio se desarrolle válidamente, sin que pueda proferirse una decisión de fondo, pues son esos requisitos los que guardan relación con la competencia del juez, la demanda en forma, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal o para comparecer al proceso.

Para comenzar, en cuanto la demanda en forma y competencia del juez no sugieren ningún análisis porque tiene suficiencia demostrativa en el plenario, pero lo que sí cabe mirar a espacio es la capacidad del consorcio para celebrar contratos, para ser parte y para comparecer al proceso, para lo cual deben despejarse los siguientes interrogantes: Actualmente en Colombia puede admitirse civilmente que figuras jurídicas que no alcanzan el rango de personas, como lo son, por ejemplo, los consorcios, sin embargo, pueden celebrar contratos, sin que dichas convenciones estén condenadas a la ineficacia y/o la nulidad absoluta?; ¿a pesar de que los consorcios no son personas, no obstante tienen facultad y/o capacidad para comparecer al proceso representados por sus representantes legales?

Para comenzar, debemos fijarnos en los mandatos 13 y 14 de la Constitución Nacional, por cuanto no solamente las personas naturales y jurídicas pueden ser sujetos de derechos, sino que también el legislador puede habilitar en forma extraordinaria a otros entes (consorcios, por ejemplo), para que, sin ser personas, de todas maneras, puedan celebrar actos jurídicos válidos y comparecer en juicio, como bien lo ha señalado la Corte Constitucional en la SC 414 del 22 de septiembre de 1994, lo que se configura como una excepción a las reglas establecidas en los artículos 74, 1502 al 1504 del Código Civil y también en el artículo 7° de la ley 80 de 1993, pues se habilita a los consorcios civiles para celebrar contratos con el Estado y por jurisprudencia el mismo Consejo de Estado les ha permitido comparecer en juicio a través de sus representantes, así como que el artículo 53.4 del CGP, permite que puedan comparecer al proceso los demás entes que determine la ley, dentro de los cuales encajan perfectamente los consorcios.

1.1. Naturaleza jurídica de los consorcios. Capacidad para comparecer y ser parte en el proceso. Ha sido profusa la jurisprudencia del Consejo de Estado en señalar que los consorcios o uniones temporales no son personas, sino entes que se agrupan, ya sean personas naturales o personas jurídicas, mismas que por tal condición quedan habilitadas en forma extraordinaria por el legislador para celebrar contratos y permitir que se les adjudiquen contratos por licitación, por lo que, hoy día, conforme al artículo 7 de la Ley 80 de 1993, también puede afirmarse que los integrantes del consorcio a su vez responden solidariamente de todas las obligaciones derivadas de la propuesta y/o el contrato, previsión que al amparo de

la ley 80/93 solamente operaría para el régimen de contratación estatal, negándose esa misma posibilidad en materia de contratos civiles y comerciales.

En desarrollo de las anteriores reglas, la jurisprudencia del Consejo de Estado, a partir del año 2013¹, fue enfática en señalar que, en virtud de los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993, los consorcios y uniones temporales sí están dotados de suficiente capacidad jurídica para celebrar contratos estatales y **comparecer a procesos en los que se debatan temas directamente relacionados con el cumplimiento y ejecución de los mismos**. Por contera, será su representante, y no las personas que lo integran, quien acudirá a los procesos derivados, ya de la propuesta presentada, ora del contrato estatal.

También la Corte Suprema de Justicia, de vieja data y bajo la vigencia del Código de Procedimiento Civil -que nunca bajo la vigencia del Código general del proceso-, refiriéndose a la figura del consorcio civil, en cuanto a la capacidad para celebrar contratos y representar civilmente al consorcio, ha sido consistente en negarle capacidad y personería, siendo del caso traer a cita el siguiente aparte jurisprudencial:

*“... porque el consorcio no constituye una persona jurídica independiente de quienes lo conforman, todos ellos deben suscribir tanto la propuesta como el contrato, si resultan favorecidos en la licitación o concurso, para obligarse directamente y marcar así su solidaridad en el compromiso que asume con los otros, con independencia, por supuesto, de que deban designar, por exigencia del mismo texto legal, “la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal”, pues lo que en realidad asume el designado es la dirección o coordinación del proyecto, lo mismo que la canalización de la actividad de los consorciados frente a la entidad pública contratante, en todo lo que tiene que ver con el negocio celebrado, más no la representación legal del consorcio, que como tal, carece de personería, condición sin la cual no es susceptible de ser representado. **Obrará entonces, como representante convencional de sus integrantes, en los términos del art. 832 del C. de Co., aplicable por la remisión a las normas mercantiles y civiles del caso que se hace en el art. 13 de la ley 80, cuyo radio de acción estará***

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre de 2013, Rad. 25000232600019971393001, Exp. 19.933, reiterada por la misma Corporación por, entre otras, las sentencia del 9-04-2015, radicado 25000-23-26-0001997-15087-01(32.427).

delimitado por los términos del acto de apoderamiento, que bien puede incluir, desde luego, la facultad para suscribir, en nombre de los consorciados, el contrato con la entidad pública de que se trate...²

A partir de lo anterior, se ha entendido entonces que, en materia civil y comercial no puede aplicarse la extensión que de la personalidad jurídica de consorcios y uniones temporales ha desarrollado a través de su jurisprudencia el Consejo de Estado, al mismo tiempo que pueden demandar y ser demandadas a través del representante que, en el acto de constitución, hayan designado las sociedades que lo integren.

Por su parte, la Corte Constitucional ha sido contundente en explicar a través de su jurisprudencia que la capacidad para celebrar contratos y actuar como parte en un proceso no está ligada necesariamente a la facultad de ser persona, al tiempo que esas facultades no tienen un asidero en la Constitución Política, como que esa facultad puede ser conferida directamente por el legislador a otros entes que no sean personas, para lo cual cita el tribunal lo que al respecto ha expresado ese alto Corporado:

“En nuestro régimen legal, la capacidad es la aptitud que se tiene para ser sujeto de relaciones jurídicas, es decir, para realizar sin el ministerio de otra persona, actos con efectos válidos en la esfera del derecho, y si bien esa habilitación se vincula con la noción de persona, hasta el punto que toda persona, en principio, es capaz, salvo lo que en contrario disponga la ley, no es requisito necesario ser persona para disponer de capacidad jurídica. En estos eventos el Estatuto no se refiere a una persona y sin embargo permite que los consorcios y las uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual, en resumen significa que la ley les reconoce su capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales.

