



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado ponente

SC1641-2022

Radicación n.º 11001-31-03-035-2016-00522-01

(Aprobado en sesión virtual de doce de mayo de dos mil veintidós)

Bogotá D.C., ocho (8) de junio de dos mil veintidós (2022).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Reciclaje Excedentes e Incineraciones Industriales - REII S.A.S., frente a la sentencia del 13 de agosto de 2019 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, dentro del proceso que promovió contra José Mario Rodríguez Mazo.

ANTECEDENTES

1. La actora pidió que se declarara la resolución del contrato de obra civil a todo costo n.º 01, celebrado con el demandado, y que, como consecuencia, se ordenara «*corregir todas las anomalías que presenta la obra ejecutada, por cuenta suya o de un tercero*» (folio 27 del cuaderno principal).

Además, deprecó que se condenara al accionado a pagar la indemnización de perjuicios, equivalente a \$761.181.802, junto a los intereses moratorios «*desde que se causó cada perjuicio hasta el día en que se efectúe el pago, liquidados a una y media veces el interés bancario corriente*», así como la multa del 4% y la cláusula penal del 5%, calculadas sobre el valor del negocio jurídico.

2. Como sustento (folios 24 a 27 *ibidem*), el reclamante hizo el relato que se compendia a continuación:

2.1. El 12 de junio de 2012 se celebró el contrato n.º 01, para la «*construcción a todo costo de la planta de horno térmico*», por valor de \$1.775.660.895,46.

2.2. Después de cancelar «*mil seiscientos cuarenta y un pesos con doscientos ochenta y ocho pesos*» (sic), contrató un estudio para la medición de los componentes arquitectónicos ejecutados, encontrando que equivalían a \$1.014.479.093, por lo que «*faltaría por ejecutar... \$761.181.802*». En resumen, «*se canceló más del 95% del valor del contrato y el contratista no ejecutó ni el 50%*».

2.3. El artífice no efectuó las obras pendientes, ni realizó las reparaciones estructurales advertidas en el estudio aludido.

3. Una vez adelantado el proceso de enteramiento, el demandado clarificó los hechos, se opuso a las pretensiones, expuso las razones fácticas de la defensa y propuso las

excepciones que intituló «*contrato no cumplido por parte del contratante*», «*mala fe del demandante*», «*buena fe de la demandada*», «*cumplimiento de las actividades a cargo del contratista*» y la genérica (folios 495 a 508 *ejusdem*).

4. El Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá, el 25 de abril de 2019, profirió decisión de primera instancia en la que negó «*las pretensiones de la demanda por falta de prueba del incumplimiento del demandado*» (folios 711 a 720).

5. El *ad quem*, al desatar la alzada, confirmó la determinación recurrida, aunque con argumentos diferentes, los cuales se resumen en lo subsiguiente (audiencia de 13 de agosto de 2019, archivo CP_0813093933665).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Después de precisar el objeto de la apelación remarcó que, a la fecha de radicación de la demanda, se había extinguido el término para ejecutar la obra civil, sin que hubiera ocurrido, como fue confesado por el demandado al contestar el libelo genitor -aceptó un avance de obra del 75%- y al absolver el interrogatorio de parte -aceptó que faltaba la pavimentación y la parte administrativa-.

Colofón compartido por los peritos Marco Tulio Escobar Rincón y Liliana Garzón Morera, quienes calcularon un valor ejecutado inferior al contratado.

2. Precisó que las obras adicionales o modificaciones de ninguna manera eximían al contratista de cumplir con sus obligaciones negociales, pues su deber era entregar las edificaciones en una fecha máxima, lo que no sucedió. En consecuencia, encontró probado el error de juzgamiento del juez de instancia.

3. No obstante, aseguró que como la prosperidad de la resolución requería de que el demandante fuera un contratante cumplido, analizó esta materia por fuerza del artículo 328 del Código General del Proceso; máxime por cuanto el *a quo* no hizo un examen juicioso de la materia, «condición que si bien acepta el demandante aún en esta audiencia, no tiene la virtualidad de aceptarse como tal por ser circunstancia propia que le favorece y no se acredita con su solo decir, sin que en el sub lite exista prueba que respalde esa afirmación» (minuto 10:41 de la audiencia).

