

TEMA: INCUMPLIMIENTO EN CONTRATO DE OBRA - La ejecución de todo contrato lleva implícito el riesgo de causar daños o perjuicios, tanto a las partes del contrato como a terceros. En este aplica la responsabilidad civil contractual frente a los daños o perjuicios causados por incumplimiento de contrato, o responsabilidad civil extracontractual cuando se cause un daño a un tercero como cuando se causa un perjuicio a un predio aledaño producto de la ejecución de la obra. Este tipo de responsabilidades por lo general se deben reclamar judicialmente por parte del afectado, quien deberá acreditar el daño y tasarlo. /

HECHOS: Pretende el demandante se declare que el demandado es civil y contractualmente responsable por incumplir con las obligaciones pactadas en el contrato de obra civil, celebrado con el pretensor el 13 de diciembre de 2018; condenar al pago de los siguientes perjuicios: a) Por daño emergente \$326.261.000,00 por incremento en el precio de la obra por su no ejecución y, el valor de los elementos de construcción cancelados por el actor por fuera del contrato de obra; b) Cláusula penal 77.463.900,00 y, c) Perjuicios morales 100 SMLMV. En sentencia de primera instancia el aquo declaro que la terminación del contrato de obra celebrado se dio por mutuo incumplimiento de las partes y como consecuencia de lo anterior, no hay lugar a reconocimiento de suma de dinero alguna al demandante. (...) Corresponde a la sala resolver si: ¿existe una indebida valoración probatoria? ¿se deben acoger las pretensiones de la demanda?

TESIS: La Sala observa que a pesar que el accionado no prestó las pólizas a que se obligó, por el tiempo transcurrido desde la fecha límite que tenía el contratista para otorgar las pólizas (3 de febrero de 2019), a la fecha de terminación del contrato, 30 de agosto de 2019, esto es, aproximadamente siete (7) meses, el contratante no realizó requerimiento o reproche alguno; por el contrario, no solo permitió que el contratista adelantara los trabajos en la obra, sino que realizó las consignaciones que consideró pertinentes para realizar los pagos a su cargo; es decir, tácitamente aceptó y permitió que se ejecutara el contrato sin esa garantía; amén, de la imposibilidad que manifestó el demandado al absolver el interrogatorio para adquirirlas, al señalar que SURA no las expedía porque se trataba de personas naturales; bajo, estas circunstancias no se puede atribuir al accionado incumplimiento alguno. (...) Seguidamente, del contrato se extrae que el contratante no podía unilateralmente dar por terminado el contrato porque el porcentaje de obra ejecutada no correspondía o equivalía al valor cancelado a la fecha de su terminación; toda vez que solo estaba facultado para dar por terminado el contrato de manera unilateral, por el incumplimiento en el plazo de entrega, esto es, en caso de que el demandado no hiciera entrega de la obra totalmente terminada y a entera satisfacción del contratante el 3 de enero de 2020; se itera, con independencia del desarrollo o porcentaje de la obra que se hubiera ejecutado durante el plazo convenido; mírese que el demandado al absolver el interrogatorio, fue contundente en afirmar que cuando se terminó el contrato faltaban 4 meses para que se cumpliera el plazo acordado y, que la obra la podía terminar en un lapso de 3 meses. Además, se advierte que no acreditó con total certeza el porcentaje de la construcción que se adelantó por parte del demandado hasta la fecha de terminación del contrato, pues como acertadamente lo precisó el Juzgador de primer grado; el testigo Fernando Ruiz Cardona, con quien el demandante contrató la terminación de la obra, afirmó que la ejecución de la edificación estaba en un 28%, la parte eléctrica en un 4%, faltaba la obra gris y el kiosco lo hizo todo; de otra parte, el dictamen aportado con la demanda, frente al avance de la obra para el momento de terminación del contrato, indica que el primer piso estaba en un 65%, el segundo en un 50% y el kiosco en un 10%; en la demanda como viene de indicarse se afirma que el demandado no había ejecutado ni el 50% y, el accionado al absolver el interrogatorio de parte afirmó que había ejecutado aproximadamente el 72% de la obra y que la suma cancelada no cubría el valor de las obras ejecutadas. Pero es más, las modificaciones y adiciones que el contratante introdujo a la obra inicialmente contratada, no se pueden dejar de lado, pues no solo alteran el valor del contrato, sino

además su duración y, bajo ninguna circunstancia se puede endilgar al demandado como un incumplimiento de las obligaciones a su cargo incluso, en el acta de entrega de la obra suscrita por los contratantes el 24 de septiembre de 2019, se dejó expresa constancia que la entrega se realizaba sin objeción alguna de las partes; es decir, no hubo oposición o inconformidad sobre lo entregado. No sobra advertir que las modificaciones introducidas a las obras plasmadas en los planos, así como las adiciones introducidas, no solo alteran la cantidad de obra a ejecutar, sino, además los plazos y precios acordados, así como la garantía acordada por los extremos de la relación contractual con una compañía de seguros, pues su contratación tiene como soporte los planos de la construcción inicialmente proyectada, debidamente aprobados por la autoridad competente; de tal manera, que se tenía que traer la prueba sobre esas modificaciones y adiciones, para a la postre determinar la magnitud de la obra, su avance, así como costos, todo lo cual tiene incidencia en los reproches que se hace a la parte demandada por haber incumplido sus obligaciones. Se colige sin lugar a dudas, que la parte demandante incumplió la carga de la prueba que le incumbía al tenor del art. 167 del C.G.P., pues no acreditó que es un contratante cumplido ni el incumplimiento contractual que le endilga al extremo pasivo, como viene de indicarse, lo que resulta suficiente para que se imponga la confirmación de la sentencia de primera instancia.

M.P. LUÍS ENRIQUE GIL MARÍN

FECHA: 29/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



Proceso	Verbal
Demandante	Gennady Levit
Demandados	Aldan Jochino Jay Cuervo
Radicado	No. 05001-31-03-012-2020-00178-01
Procedencia	Juzgado Doce Civil del Circuito de Medellín
Instancia	Segunda
Ponente	Luis Enrique Gil Marín
Asunto	Sentencia No. 007
Decisión	Confirma
Tema	Responsabilidad civil
Subtemas	Incumplimiento contractual del demandado. Terminación unilateral del contrato. Carga de la prueba.

TRIBUNAL SUPERIOR

SALA SEGUNDA DE DECISION CIVIL

Medellín (Ant.), veintinueve de abril de dos mil veinticuatro

I. OBJETO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el **JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN**, en el proceso verbal instaurado por **GENNADY LEVIT**, contra **ALDAN JOCHINO JAY CUERVO**.