El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.” (CC SC No. 414 del 22 de septiembre de 1994).

También la Corte constitucional en la sentencia que acaba de citarse recordó cómo, por ahí mismo, en materia impositiva, la ley entrega categoría de sujetos pasivos de una obligación tributaria a ciertos “entes” colectivos sin personería jurídica o masas de bienes, tales como: las sucesiones liquidadas, las sociedades de hecho, la comunidad organizada y los consorcios, casos en los cuales la ausencia

² CSJ, SCC, 13 sep. 2006, Rad. 00271-01. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

de personería jurídica no supone una dificultad para identificar a estos sujetos especiales como pasivos del tributo y así lo expresó la misma Corte Constitucional, refrendando que si bien, en principio, todas las personas naturales y jurídicas por ser sujetos de derechos están habilitados para celebrar actos jurídicos válidos y comparecer en juicio, no obstante, el legislador puede habilitar en forma extraordinaria algunos entes que sin ser persona pueden celebrar contratos y comparecer en juicio.

Ahora bien, sabido es que el derecho para comparecer al proceso tiene que ver con las facultades de desarrollar todas las actuaciones que se le confieren a una parte para ejercer sus reclamaciones y defensas, como podría ser demandar, contestar la demanda, notificarse de las decisiones, transigir, desistir, conciliar, etcétera, actuaciones que comportan la capacidad de ejercicio, consagrada en los artículos 1503 y 1504 del Código Civil.

De las referencias legales y jurisprudenciales que acaban de relacionarse, la Sala mayoritaria, estima que actualmente se cuenta con el artículo 53 numeral 4 del CGP, el cual consagra la opción de que los consorcios en materia civil y comercial pueden celebrar contratos y ser parte en un proceso como demandante o demandada, pues la regla en cita dice que pueden ser parte **“los demás sujetos que determine la ley”**, categoría dentro de la cual cabe clasificar a los consorcios, razón por la cual también debe admitirse que están autorizados para celebrar contratos, pues, de lo contrario, sería un contrasentido que un consorcio pueda ser aceptado como una realidad jurídica de creación civil, pudiendo ser demandado directamente por la persona natural o jurídica con la cual contrató, pero que no se le admita capacidad por faltar una habilitación extraordinaria del legislador para celebrar tal o cual contrato, cuando sí existe, razón suficiente para admitir, con sobradas razones, que aquí el consorcio demandado no solamente estaba facultado para celebrar el contrato cuestionado, sino que también podía comparecer a juicio, aunque el demandante decidió demandar directamente ambas sociedades conformantes del consorcio, quedando así superada la duda sobre la capacidad del consorcio para celebrar el contrato de obra señalado, mientras que tampoco cabe duda que las sociedades demandadas comparecieron al proceso a través de apoderado, confirmándose así la legitimación por pasiva o para comparecer a juicio como demandado y luego como demandante en la demanda de reconvención.

En efecto, en el caso de marras se encuentra suficiente respaldo probatorio que da fe de que el CONSORCIO DISEÑOS Y PROYECTOS se encuentra conformado por las sociedades DISEÑO CONCRETO SAS y PROYECTISTAS CIVILES SAS, las cuales tienen un porcentaje de representación en el consorcio del 50% cada una, además, conforme quedó estipulado en el acta de conformación del consorcio en licitación pública No. 023 de 2014 -cfr. folio 248 del cuaderno principal-, la representación legal recae en cabeza de Diego Humberto Rodríguez Sierra, el cual quedó, como textualmente se transcribe, *“...facultado para firmar, presentar la propuesta y, en caso de salir favorecidos con la adjudicación, firmar el contrato y tomar todas las determinaciones que fueran necesarias respecto a la ejecución y liquidación del contrato con amplias y suficientes facultades”*.

Aunado a lo anterior, se encuentra el contrato civil de obra n°. 03-2015 (cfr. folio 09 a 23 de la demanda principal), sobre el que recae el objeto de este litigio, suscrito y firmado tanto por el demandante Félix Mena Gamboa, así como por Diego Humberto Rodríguez Sierra en calidad de representante del CONSORCIO DISEÑO Y PROYECTOS—, mientras que el demandante eligió demandar directamente a las sociedades integrantes del consorcio, quienes fungen como parte demandada en este proceso; como también a folio 114 del cuaderno de reconvención el mismo apoderado accionado y demandante en reconvención solicita que se tenga en cuenta especialmente la copia del contrato No. 03–2015 aportada por el demandante primigenio, emergiendo que el contrato en su forma y validez no es blanco de reproche alguno -ni siquiera por las mismas partes-, concretándose el postulado de la autonomía de la voluntad privada o bien el principio general de los contratos conforme al artículo 1602 del código civil *“todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, máxime, cuando los integrantes del consorcio como demandados directos comparecieron a contestar la demanda, admitiendo que el contrato en cuestión los vinculaba en este pleito.

Por eso, se exalta que, respecto de este negocio y para los fines que se conformó el consorcio, en el que se nombró como representante a Diego Humberto Rodríguez Sierra (cfr. fl. 248 cd. ppal), si bien este goza de capacidad con facultades de representación, quien es el que aparece firmando en calidad de representante legal consorcial del aludido contrato de obra 03-2015, no obstante, aquí comparecieron directamente las sociedades conformantes, sin que hayan

alegado inexistencia del contrato o falta de legitimación para enfrentar la Litis, cuyo incumplimiento contractual nos congrega (cfr. fl. 9), siendo también dichas sociedades las personas que han dado contestación a la demanda y han presentado la demanda de reconvención.

Ahora, lo que es preciso entender, es que el problema central de este litigio no es el de determinar las razones por las cuales la obra de Unidad De Vivienda Articulada San Javier en la ciudad de Medellín, no ha sido entregada a la comunidad de San Javier del barrio la Independencia, ni tampoco establecer responsabilidades por ese hecho.