Encontró que en el proceso no se probó el cumplimiento de las obligaciones de la convocante, esto es, el pago oportuno del anticipo y la forma en que fue distribuida o aplicada la suma solucionada, carga que estaba sobre sus hombros para demostrar su legitimación.

Descartó que la afirmación del demandado sirviera para suplir las actas del contrato, como pretendió la sociedad reclamante; con todo, aún de otorgarle valor, esta manifestación ratifica el incumplimiento, porque el anticipo debía pagarse a los ocho (8) días del inicio de la ejecución de

la obra, sin que así hubiere ocurrido, pues se solucionó una cifra mucho menor.

4. Descartó una purga de la mora, ya que el demandante manifestó su determinación de no cumplir con sus obligaciones -ante la desconfianza en la finalización de la obra- y, en todo caso, la demora frustró la finalidad contractual de la convocada, quien reclamó el cumplimiento y la superación de los efectos negativos de la tardanza.

5. Concluyó que la dilación en el pago del precio generó perjuicios al artífice y, como consecuencia, excluye que la demandante pueda calificarse como contratante cumplida, motivo para rehusar la legitimación en la causa por activa.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

La convocante formuló oportunamente dos (2) embistes, el primero por la causal tercera y el final por el motivo segundo, los cuales se resolverán en el mismo orden de proposición.

CARGO PRIMERO

1. Denunció falta de congruencia entre la sentencia de alzada y los argumentos de la apelación, al tener a la demandante como contratante incumplida, en transgresión del derecho de defensa reconocido en el artículo 29 de la Constitución Política, en soporte de lo cual invocó el fallo del 10 de octubre de 2016 de la Corte Suprema de Justicia.

2. Argumentó que *«el día 2 de mayo del 2019 se interpuso recurso de apelación por parte de la sociedad REII S.A.S, cuyo objeto fue única y exclusivamente cuestionar el fallo de primera instancia en aquella parte que consideraba que no se había acreditado el incumplimiento del demandado, frente a lo demás se señaló, que se estaba conforme con los considerandos de la providencia, como así lo demuestra el escrito de apelación presentado el 2 de mayo de 2019»*, consideración ratificada en la audiencia del 13 de agosto de 2019.

Censuró que, a pesar de reconocerse que José Mario Rodríguez Mazo incumplió sus deberes, el Tribunal se adentrara en *«argumentos que no se habían mencionado siquiera en la sustentación del recurrente»*, en concreto, la satisfacción de sus obligaciones, en transgresión del artículo 328 del Código General del Proceso y sin advertir que el demandado no cuestionó este colofón por los remedios reconocidos en la legislación.

Criticó que se revisaran las pruebas consistentes en el contrato génesis, la declaración del representante legal de REII S.A.S. y un documento remitido por el contratista, por ser ajenas a la apelación.

CONSIDERACIONES

1. En los procesos civiles y comerciales, amén de la naturaleza de los asuntos objeto de litigio, que por regla

general son patrimoniales y de libre disposición, predomina el principio dispositivo, según el cual, las partes tienen la iniciativa de la acción, el impulso del proceso, la disposición del derecho material, la fijación de los límites de la decisión, la formulación de los recursos, e incluso, los efectos de la cosa juzgada¹.

En particular, las partes tienen la potestad para acotar las materias sobre las cuales versará el debate probatorio y la decisión judicial, sin que sea posible que el juzgador desatienda el *thema decidendum* -tema sobre lo que el juez decidirá- o la *causa petendi* -causa de la petición-, so pena de exceder el ámbito de sus atribuciones.