II. ANTECEDENTES

Pretensiones: Declarar que el demandado es civil y contractualmente responsable por incumplir con las obligaciones pactadas en el contrato de obra civil, celebrado con el pretensor el 13 de diciembre de 2018; condenar al pago de los siguientes perjuicios: a) Por daño emergente \$326.261.000,00 por incremento en el precio de la obra por su no ejecución y, el valor de los elementos de construcción cancelados por el actor por fuera del contrato de obra; b) Cláusula penal 77.463.900,00 y, c) Perjuicios morales 100 SMLMV; por último, solicita se condene en costas al extremo pasivo.

Elementos fácticos: El 13 de diciembre de 2018, el demandante como contratante y, el demandado como contratista, celebraron un contrato de obra civil; acordaron como "**Objeto:** *El presente contrato, pretende ejecutar todas las obras encaminadas a realizar la construcción de una vivienda unifamiliar de dos plantas y kiosco, en el domicilio ubicado en lote J 12 de la parcelación EL ANCLA, ubicada en la vereda La Zulia en El Peñol, Antioquia Colombia*"; en la cláusula segunda se acordó duración entre el 3 de enero de 2019 y el 3 de enero de 2020, en esta fecha se entregaría la obra completa y a entera satisfacción del contratante; las especificaciones para la ejecución las establecieron en la cláusula tercera; en la cuarta como precio se fijó \$774.639.000,00 pagaderos en 52 cuotas de \$14.900.000,00 y una de \$15.439.000,00; en períodos semanales o en las fechas pactadas, que se consignarían en la cuenta de ahorros

Falabella No. 112120173176 a nombre del contratista; la obra es de 455.67 M2, y el precio por metro cuadrado construido a todo costo es de \$1.700.000,00, como se especificó en el párrafo segundo de la cláusula cuarta, en concordancia con el numeral 6 de la cláusula sexta.

En la cláusula quinta el contratista se obligó a prestar a favor del contratante: *“póliza de cumplimiento, póliza laboral de prestaciones y salarios, accidente de empleados contratistas y subcontratistas y póliza de seguro global de la obra. Dichas pólizas deberán ser otorgadas dentro de los 30 días siguientes a partir del inicio de las labores, las cuales como se indicó en la cláusula segunda del presente contrato iniciarán el 3 de enero de 2019”*; además, en la cláusula octava se consignó que: *“EL CONTRATANTE, queda expresamente facultado para dar por terminado el presente contrato, por el incumplimiento del plazo de entrega establecido en este documento. Si las partes deciden ampliar el plazo establecido para la entrega, dejarán constancia de lo anterior por escrito. Cualquier otro incumplimiento del contrato que se pueda producir, aunque no dé lugar a la terminación, obligará al CONTRATISTA, en todo caso, al resarcimiento de los daños que se puedan producir al CONTRATANTE, quien podrá exigir el pago de los daños y perjuicios que se le causen y excedan de los importes de aquellos”* y, en la cláusula décimo primera se pactó el 10% del valor del contrato, esto es \$77.463.900,00, como cláusula penal.

Como consta en la respectiva acta, el 27 de agosto de 2019, las partes se reunieron para procurar una solución a las diferencias que se venían presentando con la ejecución de la obra y, como no fue posible llegar a ningún acuerdo, decidieron continuar con la reunión el 30 del mismo mes y año, a las 11:00 a.m., donde luego de discutir sobre el estado de la obra, el porcentaje de ejecución y el tiempo transcurrido, acordaron dar por terminado el contrato porque resultaba inminente que el contratista no podía entregar la construcción terminada el 3 de enero de 2020 y, ya había recibido el 77% del precio; a más que no otorgó las pólizas enunciadas en la cláusula quinta de la convención; como aparece en el acta de entrega de obra del 4 de septiembre de 2019, el demandado entregó al demandante lo que había adelantado de la construcción con algunos materiales que se encontraban en la obra, y se precisó que *"lo anterior como consecuencia de la decisión de no continuar la ejecución de la misma"*; en cumplimiento de la cláusula cuarta, el contratante canceló al contratista \$657.900.000,00, en la forma y cuantía que detalladamente consigna; además, el demandante entregó al demandado varios bienes muebles para la ejecución de la obra, cuyas características y precio pasa a describir y, que suman un total de \$16.827.846,00.

A raíz del incumplimiento del demandado, el pretensor para terminar la obra se vio obligado a celebrar un nuevo contrato de obra civil a todo costo, con el señor Fernando Ruíz Cardona por \$443.000.000,00; precisa que el valor inicial de la obra fue de \$774.639.000,00 y el monto para terminarla fue de \$443.000.000,00; canceló al demandado

\$657.900.000,00, es decir, la obra se incrementó en \$326.261.000,00 por el incumplimiento de éste; sobre costos que generaron un impacto emocional y psicológico al actor porque tiene que aportar mucho más dinero para la construcción y la misma tenía vicios iniciales que de no ser descubiertos afectarían su estabilidad; a pesar que el demandante canceló oportunamente el 85% del valor del contrato, el demandado no ejecutó ni el 50% de la obra civil; incumplimiento que causó al demandante en el marco de la responsabilidad civil contractual, los daños y perjuicios que se reclaman.

Admisión de la demanda y réplica: Una vez admitida la demanda por auto del 10 de septiembre de 2020, se notificó al demandado quien no se pronunció.

Sentencia: Se profirió el dos (2) de noviembre de 2021, con la siguiente resolución:

"1º) DECLARAR DE OFICIO, que la terminación del contrato de obra celebrado entre el demandante señor Gennady Levit como contratante y el demandado Aldan Jochino Jay Cuervo como contratista al que se hizo alusión en la parte motiva, se dio por mutuo incumplimiento de las partes.

"2º) Como consecuencia de lo anterior, no hay lugar a reconocimiento de suma de dinero alguna al demandante.

"Sin lugar a condena en costas, pues las mismas no se causaron.

"4º) Esta es la decisión que toma el despacho en este proceso y se notifica en ESTRADOS a las partes aquí representadas por sus apoderados judiciales, indicando que contra la misma procede el recurso de apelación conforme al inciso 2º regla 3 del artículo 322 del Código General del Proceso, debiendo precisar de manera concreta los reparos".

Como problema jurídico plantea el determinar si se configuran los presupuestos para la prosperidad de las pretensiones de responsabilidad civil contractual y, si se acreditaron los perjuicios reclamados. Las pretensiones se ciñen a la responsabilidad civil del constructor por incumplir el contrato de obra celebrado el 13 de diciembre de 2018, por no ejecutar la totalidad de la obra que fue contratada, lo que obligó al demandante a celebrar otro contrato de obra o de construcción, que produjo un incremento; sobrecostos que generaron un impacto emocional y psicológico, daño moral porque había cancelado el 77% del valor del contrato y el demandado no había ejecutado ni el 50% de la obra.