En realidad, el conflicto a dirimir se halla limitado a la relación contractual entre el demandante inicial contratista y los integrantes del Consorcio demandado y hoy también contrademandantes, **atinente al Proyecto de la UVA San Javier** sí, pero circunscrita en forma exclusiva al aludido **subcontrato de obra** 03-2015, que tenía por objeto la excavación de pilas para la correcta **ejecución de la construcción en cuestión**, en orden a lo cual, es preciso verificar si se cumplió o no el contrato para dar o negar el derecho indemnizatorio que reclaman ambos extremos litigiosos.

2. Veamos entonces algunas breves consideraciones el instituto jurídico en cuestión:

2.1. De la responsabilidad civil contractual. Nuestro ordenamiento sustantivo civil contempla las fuentes de las obligaciones, entre otras normas, en el artículo 1494, al disponer que: *“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, **como en los contratos** o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”*. Dentro de estas proposiciones, se destaca la noción de negocio jurídico, el que se constituye en el pilar fundante de la responsabilidad civil contractual y, por antonomasia, en la principal aplicación de la autonomía privada.

Tomando en consideración lo referido en precedencia, viable es concluir que, para que se configure una responsabilidad civil de tipo contractual, deben concurrir

cuatro requisitos esenciales: **i)** la existencia de un contrato válido; **ii)** el daño derivado de la inejecución o de la ejecución defectuosa del contrato; **iii)** la culpa del deudor o del acreedor contractual y, **iv)** el nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento del contrato.

2.2. El contrato de obra ha sido definido por la doctrina como “...el acto jurídico en virtud del cual una persona se obliga para con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración y sin mediar subordinación ni representación...”³. Sobre su naturaleza, como el que nos ocupa, lo primero que debe señalar el Tribunal es que es **de tracto sucesivo**, es decir, su ejecución se prolonga en el tiempo, y puede ser objeto de múltiples ajustes en cualquiera de sus cláusulas {objeto, precio, plazo etc}. En efecto, con el trascurso del tiempo y los imprevistos, nada obsta para que las partes puedan ir van variando sus obligaciones de acuerdo a sus intereses.

Por fuerza de su celebración, el contratante está obligado a pagar la obra en la forma acordada; y el contratista a ejecutar la obra en el plazo convenido y, obvio, en condiciones que garanticen su finalidad.

3. caso concreto. De lo discurrido por la sentencia de primer grado debe destacarse como acertada la reflexión en torno a la improcedencia de la resolución del contrato cuando el mismo es de aquellos llamados de ejecución sucesiva. La razón, en efecto, es la expresada por el fallador: en esta especie de contratos, a precio unitario y por medida de obra ejecutada, la sentencia que le pone fin no puede retrotraer las cosas a un estado anterior, como sí acontecería frente a la resolución contractual de un contrato que se está ejecutando, pues los actos de ejecución del contrato que ya se cumplieron quedan incólumes, dado que muchas de las prestaciones de estos contratos son imposibles de deshacer sin romper la armonía patrimonial.

Tampoco se trata de una resciliación o mutuo disenso contractual, ya que ésta modalidad de convención busca extinguir las obligaciones, puesto que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten dejar sin efecto un acto jurídico que habían válidamente celebrado, mutuo consentimiento que debe provenir de todas las personas que intervinieron en su

³ Bonivento Fernández José Alejandro, Los Principales Contratos Civiles, Séptima Edición, Librería del Profesional, pág. 431.

celebración; sin embargo, aquí cada parte demandante principal y la demandante en reconvención, aunque pretenden que se declare la terminación del contrato, lo hacen en forma unilateral y presumiendo ser contratantes cumplidos, afincados en que su contraparte fue la única incumplida y, por esa razón, es que pretensionan desde sus intereses una indemnización de perjuicios.

No sobra advertir que la figura aplicable, tanto en el incumplimiento exclusivo del demandado, **como en el incumplimiento mutuo y simultáneo de ambas partes**, cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, es la terminación del mismo, que irá aparejada de perjuicios en el primero de estos supuestos, pero solamente a favor del contratante cumplido, mientras que en el mutuo incumplimiento no habrá reconocimiento de perjuicios. Este aspecto fue aceptado expresamente por las partes, desde la fijación del litigio, donde se escucha que los extremos litigiosos convinieron el viraje de la pretensión hacia una única de **“terminación del contrato.”**, frente al incumplimiento de su contraparte.

3.1. Ahora bien, de conformidad con el análisis del documento denominado *“contrato civil de obra 03-2015”* (cfr. fl. 9-23 cd. ppal), no hay discusión del vínculo jurídico que une a las partes en controversia, ínsito en un contrato de ejecución de obra civil que, como se vio en párrafos anteriores, sí era posible suscribir entre el consorcio que no es persona jurídica y el establecimiento de comercio Constructora MF representada por su propietario Feliz Mena Gamboa, demandante persona natural, contrato cuyo objeto era *“la ejecución de mano de obra para la excavación de pilas para la Obra de Vivienda Articulada de San Javier”*, objeto y contrato que aceptan las partes de forma expresa y, en efecto, al contrastarlo con los hechos y conductas de los contratantes, cuya noticia nos llega por las pruebas, el Tribunal arriba a la misma convicción que impulsara al señor juez a quo dictar sentencia desestimatoria de las pretensiones, pero sólo en lo atinente al mutuo incumplimiento y sus consecuencias, pues, es evidente que ambos extremos litigiosos incumplieron sus cargas contractuales y, a la postre, de alguna manera, ambos lo reconocen. Veamos:

3.2. Del incumplimiento del contrato por el demandante. El señor Félix Mena Gamboa, aunque aduce no saber leer ni escribir, expresa de forma espontánea que no contrató pólizas para el pago de *“prestaciones sociales”*, de *“cumplimiento”* y de *“estabilidad y calidad de las obras”*, a que se refiere la cláusula octava del contrato de obra (cfr. fl. 17 cd ppal.), en sus palabras, porque *“a mí nadie me pidió*

pólizas”, además, reconoce que sólo pagó dos meses de los tres en total de la seguridad social de sus trabajadores, a lo que aclaró que, el último mes de pago lo asumió el consorcio, incumpliendo de esta manera la cláusula décimo segunda sobre *“repercusiones laborales”*. (cfr. fl. 19 cd ppal.)