Bien conocido es el brocárdico «*ne eat iudex ultra petita partium*» -la sentencia ha de atenerse a las pretensiones de las partes-, utilizado desde antaño para reconocer el señorío de los litigantes sobre la causa y, por esta vía, impedir que la actividad jurisdiccional se desvíe de los puntos planteados en la demanda y su oposición.

Máxima recogida en el artículo 281 del Código General del Proceso, a saber: «*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley*».

¹ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 188 y 189.

Sobre este precepto, la Corporación doctrinó:

[C]umple recordar que la congruencia de la sentencia es principio cardinal del conjunto de garantías del debido proceso, que evita el exceso o el defecto de esa decisión respecto del marco jurídico de lo que compete resolver, previsto en el artículo 305 del citado estatuto [se refiere al Código de Procedimiento Civil, norma equivalente al artículo 281 del C.G.P.], bajo cuyo tenor el juez debe sujetar la solución del conflicto a los hechos y las pretensiones de la demanda o demás oportunidades autorizadas, así como las defensas frente a esta última, sin desmedro de lo que ha de resolverse de oficio.

De acuerdo con la jurisprudencia consolidada de esta corporación, acatar la congruencia implica que debe haber armonía entre lo pedido y lo resistido (SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-00114-01).

2. La vulneración del principio de congruencia, dentro de este contexto, puede emanar de: (I) la ausencia de correspondencia entre la decisión y las pretensiones, por contener aquélla determinaciones *extra petita*, *ultra petita* o *citra petita*; (II) la falta de resolución sobre las excepciones alegadas por los convocados o que, sin ser personales -prescripción, compensación y nulidad relativa-, refulgen de las pruebas recabadas en el trámite; (III) decidir sobre las defensas personales, a pesar de que no haber sido invocadas; y (IV) el completo alejamiento del fallo con la plataforma fáctica invocada en la demanda y contestación.

La jurisprudencia es pacífica en que:

[E]l principio de congruencia constituye una garantía de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa de las partes en el proceso, hoy regulado en los artículos 281 y 328 de la citada disposición, cuya desatención, se ha dicho, se presenta cuando: i)

el juzgador decide el caso por fuera de las pretensiones o excepciones probadas en el caso (extra petita), o más allá de lo pedido (ultra petita), o cercenando lo que fue objeto de alegación y demostración (citra petita); ii) cuando la sentencia no guarda correlación con las ‘afirmaciones formuladas por las partes’, puesto que es obvio que el juez no puede hacer mérito de un hecho que no haya sido afirmado por ninguna de ellas; y, iii) en los eventos en los que se presenta ‘una desviación del tema que fue objeto de la pretensión deducida en la sustentación del recurso’ (SC4106, 16 sep. 2021, rad. n.º 2018-02233-00).

3. Adicionalmente, la Corte ha acudido a la incongruencia para invalidar las decisiones judiciales que, al desatar la alzada, se desvían «del tema que fue objeto de la pretensión deducida en la sustentación del recurso» (SC5453, 16 dic. 2021, rad. n.º 2014-00085-01)²; significa que «la incongruencia... también se patentiza cuando la sentencia no armoniza con lo pedido en la sustentación del recurso que, indudablemente, corresponde a una pretensión del derecho sustancial controvertido» (SC5142, 16 dic. 2020, rad. n.º 2010-00197-01).

Lo anterior con fundamento en el inciso primero del artículo 328 del C.G.P., según el cual: «El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante»; luego, como el juzgador debe circunscribir su análisis a las referencias fácticas, jurídicas y argumentativas que aduce el recurrente en contra de la decisión censurada, su desconocimiento trasluce falta de consonancia.

² Sobre la inconsonancia por este mismo aspecto, véase CSJ, SC14427-2016 y AC1385-2020.

Entendimiento que constituye la doctrina probable vigente sobre la materia, por haber sido acogida en las providencias del 2 de noviembre (SC3627, rad. n.º 2014-58023-01), 13 de octubre (SC4174, rad. n.º 2013-11183-01), 16 de septiembre (SC4106, rad. n.º 2018-02233-00), 30 de junio de 2021 (AC2610, rad. n.º 2012-00100-01), 16 de diciembre de 2020 (SC5142, rad. n.º 2010-00197-01), y muchas más.