De los elementos de la responsabilidad civil contractual, precisa que el primero es la existencia de un contrato válidamente celebrado; que al efecto, con la demanda se aportó copia del contrato, donde están determinadas todas sus cláusulas; igualmente, allegó copia de los planos de la construcción, recibos y cheques, copia del segundo contrato de construcción para terminar la obra iniciada; en el interrogatorio que absolvió el demandante afirmó como obligaciones incumplidas por el demandado, el no haber

prestado las pólizas acordadas; los pagos los realizó cada 2 semanas y pese a faltar poco para cancelar el precio acordado, la obra no se había terminado; prácticamente cumplió lo pactado en las fechas acordadas, pese a que el demandado tenía la obligación de terminar el 100% de la obra, incluida la obra blanca, no lo hizo porque la casa estaba sin techo, en obra gris, sin puertas, ventanas y kiosco; el avance de la obra era del 55 o 60% y, había cancelado aproximadamente \$670.000.000,00; aludió a la cláusula penal, afirmando que en el contrato perdió unos \$320.000.000,00 más los \$400.000.000,00 del otro contratista y, el tiempo por la demora. Al ser interrogado por la apoderada del demandado dijo no recordar nada de lo preguntado; solo precisó que los pagos se hacían cada 2 semanas con cheques de gerencia.

Por su parte, al absolver interrogatorio el demandado afirmó que el contrato de obra fue suscrito el 13 de diciembre de 2018; el costo de la obra ascendía a un poco más de \$700.000.000,00 porque el metro cuadrado construido se tasó en \$1.700.000,00; pero la obra varió desde el primer día, era una vivienda familiar de 2 pisos y, luego, se transformó en un aparta-hotel con habitaciones independientes, cocina, luz y baño; lo que generaba costos adicionales y el pretensor cambió su actitud y ya no quiso más cosas; sobre las obligaciones a cargo del demandante indicó que era pagar un dinero semanal a medida que se ejecutara la obra, pero no cumplió porque la suma que se afirma en la demanda canceló no es la correcta, ya que existe una confusión con lo indicado, los recibos de caja y los

cheques elaborados a mano y en computador por el mismo concepto; pasando a especificarlo de manera detallada; de donde precisa que el total cancelado por el pretensor asciende realmente a \$438.600.000,00; como contratista estaba obligado a construir la vivienda con sujeción a los planos iniciales y no con las modificaciones que posteriormente propuso el demandante; negó que el incumplimiento contractual tuviera origen en su actuar y, en su lugar, lo atribuye al contratante quien terminó el contrato unilateralmente; se reunían en las oficinas del doctor Gustavo Gómez Giraldo; afirma que al contrato inicial se le cambió el objeto y, las pólizas no se podían conseguir porque Sura dijo que no las prestaba si los contratantes eran personas naturales; propuso al pretensor que las consiguiera, pero no lo hizo; el contrato se adelantó por varios meses; la terminación del contrato correspondió a una decisión del contratante en agosto de 2019, quien le canceló \$438.600.000,00 como lo indicó y, él había ejecutado aproximadamente el 72% de la obra; la suma cancelada no alcanzaba a cubrir el valor de las obras ejecutadas; al demandante no se le causaron perjuicios pero a él sí; los materiales a instalar eran por referencia y si se querían otros los debía poner el contratante; al ser interrogado por la apoderada del actor precisó que el demandante tenía la potestad de dar por terminado el contrato, que lo varió desde el principio; pero el OTROSÍ que era necesario nunca se hizo porque había una confianza mutua y existían sobrecostos que no estaban incluidos en los pagos que se hicieron y, no se tuvieron en cuenta en los pagos iniciales, lo que fue aceptado por el contratante; los \$438.600.000,00 se invirtieron en la

obra; incluso, como contratista tuvo que poner un dinero adicional; frente al acta del 27 de agosto de 2019, informó que esa reunión se realizó porque el demandante manifestaba que no iba a terminar a tiempo la obra; pero el contrato finalmente se terminó por decisión del contratante; sobre el estado de la obra para esa época, señaló que había arrancado con la obra blanca, había techo y partes pendientes de la aprobación de materiales por el demandante para seguir y, además, había cambios de última hora; el plazo para terminar la obra vencía el 3 de enero de 2020, pero no le dieron la oportunidad de hacerlo; ya que considera que alcanzaba a terminar en 3 meses y aún tenía 4 meses; desconoce por qué el contratante decía que no iba a alcanzar, era una apreciación que tenía pero desconoce el fundamento; la actitud del contratante cambió con las cuentas presentadas, pero en ningún momento se opuso a ellas; nunca le solicitó al demandante comprar muebles para adelantar la obra y desconoce la fecha en que se terminó la construcción; en relación a la reunión del 30 de agosto de 2019, afirmó que el pretensor nada le dijo, ya tenía el documento elaborado sobre la terminación del contrato, pero lo modificó cuando le dijo que tenía la intención de continuar con la obra; había un abogado que acompañaba al demandante que le dijo que ya no quería continuar con el contrato.

El testigo Fernando Ruiz Cardona, tecnólogo en obras civiles, a lo que se dedica desde hace unos 25 años, manifestó conocer al demandante hace aproximadamente 2 años, por medio de la ingeniera Lorena Ordoñez; lo conoce como

propietario del bien donde adelantó una obra civil, ubicado en el municipio de El Peñol; al llegar a la obra su ejecución estaba en un 28%, la parte eléctrica en un 5% y faltaba la obra gris; el kiosco lo hizo todo y, desconoce el contrato celebrado entre demandante y demandado; que según la licencia tenía que ejecutar una unidad unifamiliar y, cuando la entregó terminada quedó como tal; en el segundo piso cocina, baño principal y jacuzzi y, en el primer nivel instalaron 4 jacuzzis; el 24 de septiembre de 2019 el demandante entregó la obra para terminar su ejecución, día en que la recorrió en forma completa para presentar un informe de su estado, tomó fotografías y videos; en el primer nivel encontró falencias porque habían baños incompletos; el segundo piso estaba en obra gris con muros incompletos, sin acabados, las redes eléctricas y sanitarias no cumplían con la norma y se debían reformar; a la cubierta le hizo una adición y le instalaron unos cargueros; se desmontó el mortero porque no cumplía con las exigencias; el kiosco solo llevaba el 10% de ejecución porque cuando lo recibió solo se había hecho una pequeña excavación; a la obra le hicieron unas adiciones que no estaban en el contrato que celebró con el demandante; por ejemplo los rieles de la vía y un parqueadero, entre otros; adiciones que el demandante no canceló a pesar que se realizaron a medida que se ejecutaba la obra; pensaba que estaban incluidas en el contrato y no era así; el contrato ascendió a la suma de \$443.000.000,00 que fueron cancelados por el contratante; frente a la obra que recibió se modificaron los planos, estaba lo de las redes eléctricas y sanitarias, desconoce porque se modificaron; entre otras diferencias, no conoció las modificaciones al