Más adelante, reconoció como de su autoría los documentos que envió al arquitecto residente de la obra Alejandro Durán, donde entrega una explicación por la falta de personal reclamada por el consorcio *“...vemos que el día de hoy no asistió el debido personal a la obra por motivo de que yo Félix Mena días antes le había manifestado que el valor de la nómina no era lo suficiente para pagar el sueldo de los empleados viendo que yo les solicité con gran favor me hicieran un avance, para así cumplir yo con la totalidad de la nómina (...) lo cual generó que el día de hoy los trabajadores no asistieran a dichas labores siendo ustedes consientes de porque el rendimiento de los trabajadores es tan bajo yo sé que no es culpa suya ni mía que el terreno sea tan duro yo requiero que lleguemos a un acuerdo para que no se vuelvan a presentar estos inconvenientes que afectan a ambas partes...”* (cfr. fl. 162 cd. ppal)

Que, al día siguiente, es decir, el 23 de septiembre de 2015, también envió la siguiente misiva donde indica una renegociación con el personal a su cargo: *“...Yo FELIX mena me comprometo a llevar el personal suficiente para continuar así con el debido proceso de excavaciones de pila. Solicito el favor de informarme la forma de pago de esta excavación. La cual se está llevando a cabo, las cuales no corresponde con lo establecido contractual conmigo (sic) y he tenido algunos inconvenientes en cuanto a los precios y necesito se me aclare para entrar a negociar con el personal de trabajo...”* (cfr. fl. 163 cd. ppal).

3.3. Para la Sala no hay duda que la conducta del señor Félix Mena Gamboa refleja una sumatoria de incumplimientos contractuales sucesivos, los que quiere justificar por haber sobrevenido las condiciones del suelo rocoso donde se ejecutaba la excavación de pilas de entre 16 a 18 metros de profundidad, punto que discute el consorcio en cuanto a que, en el contrato de obra se indicó que se trataba de *“...pilas tipo 1, 2, y 3 de 0.0, hasta 18 m de profundidad con DIAMETRO EXTERIOR DE LA PILA desde 1.60 m, 2.20 y 2,80 y ANILLO DE 1.80, 2.50, 2.80 m, en material heterogéneo con roca de volumen inferior a 0.35 m...”*, condiciones que estaban previstas en el informe final sobre el estudio geotécnico, hidrogeológico y geológico elaborado por la empresa Bioexplora S.A.S., a solicitud de la Empresa de Desarrollo Urbano de Antioquia y, por ende, sabía del tipo de roca que podría encontrarse en la excavación.

3.4. Sin embargo, al volver sobre el estudio presentado por la empresa Bioexplora, se observa que si bien ésta observó presencia de “...materiales heterogéneos, que varían entre limos de alta compresibilidad a limos de baja plasticidad en profundidades mayores además se encontraron arenas limosas a arcillosas...”, seguidamente, presentó una tabla que denomina parámetros geotécnicos que describe los materiales que encontró en el sitio por su espesor variable, alta compresibilidad y resistencia al corte, clasificándolos de mayor a menor en “estrato 1, lleno antrópico, estrato 2 Suelo Residual IA, Estrato 3 Suelo Residual IB, Estrato 4 Saprolito IC” (cfr. fl 84 vto y 85 cd. ppal); no obstante, dicha documental se constituye, en últimas, en unas recomendaciones profesionales sobre la “aptitud geológica” de la zona, que determinan las medidas a implementar para el buen desarrollo del Proyecto Final, pero, en modo alguno, tiene la suficiencia para vaticinar las eventuales vicisitudes que en ejecución de la perforación pudieran surgir, por eso, el mismo estudio señala “...si durante la construcción se presentan condiciones diferentes a las tomadas como típicas o **surge alguna dificultad imprevista**, esta oficina debe ser comunicada de inmediato, para hacer los ajustes necesarios...” (cfr. fl. 64 vto. cd ppal).

Por lo anotado, no tiene razón el juez del caso cuando pretendió esgrimir como una de las razones del incumplimiento mutuo la falta de previsión para contratar previamente un estudio del suelo, cuando fue el mismo Félix Mena quien en carta dirigida al contratante expresó que la aparición de dichas rocas no eran culpa del contratante, al tiempo que según la documental referida y aportada al proceso, realmente sí existía un estudio del suelo, solamente que –como es usual en esos casos-, al presentarse algún imprevisto es posible ajustar el contrato, pero las partes no lo hicieron, siendo que habían acordado cláusulas en tal sentido y más bien el incumplimiento se generó porque no se sentaron hacer los ajustes que requería el contrato y por otras razones que el mismo juez expuso y que más adelante serán abordadas por el Tribunal.

Ahora, no puede aceptarse el mutuo incumplimiento en el supuesto descuido o imprevisión en el estudio del suelo, sin que el juez explicara el por qué los estudios presentados no eran confiables o eran insuficientes y tampoco explicó que en ese tipo de contratos se estilara un estudio mucho más riguroso por poderosas empresas que tuvieran equipos de última generación por ultrasonido, etcétera, luego, entonces, el juez simplemente creyó que las partes pudieron contratar un estudio de suelos más especializado, pero, en realidad, no existen parámetros

para corroborar dicha afirmación y es por eso que no existió tal incumplimiento mutuo por las primeras razones que malentendió el juez.