Entonces, *«la incongruencia no se presenta solo cuando existe una disonancia entre lo invocado en las pretensiones de la demanda y lo fallado, sino que también se patentiza cuando la sentencia no armoniza con lo pedido en la sustentación del recurso que, indudablemente, corresponde a una pretensión del derecho sustancial controvertido»* (SC14427, 10 oct. 2016, rad. n.º 2013-02839-00; reiterada SC3627, 2 nov. 2021, rad. n.º 2014-58023-01).

4. Ahora bien, la regla enunciada en precedencia no es absoluta, ya que el sentenciador, al margen del contenido de la apelación, tiene el deber de decidir las materias: (I) tocantes a presupuestos del proceso, la acción o la sentencia favorable, (II) que tengan conexión necesaria con la decisión de alzada o (III) cuyo pronunciamiento sea oficioso.

Así lo establecen los siguientes preceptos de la actual codificación procesal:

*Artículo 281. Congruencias... **En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho***

sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio...
Parágrafo 1o. En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita...

Artículo 282. Resolución sobre excepciones. **En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia...** Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso **si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.**

Artículo 328. El **juez de segunda instancia** deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, **sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio**, en los casos previstos por la ley... El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, **salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella** (negrilla fuera de texto).

La Sala, refiriéndose al anterior estatuto procesal, en consideraciones que mantienen vigencia, doctrinó: «se tiene que, como regla de principio, la decisión del superior está restringida a los argumentos expuestos por el apelante, lo que no obsta para que sentencie sobre temáticas respecto de las cuales el ordenamiento le impone pronunciarse motu proprio, por estar íntimamente relacionadas con el asunto sometido a su conocimiento» (SC3918, 8 sep. 2021, rad. n.º 2008-00106-01).

Significa que el sentenciador, de forma excepcional, debe ir más allá de los argumentos blandidos por el apelante,

para (I) proteger los derechos de ciertas personas, (II) reconocer situaciones sobrevinientes que afectan el derecho controvertido, (III) resolver materias que no fueron falladas por el *a quo*, o (IV) revisar aspectos inescindiblemente conectados con la decisión.

Sobre esta última posibilidad la Corte ha señalado: «*que existen puntos íntimamente ligados al tema objeto de la alzada que, aun cuando no hayan sido cuestionados, no se encuentran vedados para el ad quem*» (SC444, 25 en. 2017, rad. n.º 2012-02003-00). Por tanto, si bien es cierto que «*los jueces de apelación no pueden fallar de oficio sobre ningún asunto que no les haya sido propuesto*», también lo es que esta regla no tiene cabida frente a tópicos que «*estén íntimamente ligados con el objeto de la impugnación. De suerte que cuando la apelación ha sido puntual, los demás aspectos de la sentencia -esto es los que no fueron objeto de recurso- adquieren la autoridad de la cosa juzgada*» (SC14427, 10 oct. 2016, rad. n.º 2013-02839-00).

De forma concreta, y sin ánimo de exhaustividad, se consideran temáticas inescindiblemente vinculadas las relativas a: (I) satisfacción de los presupuestos de la acción (SC5473, 16 dic. 2017, rad. n.º 2017-40845-01); (II) restituciones mutuas a consecuencia de la extinción retroactiva de negocios jurídicos (SC2217, 9 jun. 2021, rad. n.º 2010-00633-02); (III) presupuestos procesales, esto es, los requisitos exigidos por la ley para la regular formación y el perfecto desarrollo del proceso (SC, 15 may. 1985, reiterado AC3048, 28 jul. 2021, rad. n.º 2011-00487-01); (IV)

orden público, como sucede con la nulidad absoluta de ciertos actos o declaraciones de voluntad (*idem*); y (V) satisfacción de los requisitos de los títulos ejecutivos para ordenar el cumplimiento coactivo (STC15169, 7 nov. 2019, rad. n.º 2019-01721-01).