contrato inicialmente celebrado entre las partes; recibió la obra y la finalizó; sobre el cumplimiento del demandante de sus obligaciones cuando estaban ejecutando las diferentes etapas de la obra, afirmó que, en verdad él es difícil, da un anticipo y para el resto tenía inconvenientes; las modificaciones cree que van incluidas en el contrato y más o menos en los pagos; ese ha sido el inconveniente con él; ello pese a que como contratista celebra un contrato y hace adición a las obras, cambios que no estaban en el contrato; por ejemplo la vía la hizo en un 100%, jacuzzi para cada habitación del primer piso; adiciones que siempre las cobra.

De la experticia, el Juzgador de primer grado señala que los expertos en el acápite de aclaración, informan que los apoderados del demandante proporcionaron los documentos obrantes en el expediente; las labores desplegadas no incluyen la validación o verificación de la información proporcionada, la que presumieron verdadera; no emitían conceptos legales porque no formaba parte de la labor desplegada como consultores; los resultados y conclusiones responden a la convicción profesional de los consultores; el informe se elaboró de manera cuidadosa, efectiva, independiente y razonable; dictamen denominado *“veredicto avaluó costo del avance de obra”*, que tenía como finalidad *“Dar un primer acercamiento al costo de obra asociada al avance de obra, por parte del primer contratista de acuerdo a información suministrada por CASTRILLON & CARDENAS – ABOGADOS CONSULTORES S.A.S., el domicilio de esta obra está ubicado en el lote J12 de la Parcelación El Ancla, vereda la Zuila, El Peñol – Antioquia”*.

Experticia elaborada conforme a los documentos aportados, los cuales sugerían que el demandante propietario del inmueble y contratante de la obra, empezó el contrato de obra con el demandado, cuyos mandatos están determinados en la convención; esto es, que se iba a construir la totalidad de la casa por un valor de \$1.700.000,00 metro cuadrado a todo costo; mano de obra, materiales descritos, acabados de referencia; el valor total de la obra ascendía a \$774.639.000,00 teniendo en cuenta que el área total a construir es de 455.60 mts²; además indica que el propietario recibió una obra parcialmente edificada por parte del accionado, lo que llevó a la celebración de un nuevo contrato de obra civil, con un nuevo contratista, el señor Fernando Ruiz Cardona, con el objeto de realizar las tareas necesarias para finalizar la obra civil; además de la construcción de habitaciones adicionales; es decir, el primer contrato fue modificado con la segunda convención.

Sigue señalando el informe que, era imposible realizar medidas en el campo de avance realizado por el primer contratista, porque la obra fue tomada y avanzada por el segundo contratista; de ahí que el dictamen remitió a los documentos allegados por la parte demandante, para tener un acercamiento más asociado al costo del avance de obra; documentos dentro de los que están: *"El estado inicial de la obra para el segundo contratista"*, *"El informe del segundo contratista"*, *"inicio de obra finca en El Peñol"*; el cual está acompañado de fotografías y de una breve descripción del estado general de la obra, con lo cual se estimó el avance de

la obra por parte del primer contratista; allí se indica, que: *“En el momento del recorrido se tomó en cuenta el estado general de la vivienda, en uno y dos niveles; el primer nivel se encuentra en un avance del 65%, teniendo en cuenta que a este avance se le debía realizar reformas en los puntos eléctricos, en la iluminación con luces indirectas, teniendo en cuenta especificación del contratante para la realización de estas; terminación de baño y zócalos en las habitaciones, adición de una nueva habitación, terminación de la zona de ropas y zonas comunes; en el 2 nivel, se encontraba en un estado de ejecución del 50%, teniendo en cuenta que en este nivel también se tenía que realizar reformas a elementos ya construidos; adición de espacio en la habitación principal; reforma de cubierta, demolición de mortero, entre otros”*. Además: *“La zona del kiosco se entrega con un avance del 10%, con una previa adecuación del terreno; a falta de realizar diseño con la aprobación del contratante para comenzar con la ejecución del kiosco y, se tomaban en cuenta las especificaciones para la realización del kiosco, el cual fue ejecutado por personal capacitado”*.

La experticia indica que los avances del primer piso corresponden al 65%, los del segundo nivel al 50% y del kiosco al 10%; hizo una estimación del corte asociado al avance de obra, con sustento en el costo de obra asociado a dicho avance por parte del primer contratista; teniendo en cuenta las tres áreas propuestas del proyecto, casa primer piso, casa segundo piso y kiosco y, el porcentaje de avance de obra por áreas de construcción presentado por el segundo contratista; precisa que ello era así, *“debido a la escasa*

información que se tiene del avance de obra por parte del primer contratista”; pese a los pocos datos, como se reconoció en el dictamen, se indicó un valor como avance de obra, advirtiendo sobre este resultado que: “El informe inicio de obra finca El Peñol, no especifica a que se refiere con avance de obra, es decir no comenta si ese avance es de ejecución presupuestal, de materiales, de tiempo, de área u otra cosa; por lo tanto, el valor propuesto en la anterior tabla es meramente estimativo, y puede variar si se demuestra que el porcentaje presupuestal por área o totalidad del proyecto ejecutado por el primer contratista es diferente”.

Precisa que esos porcentajes de avance tienen en cuenta las habitaciones que no estaban en el contrato con el primer contratista, por lo que los que presenta el estudio no son completamente válidos para ser comparativos con el avance de la obra del primer contratista; aunado a esto el porcentaje de construcción del proyecto por área, podría ser engañoso ya que puede tener o no en cuenta tareas como la excavación, adecuación del terreno, construcción de la cimentación, entre otras: Luego de todas estas consideraciones en el dictamen se concluyó que la estimación del costo asociado al avance de obra por parte del primer contratista sería de \$395.703.900,00; siendo un valor meramente estimativo de acuerdo con los datos asumidos y las observaciones citadas en la experticia; se recomendó realizar un levantamiento del avance de obra por parte del primer contratista con base en la evidencia fotográfica y el testimonio de los implicados en la obra; el Despacho y

quienes representan judicialmente a las partes, formularon cuestionamientos a los expertos sobre el dictamen.