3.5. Es que el mismo representante legal del consorcio reconoció en su interrogatorio, que hubo que dinamitar partes del terreno para proseguir con la excavación, de ahí que, sin necesidad de acudir a las honduras de la teoría de la revisión contractual por **circunstancias imprevistas excesivamente onerosas y porque no hace parte de las pretensiones de la demanda**, anclada en el artículo 868 del Código de Comercio, es extraño y carente de explicación razonable, que los contratantes no hayan observado que el mismo contrato de obra por ellos celebrado, se halla redactado en torno al surgimiento de posibles imprevistos en la perforación del terreno, así, el literal r) de la cláusula segunda permitía elaborar planes de “...contingencia **para atender eventos imprevistos que puedan afectar la seguridad, costo o plazo de las obras**, de manera que se eviten o mitiguen las implicaciones de tales eventos...” y, de parte del contratante, a través del director de la obra “...**a) colaborar con el contratista para el mejor éxito de las obras; b) Exigir el cumplimiento del contrato y de las especificaciones en todas sus partes...e) atender y resolver toda consulta sobre la correcta interpretación de los planos y especificaciones y sobre errores u omisiones que se puedan presentar...**” (cfr. fl. 20 cd. ppal); además, la cláusula décima octava previó obras adicionales o extras, entendiéndose esta última como aquella “...**que no aparece en los ítems contratados, ni en las especificaciones...siempre que hagan parte integral de la obra o se hagan necesarias para protegerla o mejorarla...**” (cfr. fl. 22 cd. ppal).

Aquí también cabe admitir que al menos la parte demandada fue ligera y descuidada en exigir una hoja de vida seria del contratista, pues resultó que según el mismo Félix Mena es analfabeta, condición que tampoco quedó suficientemente demostrada -fuera de su afirmación al respecto-, pero que –finalmente-, no influyó en la validez del contrato, porque el mismo Félix Mena admitió que tenía en su planta de personal a un joven trabador y a su hija para que le ayudaran y asesoraran en lo que tuviera que ver con los contratos escritos y demás documentos que tuviera que revisarse, pero tampoco es aceptable que se escude en ese hecho para desconocer las obligaciones que adquirió, máxime, cuando puso su rúbrica o firma en el contrato y, solamente, hasta ahora, viene a querer justificar el desconocimiento de las cláusulas contractuales debido a su analfabetismo, que no parece tal, máxime cuando se sabe al dedillo el contrato y solo lo refuta en los hechos que no le conviene admitir, como que no sabía que

debía adquirir unas pólizas de cumplimiento que nunca contrató, pero, por ahí mismo, admitió que tiene una experiencia de más de 30 años ejecutando ese tipo de contratos, en los cuales es común que se estile contractualmente, la exigencia de dichas pólizas por el riesgo que implica tener laborando personal bajo el riesgo de un accidente, por la obra en sí misma, o para garantizar el cubrimiento de las prestaciones sociales a los trabajadores, cuestiones que no le eran ajenas.

De otra parte, cuando se interrogó al señor Mena por el señor Juez, aquél fue vacilante en referir la experiencia en esa clase de excavaciones a pesar que había allegado suficiente material documental para demostrarlo, por lo que resulta insólito que no se acordara de ninguna obra en particular en que hubiere laborado antes, siendo que según él llevaba más de 30 años de experiencia aquí en la ciudad de Medellín en esa clase de obras y, cuando el juez le preguntó si en otros contratos anteriores se le habían presentado iguales o parecidas dificultades, respondió que sí, pero que en esos casos sorteó el asunto con las herramientas que tenía, esto es, que no requirió usar el método de la minería o dinamita para la excavación, aunque también aceptó que en otras ocasiones en que se utilizó dinamita, no fue él quien la manipuló, sino que ese contrato lo ejecutaron otras empresas, en últimas, entonces, no se sabe si realmente tenía experiencia en el manejo de pólvora o dinamita y, en esas condiciones, no podía aventurar el contratante en autorizar su uso, cuando el riesgo que eso implica requiere de personal muy calificado, sin que el señor Mena hubiera demostrado experticia en ese sentido, a la par que alegó ser analfabeta.

3.6. De otro lado, pese a las estipulaciones contractuales para ajustar el contrato si se presentaban circunstancias que impidieran el buen avance de la obra –como la de rocas tan grandes que no obedecían a su rotura manual-, sin embargo, el señor Félix Mena Gamboa omitió presentar al director de obra un **cronograma serio e informado** para culminar la obra contratada, en el que debía determinar - en especial-, el tipo de herramientas requeridas para superar la rudeza del suelo, el tiempo adicional requerido, los servicios del personal y el valor o costo de estos; pero desafortunadamente, solo dedicó sus esfuerzos a solicitar anticipos y préstamos para pagarle al personal, lo que, por cierto, comprueba el ausentismo del personal alegado por el consorcio, pues, de otro modo, parece que no habría enviado las explicaciones al respecto. Además, el demandante no sólo privó a la entidad empresarial de hacer efectivas las pólizas de garantía, sino que ésta tuvo

que asumir el pago de la seguridad social de algunos trabajadores, como lo confiesa el mismo señor Mena Gamboa. Tampoco se supo qué medida o cantidad de obra se hallaba realmente ejecutada, hasta antes de su retiro de la obra, misma que le haya sido recibida a entera satisfacción para justificar su falta de pago; por lo que solamente se tendrá como cierto y probada la cantidad de obra que en su momento se midió, liquidó y pagó al contratista, previo a la terminación de contrato, según las planillas respectivas y sobre las cuales el demandante no presentó ninguna inconformidad.

3.7. Incumplimiento del contrato por las sociedades demandadas. Por su parte, las sociedades demandadas integrantes del consorcio Diseños y Proyectos, en su calidad de parte demandada, realmente omitió controlar y comprobar sobre el terreno las constantes reclamaciones que realizaba el contratista, quien siempre habló de un “*terreno duro*” que retrasó la obra, circunstancia que varió ciertas condiciones del contrato, vicisitudes que pueden inferirse como ciertas, pues no de otro modo podría explicarse que el consorcio tuviera que dinamitar la roca, por ello, tampoco podía esperar que el señor Félix Mena Gamboa, quien cotizó su mano de obra con herramientas manuales: tales como pico, pala y barra, avanzara con la excavación en la forma contractualmente convenida. No debe olvidarse que la buena fe contractual apareja el deber de desplegar un comportamiento leal, orientado a cumplir el compromiso propio que se deriva de la naturaleza de la relación jurídica, aunque no haya sido expresamente pactado.