Respecto al anterior listado, por ser de interés al *sub examine*, conviene remarcar:

Uno de estos pronunciamientos officiosos que debe asumir el juzgador ad-quem lo constituye el análisis de los presupuestos del derecho reclamado por el demandante, sin que este proceder implique la desatención del principio de la congruencia, porque como lo tiene dicho la Corte, '[d]esde esa perspectiva si lo que pasa por alto el sentenciador es la inexistencia del derecho reclamado, no quiere decir que el fallo sea inconsonante, que sólo se da si no declara de oficio una «excepción» que forzosamente debía reconocer. Esto es, no corresponde a un yerro in procedendo' (CSJ SC4574 de 2015, rad. 2007-00600-02) (negrilla fuera de texto, SC3918, 8 sep. 2021, rad. n.º 2008-00106-01).

Más recientemente explicó:

[L]a resolución del derecho reclamado por el solicitante, accediendo o negando, previamente al estudio de los mecanismos de defensa propuestos o a los reparos señalados por el recurrente por vía de apelación, no comporta la conculcación del principio de congruencia, por tratarse del cumplimiento del deber de administrar justicia de que está investido todo funcionario judicial, ya de primera instancia ora de segundo grado, en desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva (negrilla fuera de texto, SC5473, 16 dic. 2021, rad. n.º 2017-40845-01).

Específicamente, «cuando los sentenciadores de instancia asumen el estudio de la legitimación y determinan

su ausencia en relación con alguna de las partes, lo que los lleva a negar la pretensión, están, en estricto sentido, resolviendo oficiosamente sobre los presupuestos indispensables para desatar de mérito la cuestión litigada» (CSJ, SC2642, 10 mar. 2015, rad. n.º 1993-05281-01).

5. Aplicado el anterior estado del arte al ataque inicial, deviene indiscutible que, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, no incurrió en incongruencia al proferir la providencia de 13 de agosto de 2019, como se explicará en lo subsiguiente.

5.1. Fuera de discusión se encuentra que el demandante, al recurrir la decisión de primer grado, fue contundente en acotar su crítica a un aspecto particular de la providencia, como expresamente fue indicado al formular los reparos concretos contra la misma:

*[E]l fallo del Aquo se centró en determinar que (sic) presupuestos de la acción resolutoria se habían cumplido en este caso en concreto; frente a la existencia y validez del contrato encontró que estaba plenamente acreditada en el proceso; frente al cumplimiento del demandante, es decir, la empresa REII S.A.S., el despacho encontró que efectivamente había cumplido con el contrato... no obstante lo anterior, no encontró acreditado el incumplimiento por parte del demandado. Esto es importante para efectos de delimitar el objeto de esta apelación, así las cosas, no se va a tocar la existencia y validez del contrato pues esta quedó demostrada en el proceso y fue reconocida en el fallo de primera instancia..., así como el cumplimiento del contrato por parte de la empresa demandante que igualmente quedo acreditada en el proceso...; por esta razón **solo vamos a enfocar esta apelación en aquello que nos fue desfavorable y de lo cual estamos en desacuerdo con la Sentencia de primera instancia, esto es,***

el incumplimiento por parte del demandado (negrilla fuera de texto, folios 773 y 774 del cuaderno principal).

Delimitación corroborada en la audiencia de sustentación y fallo:

En la sentencia que apelamos, y esto para delimitar el objeto de la apelación, se llegaron a cuatro conclusiones... las tres primeras tienen que ver con los presupuestos de la acción resolutoria... el juzgador de primera instancia señaló que el primer requisito, de la existencia y validez del contrato se había cumplido, por tanto frente a este tema no... tenemos reparo... Igualmente en la aseveración que se hizo en la sentencia, de que la empresa REII era contratante cumplido tampoco tenemos reparo, y sólo nos vamos a enfocar hoy en el incumplimiento que según el parecer del juzgado de primera instancia no se acreditó (minutos 09:46 a 09:47 de la audiencia de 13 de agosto de 2019).