Con soporte en ese escrutinio, anuncia que pasa a determinar lo que deduce de lo acreditado en el presente asunto; en primer lugar, que el contrato objeto del proceso se celebró entre el demandante como contratante, dueño de la construcción a quien se le impone el deber de cancelar el valor de la obra en los términos convenidos y, el demandado como contratista – constructor, debe ejecutar todas las obras de construcción acordadas; está probada la existencia del contrato como las partes del mismo; frente al estudio de su validez, precisa que se debe tener en cuenta el art. 1502 del C. Civil; elementos que están aunados en la convención allegada al plenario; amén, que no fueron objeto de objeción alguna; por lo tanto es clara la existencia y validez de la convención.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones por parte del pasivo, precisa que la obligación en estos casos es de resultado y se presume la culpa del deudor y, por tanto, la carga de la prueba recae en el accionado; respecto a los documentos aportados, donde consta el acta de terminación de la obra por la supuesta falta de ejecución de la obra por parte del contratista; a más de lo confesado por el demandado al absolver el interrogatorio; esto es, el no haber contratado las pólizas de seguro a las que se obligó en la cláusula quinta del contrato de obra y que pasa a detallar; así como la necesidad del pretensor de celebrar un segundo contrato de obra con el señor Fernando Ruiz Cardona, para

terminar la construcción con algunas modificaciones; se presenta un aspecto procesal totalmente adverso a sus intereses; concretamente, las consecuencias que trae el art. 97 del C.G.P., ante la falta de respuesta a la demanda, esto es, hace presumir como ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley les atribuya otro efecto; como lo ha indicado la doctrina considera que el demandado carece de defensas para desvirtuar las pretensiones y los hechos de la demanda; pero ello, no altera la carga de la prueba en cabeza del demandante, cuando no es suficiente la prueba de confesión, conforme lo señala la doctrina.

En este caso, se tiene por probado el incumplimiento por parte del demandado – contratista; verificado lo anterior, se debe determinar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del pretensor; luego de analizados los medios de prueba adosados al proceso, en forma desafortunada para los intereses del pretensor, se le pueden atribuir incumplimientos a saber: En primer lugar, en la cláusula cuarta se dispuso que el precio acordado \$774.639.000,00, sería pagadero por cuotas en las fechas y cantidades allí descritas y, con base en ello se realizaron los pagos a saber:

Valor cuota	Fecha pago cuota	Suma a pagar	Suma cancelada	Saldo por pagar
\$14.900.000	3, 10, 17 y 24 de enero de 2019	\$59.600.000	\$58.400.000	\$1.200.000
\$14.900.000	31 de enero, 7, 14 y 21 de febrero de 2019	\$59.600.000	\$58.400.000	\$1.200.000
\$14.900.000	28 de febrero, 7, 14 y 21 de marzo de 2019	\$59.600.000	\$59.000.000	\$600.000

\$14.900.000	28 de marzo, 4, 11 y 18 de abril de 2019	\$59.600.000	\$58.400.000	\$1.200.000
\$14.900.000	25 de abril, 2, 9 y 16 de mayo de 2019	\$59.600.000	\$58.400.000	\$1.200.000
\$14.900.000	23 y 30 de mayo, 6 y 13 de junio de 2019	\$59.600.000	\$29.200.000	\$30.400.000
\$14.900.000	20 y 27 de junio, 4 y 11 de julio de 2019	\$59.600.000	\$58.400.000	\$1.200.000
\$14.900.000				
	18 y 25 de julio, 1 y 8 de agosto de 2019	\$59.600.000	\$58.400.000	\$1.200.000
\$14.900.000	15, 22 y 29 de agosto de 2019	\$44.700.000		\$44.700.000

A lo que precisa, que el último pago registrado corresponde a las cuotas del 18 y 25 de julio, 1 y 8 de agosto de 2019, donde el 26 de julio adiado, se entregó un cheque por \$58.400.000,00, quedando un saldo por pagar de \$1.200.000,00; pese que a la fecha de terminación del contrato también se causaron las cuotas del 15, 22 y 30 de agosto de 2019, cada una por \$14.900.000,00 y, no se hizo pago alguno; para el 30 de agosto adiado según el contrato de obra, se debía cancelar \$511.000.000,00; no obstante, se acreditó un pago por \$438.600.000,00; pagos que no fueron oportunos porque se acordó que serían semanalmente, al haber un intervalo de 7 días entre uno y otro; tampoco fueron completos porque se hicieron por sumas inferiores; razón por la que no se puede afirmar que el contratante cumplió en debida forma sus obligaciones; dejando de lado la cláusula séptima del acuerdo de voluntades.

Continúa precisando que, en la cláusula octava se estipuló que el contratante quedaba expresamente facultado para dar por terminado el contrato *“por el incumplimiento del plazo de entrega establecido en este documento”* y, según la cláusula segunda, *“la duración del presente contrato estará comprendida entre el 3 de enero de 2019 y el 3 de enero de 2020, período en el cual el contratista se obliga a la ejecución completa de la obra y entrega de la misma a entera satisfacción del contratante”*; de donde concluye que, el contratante solo estaba facultado para dar por terminada la convención, si el 3 de enero de 2020, la obra no estaba ejecutada en su totalidad y, como bien lo indicó el demandado al ser interrogado, no lo dejaron terminar el contrato; toda vez, que se dio por terminado 4 meses antes de vencer el plazo acordado, cuando en su sentir 3 meses hubiesen sido suficientes para terminar la obra; además, en el acta de reunión del 27 de agosto de 2019, se indica que han surgido diferencias entre los contratantes en la ejecución del contrato de obra; conversación que se suspendió para que se presentaran cuentas claras y comprobadas del avance de la ejecución de la construcción, así como de los valores efectivamente pagados al contratista.

Igualmente, en documento del 30 del mismo mes y año, donde se continuó con la reunión, se dijo que ante la imposibilidad de zanjar las diferencias presentadas *“se ha tomada la decisión por parte de Gennady Levit, de no continuar con la ejecución del contrato de obra suscrito por las partes”*; de donde se desprende que la forma de terminación contractual no fue la prevista por los

contratantes, toda vez, que se dio de manera unilateral por el contratante antes del plazo previsto, para cumplir el contrato por parte del contratista demandado; amén, de la celebración de un nuevo contrato con el señor Fernando Ruiz Cardona, para recibir la obra en el estado en que se encontraba y finalizarla; el comportamiento del pretensor guarda similitud en cuanto a solicitar modificaciones a las inicialmente contratadas, las cuales generaban gastos adicionales, en cuyo pago, por decirlo de alguna manera, había reticencia por quien solicita la indemnización de perjuicios; incluso el señor Fernando Ruiz Cardona, afirmó que en la obra que ejecutó no le fue cancelado lo referente a los rieles de la vía de ingreso, que no fueron contratados y que se adicionó posteriormente.