Por eso, es aceptable ver también el incumplimiento del contratista acusado por el contratante demandante, por lo que cabe enrostrarle su incumplimiento, en cuanto que en lugar de resolver con el señor Mena y de consuno las vicisitudes del terreno en los términos del contrato, sin embargo, decidió optar por traer a la obra a otro contratista “IC Construcciones S.A.S.”, de quien dice el representante legal era de su total confianza, para que la culminara con herramienta idónea, hecho que, sin duda, detonó el retiro de la obra del señor Félix Mena.

4. Ahora bien, en lo que debe acompañarse la decisión de primera instancia, es en el pago a que condenó al consorcio Diseño y Proyectos, a favor del contratista, derivados de la ejecución parcial de la obra, condena que hace referencia a la suma por \$9.560.000 por concepto de reembolso del valor del alquiler de un compresor, pues en la forma tan descuidada como se contrató, vigiló y se ejecutó la obra, es creíble que el interventor autorizó a Félix mena para contratar el

compresor y prueba de ello es que ese dinero lo pagó el contratante y luego lo descontó al contratista, lo que señala que en ese aspecto se adicionó el contrato, así hubiese sido verbalmente, debiéndose guardar respeto por el acto propio, como pasamos a presentarlo.

4.1. Teoría del acto propio. Si bien en el caso que se examina es cierto que el contrato se celebró por escrito, debiéndose suponer o deducir que legalmente sus modificaciones o adiciones también debían hacerse por escrito, de todas maneras, el contrato se adicionó de manera verbal en cuanto se autorizó a usar el compresor por alquiler, usando la técnica del Martillo percutor (Machín) lo que cabe dentro de la cláusula “DÉCIMA TERCERA VIGILANCIA TÉCNICA” en cuanto que “*Todas las instrucciones impartidas por EL DIRECTOR DE LA OBRA Y LOS RESIDENTES DE LA OBRA, serán consideradas como autorizadas directamente por EL CONTRATANTE y EL CONTRATISTA deberá proceder a realizar los trabajos de acuerdo con las instrucciones convenidas*”, siendo esa la razón por la que no puede admitirse ahora lo alegado por la demandada, en el sentido que es el señor Félix Mena el que debe pagar el alquiler del compresor, cuando en ese sentido a él lo autorizó el interventor para contratar y usar el compresor, por lo que es deber de las partes y del juez estar a la ley que ellos pactaron en el contrato, pues debe primar la actuación posterior y honrarse el principio de la buena fe bajo el cual se debió desarrollar la relación contractual, a tono con la teoría del acto propio, frente a la cual la Corte se pronunció así en sentencia del 9 de agosto de 2007:

“3. Ahora, cuando las partes realizan una regulación específica de los intereses involucrados en sus esferas dispositivas (negocio jurídico), con apego a la reglamentación normativa vigente, propician, paralelamente, que la ley les brinde el reconocimiento y convalidación de la voluntad declarada, en los términos por los que hayan optado los mismos contratantes. Pero ese posicionamiento les impone, colateralmente, la observancia irrestricta de reglas de conducta que involucran conceptos ligados a la lealtad y buena fe, tanto para sí como para con aquellos que de una u otra forma resultan afectados (Art. 1603 ibidem).

“La buena fe implica que las personas, cuando acuden a concretar sus negocios, deben honrar sus obligaciones y, en general, asumir para con los demás una conducta leal y plegada a los mandatos de corrección socialmente exigibles.

*“El acatamiento de dichos principios implica para el contratante el sentimiento de proceder como lo hace cualquier ser humano digno de confianza, que honra su palabra, que actúa conforme a las buenas costumbres, que respeta a sus semejantes, que responde con honestidad sus compromisos, aviniéndose, incondicionalmente, a reconocer a sus congéneres lo que les corresponde. Obrar dentro de esos parámetros es prohiar conductas que han sido erigidas como referentes sociales de comportamientos apropiados. Obrar de buena fe es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas. Inclusive, bueno es destacarlo, desarrollo de estos parámetros es la regla que impide reclamar amparo a partir de la negligencia o descuido propios: “**Nemo auditur propriam turpitudinem allegans**”.*

“En cabal realización de estas premisas, las personas, al interaccionar con sus semejantes, adoptan conductas que fijan o marcan sendas cuya observancia, a futuro, determinan qué

*grado de confianza merecen o qué duda generan. Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada **“Teoría de los Actos Propios”**.*

“Aparece, entonces, que asumir posiciones diversas y contradictorias respecto de los mismos aspectos fácticos y los mismos intereses económicos, puede constituir, y suele serlo, un acto contrario a los fundamentos de la buena fe y a la coherencia jurídica exigida a cualquier contratante.”.

Y es que resulta de perogrullo que, si como lo admitió la demandada y existe prueba de ello, en cuanto que el pago por el alquiler de dicho equipo fue cubierto por la contratante, no se explica entonces, que ésta, siendo una profesional en la ejecución y contratación de dichas obras, haya pagado algo que no le correspondía, para proceder luego a deducírselo al contratista del pago que a éste debía hacer por cantidad de obra ejecutada, como adjudicando esa obligación al contratista, cuando fue la misma empresa la que se comprometió suministrar la herramienta manual necesaria para la ejecución de la obra, por lo que debe entenderse que también admitió el uso de este equipo y por esa razón es ella la que debe asumir ese costo.

Cosa distinta es la reclamación que hace el demandante cuando afirma que a él se le autorizó realizar la excavación en roca con cuña hidráulica, incluido el desembombe, técnica de minería que se puso en práctica pero resultó fallida, como lo afirma en los hechos *Octavo* y *Noveno* del libelo, pero no ha presentado ninguna prueba de que con ese método logró adelantar la excavación y mucho menos la cantidad de metros cúbicos de remoción de roca con ese método, razón por la cual, solamente puede reconocerse el alquiler del compresor y nada más, sin que haya lugar a reconocer la suma de \$43.691.400 por el uso o aplicación de la técnica con martillo percutor Machín, sobre lo que no existe prueba de que se haya ejecutado con algún éxito la obra en tal sentido o que se haya modificado el cálculo del pago de mano de obra con objetos manuales hacia una técnica con equipos por un costo diferente, cuando solamente está probado es el uso del compresor y nada más.