Luego, por decisión del recurrente, la única materia objeto de la alzada era la insatisfacción de los deberes negociales de la convocada.

5.2. El Tribunal anduvo en la dirección indicada, revisando las pruebas tendientes a establecer las obligaciones a cargo del convocado y su cumplimiento, punto en el que encontró que el *a quo* se equivocó. Sin embargo, una vez establecido el yerro de juzgamiento, era imperativo que se adentrara en la revisión de los requisitos para la prosperidad de la pretensión, así como resolver las excepciones propuestas por el demandado y que no fueron resueltas en primera instancia.

Y como la doctrina probable de la Sala, frente a la acción resolutoria, tenía dicho que «***luego de que sea establecida***

la existencia de un contrato válido que ligue a los contratantes, **la labor del juzgador deberá estar dirigida a determinar... la legitimación del actor**, esto es, a escudriñar si su conducta contractual evidencia que puede beneficiarse de la facultad para pedir la resolución del contrato o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios, porque **tal derecho le asiste únicamente a quien ha cumplido o se ha allanado a hacerlo**» (negrilla fuera de texto, SC, 16 jun. 2006, exp. n.º 7786), halla justificación que el colegiado de segundo grado se adentrara a esta materia, en desarrollo de resolver las materias inescindiblemente vinculadas y verificar los presupuestos de la sentencia favorable.

Sumado al hecho de que, dentro de las excepciones propuestas por el demandando, se incluyó la denominada «*contrato no cumplido por parte del contratante*», la que no fue decidida por el *a quo*, como se extrae del hecho de que en el acápite resolutivo no se incluyó ningún pronunciamiento sobre ella, siendo necesario que se hiciera junto al remedio vertical.

Así las cosas, la actividad decisional del Tribunal no contravino el principio de congruencia, sino que actuó dentro de las excepciones reconocidas para su aplicación, que encuentra asidero en los artículos 282 y 328 del Código General del Proceso.

En este punto conviene recordar lo dicho por esta Corporación:

[L]a legitimación en causa, esto es, el interés directo, legítimo y actual del “titular de una determinada relación o estado jurídicos” (U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), es cuestión propia del derecho sustancial, atañe a la pretensión y es un presupuesto o condición para su prosperidad.

*Por tal motivo, **el juzgador debe verificar la legitimatio ad causam con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria**, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular... (CSJ SC de 1º de jul. de 2008, Rad. 2001-06291-01, reiterada SC2768-2019 de 25 de jul. de 2019, rad. 2010-00205-03) (negrilla fuera de texto, SC4888, 3 nov. 2021, rad. n.º 2010-00247-01).*

5.3. En resumen, como la materia que fue estudiada por el colegiado de segundo grado es de aquellas que deben resolverse oficiosamente, por estar vinculada de forma inescindible con el reconocimiento del derecho pretendido, así como en garantía del derecho de contradicción, se desestima la incongruencia alegada, razón para cerrar la prosperidad de la acusación en casación.

5.4. Con todo, advierte esta Corporación que, en verdad, el *a quo* no adoptó ninguna decisión respecto a la condición de contratante cumplido de la demandante, de allí que el estudio de esta materia fuera imperativo para emitir un fallo de fondo.

5.4.1. Para dilucidar, conviene transcribir las ideas centrales del razonamiento del sentenciador de primera instancia:

Constituyen presupuestos de la acción resolutoria: (i) la existencia de contrato bilateral válido, (ii) El incumplimiento del demandado total o parcial, de sus obligaciones generadas en el pacto, porque en eso consiste la realización de la condición tácita; y (iii) Que el demandante a su vez, haya cumplido los deberes que le impone la convención, o que al menos se haya allanado a cumplirlos en la forma y tiempo debidos.

La existencia del contrato bilateral válido no amerita discusión, porque los folios 3 y s.s., dan cuenta del mismo, sin que hubiere sido tachado de falso por el extremo pasivo.