La versión del citado testigo y lo vertido en la experticia, no guardan concordancia, por lo menos en los porcentajes de ejecución de la obra realizada por el demandado; el primero dijo que la ejecución de la obra estaba en un 28%, la parte eléctrica en un 4%, faltaba la obra gris y el kiosco lo hizo todo; mientras que el dictamen sobre el avance de la obra indica que, el primer piso estaba en un 65%, el segundo en un 50% y el kiosco en un 10%; porcentajes que ni siquiera se aproximan; además, la labor pericial no da suficiente claridad para su objeto, porque los expertos no hicieron trabajo de campo, no verificaron en el sitio que la información documental correspondía con la material; siendo una experticia que para los fines propuestos no puede tener valor probatorio, por las incoherencias que vienen de indicarse; de donde colige, que existió un incumplimiento contractual por

parte de ambos extremos; para el Despacho resulta claro que para la prosperidad de la pretensión impetrada; el contratante que demanda debió cumplir con las obligaciones a su cargo; sin embargo, el contrato fue terminado de manera unilateral para que la obra se terminara por otro contratista; para lo cual trae a colación lo indicado por la doctrina en tal sentido; de donde precisa que, dentro del contrato se advirtió que se alcanzó a ejecutar, debiendo en principio, como se analizó, subsistir los efectos contractuales ya producidos; colige, que como el incumplimiento proviene de ambos contratantes de manera gravosa; la pretensión no está llamada a prosperar; siendo lo procedente, declarar el mutuo incumplimiento de las partes.

Frente al cumplimiento de las obligaciones acordadas, como los pagos realizados por el contratante, advierte, que éste afirma que ascendieron a \$438.600.000,00 y, a pesar de que dicha suma es inferior a la que debía cancelar para el 30 de agosto de 2019, cuando se dio la terminación unilateral de la convención; pues según la cláusula cuarta dichos pagos debían ascender a \$511.000.000,00; precisa que como consecuencia de ese mutuo incumplimiento, el precio no se iba a cancelar en su totalidad y, en virtud del principio de equidad que rige este tipo de negociaciones; el pago de esos dineros se puede tener como un equivalente del valor de la parte de la obra que fue ejecutada; a lo que se suma que, el demandante manifestó que asumió un gasto adicional por \$16.827.600,00, para adquirir unos bienes muebles con destino a la obra y, que el demandado nunca acudió a la jurisdicción bien como demandante para solicitar una

indemnización, ni como demandado dio respuesta a la presente demanda y/o promovió demanda de reconvención; unido a que ninguno de los contratantes tiene derecho a reclamar la indemnización de perjuicios como contratantes incumplidos; además, no habrá lugar a la indemnización de perjuicios invocada por el demandado en los alegatos de conclusión, porque no lo hizo en su debida oportunidad como viene de indicarse.

Apelación: Ambas partes lo interpusieron. El demandante dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia de instrucción y juzgamiento, formuló los siguientes reparos: Las obligaciones a cargo del demandante; en especial, la prevista en la cláusula cuarta del contrato la cumplió a cabalidad, fue así como el primer pago previsto para el 03/01/2019 por \$14.600.000,00, lo realizó el 17/12/2018 por \$58.400.000,00; es decir, pagó de forma anticipada 4 cuotas; para el 31/01/2019 anticipadamente pagó 4 cuotas y, el 01/03/2019 canceló 4 cuotas y adicionalmente \$600.000,00; en las siguientes fechas realizó los pagos anticipados por el total de las cuotas de cada mes; el Juzgado consideró que en cada pago quedaba en mora por \$200.000,00, \$600.000,00 o \$1.200.000,00, lo que es erróneo porque se cancelaban anticipadamente varias cuotas.

Atendiendo al principio dispositivo, salvo las excepciones previstas como ocurre con la nulidad absoluta, el juez solo puede fallar conforme las pretensiones y las excepciones propuestas; en el presente caso no se resolvió de fondo la

pretensión de responsabilidad civil contractual; amén, que como el demandado no dio respuesta a la demanda, no existían excepciones por decidir; el Despacho de oficio declaró que la terminación del contrato lo fue por mutuo incumplimiento; a pesar que el contrato se encontraba terminado y, no era posible declarar nuevamente su terminación; además, como lo pretendido era la indemnización de perjuicios por la terminación del acto jurídico, era improcedente "*Declarar de oficio que la terminación del contrato se dio por mutuo incumplimiento de las partes*".

No indicó el mérito que le asignaba a las constancias de pago aportadas por el pretensor; pues no hizo ningún pronunciamiento, ni siquiera para desestimar su valor probatorio; además, coligió que el demandante canceló \$438.600.000,00, copiando exactamente la interpretación de pagos que el demandado realizó al absolver el interrogatorio; sin indicar cuales eran correctos y cuales repetidos; evidencia que el Despacho al emitir la sentencia dio lectura a las respuestas del accionado frente a los pagos efectuados, sin realizar ninguna otra valoración; incluso, el demandado no se refería a los documentos adosados al plenario, sino que hizo las cuentas y determinó las fechas de pago conforme una tabla de Excel que tenía elaborada y, que no hace parte del proceso; hecho que indujo en error al juzgado y lo condujo a fallar sin revisar la documentación que obra en el expediente; el Despacho ni siquiera descartó los recibos de pago o facturas que no podía tener en cuenta, porque su contenido era idéntico a algún cheque.

No obstante, que el registro fotográfico allegado con el dictamen, demostraba el estado de la obra para la fecha de su elaboración, no se tuvo en cuenta pese a que guiaba a los expertos a tener su propia idea del estado de avance de la construcción; el testigo que determinó el progreso de la obra fue desechado, pese a que es constructor y profesional en la materia y quien realizó el análisis de la construcción para terminarla.

Aludió a jurisprudencia y doctrina de la acción de cumplimiento contractual y no de responsabilidad civil contractual; el reproche al demandante se fundamentó en un presunto incumplimiento y, dejó de lado la determinación del daño y el nexo causal, entre la conducta desplegada por el demandado y el daño padecido, como elementos propios de la responsabilidad civil contractual; todo lo que llevó a exigir al pretensor el cumplimiento contractual; se tuvo en cuenta el incumplimiento reprochado al actor consistente en el no pago de \$200.000,00, \$600.000,00 o \$1.200.000,00, frente a los pagos de \$58.400.000,00 se estaría frente a un máximo del 2% sin cancelar, lo que no se puede considerar un incumplimiento propiamente dicho; pues ni siquiera afecta financieramente al beneficiario del pago.