Por las razones explicadas será mantenida la condena por el pago del arriendo del compresor.

4.2. Ya en lo relacionado con la condena a las empresas consorciadas para que reintegren \$3.400.020 por devolución del descuento del 10% retenido en el pago de la obra ejecutada, será un punto a revocarse por el Tribunal, puesto que, en

primer lugar, recordemos que el señor Mena confesó que no realizó el pago de la seguridad social del último mes a sus trabajadores, el cual fue asumido por el consorcio, pago que se hizo precisamente con el 10% del retenido, siguiendo para ello el literal e) de la cláusula quinta del contrato de obra que a la letra señala “...Se realizará un retenido del 10% para efectos de garantía **que será devuelto una vez se entregue los paz y salvos** ...”, (cfr. fl. 16 cd. ppal); sin embargo, como se vio, el señor Félix Mena no entregó paz y salvos, liquidaciones o documentación alguna, así como tampoco asumió las garantías exigidas para asegurar ese pago, luego, mal se haría en reembolsarle dichas sumas.

5. Falta de prueba del incumplimiento de su contraparte para la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias y la cláusula penal. Para Despachar de forma integral el recurso de apelación interpuesto por las partes, importante es acentuar que dos de los requisitos esenciales para que se configure una responsabilidad civil de tipo contractual general, bajo la cual se rige este asunto, son **la culpa** del deudor o del acreedor contractual y, el **nexo de causalidad** entre el daño y el incumplimiento del contrato y, al recabar sobre el caudal probatorio allegado al dossier, se encuentra un limbo probatorio desafortunado en torno a la acreditación de esos tópicos, en primer lugar, porque los medios de convicción se restringen a cruces epistolares entre las partes aquí enfrentadas sobre acusaciones recíprocas respecto de los motivos que cada contratante de manera subjetiva estima que provienen de un incumplimiento de su contraparte, pero, en verdad, no pasan de ser documentos creados de forma unilateral y subjetiva por cada uno de ellos, puesto que **ninguna prueba técnica arrimaron al plenario para demostrar sus afirmaciones.**

4.3. Por su parte, el consorcio contrademandante también allega una documental (registro de asistencia de trabajadores, cruce de correos con el señor Felix Mena y remite al informe final sobre el estudio de geotécnico, hidrogeológico y geológico elaborado por la empresa Bioexplora a solicitud de la Empresa de Desarrollo Urbano de Antioquia), con la que pretende demostrar principalmente, que el contratista Félix Mena Gamboa siempre estuvo al tanto de las condiciones del tipo del suelo donde se desarrollaría el contrato, alegando que la obra se estancó, al punto de tener que contratar los servicios de IC Construcciones S.A.S., no solo para terminar los trabajos, sino para corregir los graves errores cometidos por el contratista.

Lo anterior, provocó una atolondrada presentación de documentos por parte del contratista Félix Mena Gamboa, (certificados de capacitación, registro de asistencia, permisos para trabajar en alturas, certificado de entrega de equipo de protección personal, certificado de aptitud médica ocupacional, control de ingreso y salida del personal), hechos que tienden a demostrar que no existió tal incumplimiento de su parte, pues lo que en efecto ocurrió fue que, a medida que avanzaba la excavación, las características del suelo fueron cambiando, al punto que se requería otro tipo de herramienta, que no fue suministrada por el contratante y que tampoco poseía el contratista, sin que hayan ajustado el contrato como lo pedían esas vicisitudes.

4.4. No hay prueba que se haya dejado de pagar parte de la obra ejecutada.

Propone el abogado del demandante, como fórmula para que se pague al señor Mena lo que supuestamente se le quedó debiendo por la ejecución parcial de la obra, proceder a calcular el volumen de la obra parcialmente ejecutada a partir de la fórmula **$R^2 \text{ (radio)} \times \pi \text{ (3.1416)} \times \text{altura}$** para de ahí tasar el valor adeudado por el consorcio, pero todo lo alegado solo pone en evidencia que las partes dejaron el proceso desprovisto de una ilustración especializada que probara sus afirmaciones, pese a habérseles requerido para que aportaran el dictamen pericial que ellos mismos solicitaron para dilucidar el punto hasta el “15 de enero de 2019”, (cfr. fl. 289 vto y 290 cd ppal), pero con mayor razón, cuando el representante legal del consorcio, ingeniero de profesión, refutó dicha fórmula y la unidad de medida que sugería el abogado, acotando que era con metros cúbicos y no metros lineales que debía hacerse dicho cálculo o medida y, que la fórmula que él conocía para calcular el volumen de una excavación de una pila en forma cilíndrica era **$\pi \text{ (3.1416)}^{1/4} \text{ de diámetro}^2 \times \text{altura}$** , sin saber si era correcta la fórmula mencionada por el apoderado.

4.4. La Sala no duda en que el cálculo del avance de la obra parcialmente ejecutada para fijar su valor -a falta de una liquidación final o parcial de la obra ejecutada-, así como los posibles sobre costos por trabajos adicionales, que alega el consorcio contrademandante, requerían de una ilustración especializada que determinara, si en verdad hubo variación del objeto del contrato y de qué forma estos causaron perjuicios a las partes. Es que no existe un parámetro de referencia, que permita establecer el tiempo adicional programado que requería invertir el contratista en la labor ejecutada y por ejecutar y, en los costos de bienes y servicios (entre estos el salario), lo que sí correspondería a un daño sufrido,

específicamente el daño emergente, el cual, una vez se hubiese establecido, podría servir de pilar para determinar el lucro cesante a partir de la ganancia que se esperaba obtener y que no se obtuvo, perjuicio éste que de todas formas caería al vacío ante el incumplimiento del contratista.

Por su parte, el consorcio en modo alguno explicó, justificó y mucho menos probó que el arribo a la obra de otro contratista correspondiera a una carga adicional al desarrollo del objeto del contrato, para atribuible sobrecosto al señor Félix Mena Gamboa, como un perjuicio por la inejecución de la obra, perjuicio que también de haber quedado probado caería en el vacío frente al incumplimiento del contratante.