El segundo, referente a la prueba del incumplimiento, si ha de extenderse el análisis a partir de las pruebas allegadas para tal fin...

Bajo este supuesto, el segundo elemento no tuvo suerte, quedando estancada la acción civil, en la medida que el actor no demostró el incumplimiento que se le atribuye al demandando, porque las pruebas interrogatorio, testimonial o pericial no descubrieron las específicas falencias sobre las cuales se fundamentó el incumplimiento. Veamos.

El actor, como contratante cumplido, presentó como prueba del ‘incumplimiento’ de su contraparte, un estudio y medición de obra planta de tratamiento REII realizado por la Ingeniera Liliana Garzón, con el cual, debía quedar establecido con claridad los elementos estructurales faltantes de la construcción...

[E]l Despacho queda sin soporte probatorio que le permita conceder al actor, veracidad sobre faltantes de obra, por cuanto la exclusión del referido ‘estudio’ deja huérfana su pretensión. Y, como éste constituye un presupuesto sustancial, no formal que impidiera admitir la acción, corresponde negar las pretensiones por falta de ‘presupuestos’ (negrilla fuera de texto, folios 715 a 717 del cuaderno principal).

Descuella, de una lectura ecuaníme, que el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá, en su providencia, se limitó a analizar dos (2) presupuestos de la acción impetrada, como son la existencia y validez del negocio jurídico, y el

incumplimiento del demandado, sin adentrarse en el último de ellos, esto es, el cumplimiento de las cargas contractuales de la demandante.

Así se extrae, no sólo del hecho de que en el fallo únicamente se revisaron las pruebas tocantes a dos (2) requisitos, sino que en la argumentación ninguna referencia se hizo a la satisfacción del tercero de ellos, menos aún de las pruebas que servían para su demostración.

5.4.2. Ciertamente, en las consideraciones del fallo de 25 de abril de 2019, se incorporó el siguiente enunciado: «[e]l actor, **como contratante cumplido**, presentó como prueba del ‘incumplimiento’ de su contraparte un estudio y medición de obra planta de tratamiento REll realizado por la Ingeniera Liliana Garzón» (negrilla fuera de texto).

La expresión en negrilla, sólo a través de una lectura descontextualizada, puede servir para afirmar que el sentenciador de primera instancia afirmó que el demandante era un cumplidor de sus obligaciones, como lo pretende la casacionista; en verdad corresponde a una frase suelta, que carece de apoyadura en la estructura del veredicto, ausente de justificación o comprobación.

Un entendimiento dentro del contexto del fallo, revela que el *a quo* se limitó a reproducir la auto-atribución hecha por la demandante, respecto a la calidad que invocó para obtener la resolución del contrato de obra, sin comprometer

su juicio, de allí que empleara la locución «*como*» después de asignar su titularidad a aquélla.

Pretender una interpretación diferente es tergiversar la ilación de los argumentos de la sentencia, máxime por cuanto, como ya se dijo, la excepción propuesta por el convocado no fue analizada ni decidida.

Por ende, ante la ausencia de una resolución judicial, era forzoso que el *ad quem* revisara las pruebas tendientes a establecer la legitimación en la causa por activa de la promotora, en descrédito de la incongruencia invocada.

6. Por las razones expuestas se desestima la acusación inicial.

CARGO SEGUNDO

Alegó la violación indirecta de los artículos 1495, 1540, 1546, 1602, 1609, 1613 a 1617 del Código Civil, 167 y 176 del Código General del Proceso, por no advertir que (I) REII S.A.S. pagó \$1.641.288.000, (II) éstos se destinaron al contrato n.º 01, (III) la demandante se allanó a cumplir, y (IV) no se probaron los gastos administrativos y alteraciones de presupuesto.