En segunda instancia, dentro del término del traslado concedido para sustentar el recurso de apelación, el demandante en síntesis volvió sobre los argumentos que vienen de extractarse, agregó que en cumplimiento del

contrato, el demandante canceló al demandado \$657.900.000,00, conforme con la siguiente relación:

Fecha	Monto	No. cheque - factura
17/12/2018	\$14.600.000,00	305410
26/02-2019	\$29.500.000,00	644635
31/01/2019	\$58.400.000,00	644364
4/01/2019	\$58.400.000,00	001
4/01/2019	\$58.400.000,00	001/2019
2/02/2019	\$58.400.000,00	003/2019
1/03/2019	\$59.000.000,00	002/2019
24/04/2019	\$58.400.000,00	005/2019
23/05/2019	\$58.400.000,00	006/2019
23/05/2019	\$58.400.000,00	
14/06/2019	\$29.200.000,00	007/2019
27/06/2019	\$58.400.000,00	008/2019
26/07/2019	\$58.400.000,00	009/2019
Total	\$657.900.000,00	

Por su parte, el extremo pasivo desistió del recurso de apelación que interpuso, que se resolvió positivamente por auto del 9 de noviembre de 2021; así mismo, no recorrió el traslado del recurso, pues no hizo pronunciamiento alguno.

III. CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos: El recurso de apelación de cara a la sentencia de primer grado, plantea los siguientes problemas jurídicos que la Sala debe resolver: ¿existe una indebida valoración probatoria? ¿se deben acoger las pretensiones de la demanda?

El caso concreto: El demandante como pretensión principal solicita se declare que el demandado es civil y contractualmente responsable, porque incumplió las obligaciones a su cargo en el contrato de obra civil, celebrado el 13 de diciembre de 2018; porque no contrató a favor del contratante las pólizas a que se contrae la cláusula quinta del contrato y, para la fecha de terminación del contrato no había ejecutado ni el 50% de la obra a pesar del tiempo transcurrido y, que el contratante oportunamente había cancelado el 85% del valor del contrato; siendo imposible entregar la construcción terminada el 3 de enero de 2020, como se acordó.

Al respecto tenemos, en la cláusula quinta del contrato los contratantes concertaron: **“Pólizas. EL CONTRATISTA estará obligado a prestar en favor del CONTRATANTE póliza de cumplimiento, póliza laboral de prestaciones y salarios, accidente de empleados contratistas y subcontratistas y póliza de seguro global de la obra. Dichas pólizas deberán ser otorgadas dentro de los 30 días siguientes a partir del inicio de las labores, las cuales como se indicó en la cláusula segunda del presente contrato iniciarán el 3 de enero de 2019”.**

Al efecto, la Sala observa que a pesar que el accionado no prestó las pólizas a que se obligó, por el tiempo transcurrido desde la fecha límite que tenía el contratista para otorgar las pólizas (3 de febrero de 2019), a la fecha de terminación del contrato, 30 de agosto de 2019, esto es, aproximadamente siete (7) meses, el contratante no realizó requerimiento o

reproche alguno; por el contrario, no solo permitió que el contratista adelantara los trabajos en la obra, sino que realizó las consignaciones que consideró pertinentes para realizar los pagos a su cargo; es decir, tácitamente aceptó y permitió que se ejecutara el contrato sin esa garantía; amén, de la imposibilidad que manifestó el demandado al absolver el interrogatorio para adquirirlas, al señalar que SURA no las expedía porque se trataba de personas naturales; bajo, estas circunstancias no se puede atribuir al accionado incumplimiento alguno.

Ahora, en cuanto al avance de la obra para la terminación del contrato, porque aún no se había ejecutado el 50% a pesar del tiempo transcurrido y, que el contratante oportunamente había cancelado el 85% del valor del contrato y que era imposible terminar y entregar la construcción para el 3 de enero de 2020, como se acordó; se constata que en la cláusula cuarta del contrato se pactó: *“El valor total del presente contrato corresponde a la suma de UN MILLÓN SETECIENTOS MIL PESOS (\$1.700.000) MONEDA LEGAL, por metro cuadrado a todo costo (mano de obra y materiales descritos en acabados y valores de referencia). Valor total de la obra sería 455.67 m² por \$1.700.000= SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL PESOS (\$774.639.000) MONEDA LEGAL.*

“El valor total del contrato se pagará por cuotas o instalamentos en las fechas y cantidades que se describen a continuación”.

Y como consta en el cuadro que se inserta, la fecha de pago de la primera cuota era para el 3 de enero de 2019 y las demás, cada 7 días, hasta el 2 de enero de 2020, que se cancelaría la última cuota, se pagaría 52 cuotas por valor de \$14.600.000,00, cada una y, la cuota 53, por un monto de \$15.439.000,00 para un total de \$774.639.000,00; las que se consignarían en la cuenta de Ahorros Falabella No. 112120173176, a nombre del contratista; de donde se tiene, que el pago de las cuotas no estaba supeditado al avance de la obra, ni a la ejecución de determinado porcentaje de la misma; es decir, el contratante tenía la obligación de pagar las cuotas acordadas con independencia del avance o desarrollo de la obra; como fue estipulado en la cláusula séptima, que en lo pertinente indica: "*Son obligaciones de CONTRATANTE: 1) Pagar oportunamente a **EL CONTRATISTA** sus servicios de conformidad con la cláusula cuarta del presente contrato*"; lo que igualmente, resulta coherente con lo previsto en la cláusula segunda de la convención, frente a la duración y plazo de ejecución del contrato, donde se pactó:

*"La duración del presente contrato estará comprendida entre el 3 de enero de 2019 y el 3 de enero de 2020, período en el cual **EL CONTRATISTA** se obliga a la ejecución completa de la obra y entrega de la misma a entera satisfacción del contratante*"; estipulación que corrobora el hecho de que el contratista no estaba obligado a ejecutar un porcentaje de la obra equivalente al valor del precio que le fuera cancelado; en cambio, su obligación era terminar la obra y entregarla a satisfacción del contratante el 3 de enero de 2020, con

independencia de su desarrollo durante los plazos establecidos para el pago de las cuotas.

De igual forma, en la cláusula octava se acordó: "**Resolución del contrato.** *CONTRATANTE, queda expresamente facultado para dar por terminado el presente contrato, por el incumplimiento del plazo de entrega establecido en este documento. Si las partes deciden ampliar el plazo establecido para la entrega, dejarán constancia de lo anterior por escrito. Cualquier otro incumplimiento del contrato que se pueda producir, aunque no dé lugar a la terminación, obligará a **EL CONTRATISTA**, en todo caso, al resarcimiento de los daños que se puedan producir al CONTRATANTE, quien podrá exigir el pago de los daños y perjuicios que se le causen y excedan de los importes de aquellos*".