4.5. Es suficientemente sabido, que por más conocimiento que pueda tener el juez sobre la materia y, aún, de percibir con sus sentidos lo que alega determinada parte, no es el llamado a penetrar en el campo de la geotecnia, para realizar un estudio de suelos, caracterizar los materiales de que está compuesto y el tipo de herramientas idóneas para una correcta excavación, así como tampoco está dentro de sus atribuciones despejar fórmulas para calcular el volumen de la obra ejecutada y así fijar su valor, así como el valor de la obra faltante en caso de que se hubiera abierto paso la indemnización por lucro cesante, pues:

*“...cuando de **asuntos técnicos** se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, **dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita**, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquellos que la practican- y que a fin de cuentas dan, con carácter general, las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, **podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga.**”⁴*

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de septiembre de 2002. M.P. Jorge Santos Ballesteros.

4.6. Para esta colegiatura tampoco es posible, con base en las reclamaciones vía e-mail hechas entre las partes contratantes con acusaciones recíprocas o en el dicho de los testigos Carlos Andrés Blandón Córdoba, Lina Marcela Mena Bermúdez y Juan Camilo Gamboa Ibargüen, arrimados por el contratista Felix Mena Gamboa, establecer con margen de certeza el trecho causal probatorio a que se viene haciendo referencia, porque no existe una prueba idónea que así lo determine.

5. En suma, se advierte, entonces, que la indemnización de perjuicios que la parte demandante principal y la demandante en reconvención reclaman no podía tener éxito, precisamente, ante el incumplimiento recíproco, para lo cual se acompaña lo expresado por la Corte en la SC1662-2019, con Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01, del cinco (5) de julio de dos mil diecinueve (2019), sentencia en la cual la Corte sobre la no indemnización frente al mutuo incumplimiento, destacó: *Por lo demás, ninguna mención cabe aquí al tema de la indemnización de perjuicios, en tanto que, habiendo mediado el recíproco incumplimiento del contrato por parte de ambas partes, ya se dijo, y ahora se reitera, que ninguna de ellas se encuentra en mora (art. 1609, C.C.) y que, por lo mismo, ninguna tiene derecho a exigir de la otra el resarcimiento de los daños que hubiere podido haber padecido como consecuencia de la frustración del convenio (art. 1615, ib.).*”

Tampoco es posible atender el clamor del señor Mena cuando exige que al menos se le debió reconocer un 10% sobre el valor total de la obra, a manera de compensación o indemnización, como se estila en esa clase de contratos cuando se presentan esos graves imprevistos, pues se olvida que por haber sido contratante incumplido no ha lugar ningún tipo de indemnización, razón por la cual tampoco se atenderá ese pedimento; al tiempo que tampoco será analizado lo relacionado con el no reconocimiento de la cláusula penal a su favor, no solamente porque en la cláusula vigésima del contrato esa cláusula de redactó exclusivamente en contra del contratista y a favor del contratante, sino que en el evento que también hubiese sido acordada en favor del contratista cumplido, ya se expresó que éste fue incumplido y tampoco habría tenido derecho a la cláusula penal, en el supuesto de que dicha cláusula estuviere redactada en su favor.

De otro lado, no sobra decir que de haberse demostrado el incumplimiento de solamente una de las partes se habría abierto paso la indemnización para la parte cumplida, sin embargo, la orfandad probatoria en ese sentido también habría impedido una indemnización, pues, ha de verse cómo el proceso presenta una

enorme orfandad demostrativa acerca de sus pretensiones puramente indemnizatorias, así como el pago de la cláusula penal que se reclama por parte del contratante frente al mero incumplimiento del contratista, pues de entrada se observó, con la lectura de las demandas mismas, que ninguno de los contratantes fue cumplido en relación con sus respectivas obligaciones, según se anotó, así como tampoco se encontró demostrado ese juicio de atribuibilidad que permitiera condenar a las sociedades que conforman el consorcio al reembolso de la suma de \$3.400.020 ordenada en la sentencia, punto en el cual será revocada la misma, aunque en lo demás la decisión se mantendrá incólume.

Finalmente, de conformidad con el artículo 285 del CGP, para evitar tropiezos en una futura y posible ejecución de la presente sentencia, deberá aclararse que la condena no se hace directamente contra el consorcio, sino que debe recaer sobre las sociedades Diseño Concretos SAS y Procil SAS que lo conforman, pues la demanda fue dirigida en forma directa contra ellas quienes la contestaron y las que, en forma conjunta presentaron la demanda de reconvención, luego, entonces, cualquier decisión se debe entender que recae es sobre ellas y que no sobre el consorcio directamente, como en forma equivocada lo hizo el *a quo*, por lo que la sentencia será corregida o modificada en tal sentido.

De esta manera, sin necesidad de más consideraciones, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. FALLA:

PRIMERO: De la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, el día 06 de febrero de 2019, dentro de la presente acción verbal con pretensión declarativa de responsabilidad civil contractual:

Se **MODIFICA**, en cuanto a que, según el acápite en el aparezca en la sentencia una declaración o condena a favor o en contra del Consorcio Diseño y Proyectos, para todos sus efectos, debe leerse que la decisión es, en favor o, en contra, de las sociedades Diseño Concretos SAS y Procil SAS –conformantes del consorcio Diseño y Proyectos-.

Se **REVOCA PARCIALMENTE** el numeral **Segundo** de la parte resolutive, en cuanto condenó a las sociedades Diseño Concretos SAS y Procil SAS –conformantes del consorcio Diseño y Proyectos- a reembolsar al contratista Félix Mena Gamboa la suma de \$3.400.020 y, en su lugar, se declara que no hay lugar a dicha condena.

Se **REVOCA** el numeral **Quinto** de la parte resolutive en tanto que condenó en costas al Consorcio Diseño y Proyectos a favor del contratista Félix Mena, para, en su lugar, declarar que no se causaron costas en ninguna de las instancias.

Se **CONFIRMA** la parte restante de la providencia.

SEGUNDO: Cumplida la ritualidad secretarial de rigor, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE



JULIAN VALENCIA CASTAÑO
Magistrado



(con aclaración de voto)
PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
Magistrada



(con salvamento de voto)
JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
Magistrado