Y la cláusula décima, estableció: "**entrega y recibo de las obras.** *A más tardar el último día del plazo de ejecución estipulado en la cláusula segunda de este contrato, **EL CONTRATISTA** deberá tener debidamente terminadas y aprobadas a satisfacción de **EL CONTRATANTE**, la totalidad de la obra contratada, completamente lista para darla al servicio, limpia de escombros, materiales sobrantes, formaletas, etc. Para efectos de la entrega, **EL CONTRATISTA** deberá dar aviso al CONTRATANTE con una anticipación no menor a cinco (5) días calendario para efectuar el recibo. **EL CONTRATANTE** antes de hacer el recibo definitivo podrá ordenar el arreglo o la reconstrucción de toda obra o montaje defectuoso que encontrare, de acuerdo con el informe final presentado por la supervisión, el*

que será ejecutado por **EL CONTRATISTA** a su costa o por cuenta del mismo. Todo recibo de obra se hará constar en acta firmada por **EL CONTRATISTA** y **EL CONTRATANTE**. Los recibos parciales, liquidaciones o pagos que **CONTRATANTE** haga de parte de obra, o de trabajo realizados, no implican aceptación final por parte de ella de la obra contratada, ya que la obligación de **EL CONTRATISTA** es la de entregar dicha obra en su totalidad y lista para darla al servicio. A pesar de la entrega, la responsabilidad de **EL CONTRATISTA** subsistirá por el tiempo que señala la cláusula sobre garantías”.

De lo anterior, se sigue que el contratante no podía unilateralmente dar por terminado el contrato porque el porcentaje de obra ejecutada no correspondía o equivalía al valor cancelado a la fecha de su terminación; toda vez que solo estaba facultado para dar por terminado el contrato de manera unilateral, por el incumplimiento en el plazo de entrega, esto es, en caso de que el demandado no hiciera entrega de la obra totalmente terminada y a entera satisfacción del contratante el 3 de enero de 2020; se itera, con independencia del desarrollo o porcentaje de la obra que se hubiera ejecutado durante el plazo convenido; mírese que el demandado al absolver el interrogatorio, fue contundente en afirmar que cuando se terminó el contrato faltaban 4 meses para que se cumpliera el plazo acordado y, que la obra la podía terminar en un lapso de 3 meses.

Además, se advierte que no acreditó con total certeza el porcentaje de la construcción que se adelantó por parte del

demandado hasta la fecha de terminación del contrato, pues como acertadamente lo precisó el Juzgador de primer grado; el testigo Fernando Ruiz Cardona, con quien el demandante contrató la terminación de la obra, afirmó que la ejecución de la edificación estaba en un 28%, la parte eléctrica en un 4%, faltaba la obra gris y el kiosco lo hizo todo; de otra parte, el dictamen aportado con la demanda, frente al avance de la obra para el momento de terminación del contrato, indica que el primer piso estaba en un 65%, el segundo en un 50% y el kiosco en un 10%; en la demanda como viene de indicarse se afirma que el demandado no había ejecutado ni el 50% y, el accionado al absolver el interrogatorio de parte afirmó que había ejecutado aproximadamente el 72% de la obra y que la suma cancelada no cubría el valor de las obras ejecutadas.

Pero es más, las modificaciones y adiciones que el contratante introdujo a la obra inicialmente contratada, no se pueden dejar de lado, pues no solo alteran el valor del contrato, sino además su duración y, bajo ninguna circunstancia se puede endilgar al demandado como un incumplimiento de las obligaciones a su cargo; sobre estas modificaciones y adecuaciones, en escrito del 30 de agosto de 2019, dirigido al demandado - contratista, el demandante en lo pertinente consignó:

*“De otro lado, dada la imposibilidad de zanjar las amplias diferencias presentadas entre las partes por su incumplimiento en la ejecución de la obra **y otras actividades acordadas adicional** que a la fecha ni siquiera se ha presentado ni expedido por su parte las pólizas de*

cumplimiento pactadas y de seguro global de la obra, ante esta clara situación jurídica que me pone en riesgo y en desventaja para continuar con la ejecución del contrato de obra suscrito por las partes, he tomado la decisión de terminar el contrato a partir de hoy 30 de agosto de 2019” (Resaltamos).

Incluso, en el acta de entrega de la obra suscrita por los contratantes el 24 de septiembre de 2019, se dejó expresa constancia que la entrega se realizaba sin objeción alguna de las partes; es decir, no hubo oposición o inconformidad sobre lo entregado.

No sobra advertir que las modificaciones introducidas a las obras plasmadas en los planos, así como las adiciones introducidas, no solo alteran la cantidad de obra a ejecutar, sino, además los plazos y precios acordados, así como la garantía acordada por los extremos de la relación contractual con una compañía de seguros, pues su contratación tiene como soporte los planos de la construcción inicialmente proyectada, debidamente aprobados por la autoridad competente; de tal manera, que se tenía que traer la prueba sobre esas modificaciones y adiciones, para a la postre determinar la magnitud de la obra, su avance, así como costos, todo lo cual tiene incidencia en los reproches que se hace a la parte demandada por haber incumplido sus obligaciones.

Se colige sin lugar a dudas, que la parte demandante incumplió la carga de la prueba que le incumbía al tenor del

art. 167 del C.G.P., pues no acreditó que es un contratante cumplido ni el incumplimiento contractual que le endilga al extremo pasivo, como viene de indicarse, lo que resulta suficiente para que se imponga la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Conclusión: Consecuente con lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado y, se condenará al extremo activo a pagar las costas de segunda instancia a favor de la parte demandada. Como agencias en derecho causadas en segunda instancia se fijará por el Magistrado Ponente la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$2.600.000,00), que equivalen a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Acuerdo PSAA16-10554, del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura), que se liquidarán conjuntamente con las de primer grado.

IV. RESOLUCIÓN

A mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

1. Por lo dicho en la parte motiva se confirma la sentencia de fecha y procedencia indicadas.

2. Se condena al extremo activo a pagar las costas de segunda instancia a favor de la parte demandada. Como agencias en derecho causadas en segunda instancia se fija por el Magistrado Ponente la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$2.600.000,00), que equivalen a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Acuerdo PSAA16-10554, del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura), que se liquidarán conjuntamente con las de primer grado.

3. Devuélvase el expediente al lugar de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados



LUIS ENRIQUE GIL MARÍN



MARTHA CECILIA LEMA VILLADA



RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