1. Invocó la cláusula séptima del contrato y la constancia de abonos emitida por José Mario Rodríguez Mazo, para denotar que al 5 de diciembre de 2012 se había pagado \$1.641.288.000, superior al anticipo pactado, equivalente al 50% de \$1.775.660.895, como fue reconocido

en la contestación de la demanda y en las declaraciones procesales rendidas por el convocado.

Aseguró *«que el saldo restante, para completar el valor total de \$1.775.660.895.46, debía cancelarse mediante acta parcial de obra ejecutada recibida a satisfacción; situación que no sucedió, de hecho se encontró, que ni siquiera el contratista había ejecutado los \$1.641.288.000,00 que la Sociedad REII S.A.S., le había pagado en virtud del contrato objeto del presente contrato»*. Invocó la declaración del representante legal del convocado para corroborar su incumplimiento.

Coligió que existió *«una violación indirecta a la ley sustancial por un error de hecho... por parte del A quem (sic) al omitir valorar el contrato de obra civil a todo costo N° 01 del 13 de junio de 2012, la contestación de la demanda (Folio 499 Cuaderno del Principal) y el informe del propio José Mario Rodríguez Mazo...; y así mismo se cometió una violación indirecta a la ley sustancial por un error de derecho... por desconocimiento de una norma probatoria, al no valorar en conjunto los medios de prueba como lo dispone el artículo 176 del Código General del Proceso»*.

Insistió en que *«el Tribunal no valoró las cláusulas del contrato... y tampoco las analizó con las demás pruebas tales como la constancia de abonos vista a folio 15 del expediente del cuaderno principal y la declaración del representante legal; aquí se evidencia en primer lugar una omisión al no*

valorar el contrato... y una violación del artículo 176... por no analizar en su conjunto las pruebas debidamente aportadas».

2. Con base en el documento «*Respuesta Informe Económico Contrato No. 01*», aseguró que el demandado asintió en que \$1.641.288.000 fueron entregados para el contrato n.º 01; además, de haberse destinado parcialmente al contrato n.º 02, esta circunstancia no se probó en el proceso, siendo una carga del accionado por su cercanía con los medios demostrativos, en aplicación del canon 167 del C.G.P., a pesar de lo cual «*durante el proceso no hubo ni una sola prueba que demostrara este hecho y tanto es así, que la Sentencia de Primera Instancia, la cual no fue apelada por la parte demandada, se pronunció en este sentido*». En este punto desechó que, la simple afirmación del convocado, fuera suficiente para su demostración.

Afirmó que «*se observa en el expediente en folio 403 que el contrato No. 02 se suscribió el 30 de mayo de 2013, es decir una fecha posterior a los pagos que ascienden a la suma de \$1.641.288,00 (sic); y además nótese que este contrato tiene como partes contratantes al Banco de Bogotá..., es decir la obligación de pagar era del Banco más no de la empresa REII SAS; y por otro lado, no se encuentra en el mismo ninguna alusión a que el contratista ya había ejecutado más de 200 millones de pesos, que de darse así hubiera generado un enriquecimiento sin justa causa, por cuenta de este contrato No. 02 se celebró por la suma de \$2.000.000 millones de pesos, es decir el valor corresponde como si no se hubiera ejecutado nada del objeto del contrato*».

Achacó error de hecho por pretermisión y de derecho por transgresión del precepto 167 del C.G.P., relativa a la carga dinámica de la prueba.

3. Censuró que el Tribunal dijera que el demandante repudió cumplir sus obligaciones, por desvelar una lectura errada y fuera de contexto de la declaración del representante legal de REII SAS.

Rememoró que, una vez pagado el anticipo, el saldo debía solucionarse mediante acta parcial a satisfacción del contratante, lo que no ocurrió, por cuanto el peritaje arrojó que ni siquiera se ejecutó lo pagado. Por ende, la ausencia de obras recibidas a entera satisfacción, hacía inexigible la obligación.

Dijo: *«Aquí el primer error del Tribunal a la hora de valorar las pruebas, consistió una vez más en omitir el análisis de las obligaciones consignadas en el contrato; lo cual configura, de conformidad con el artículo 336 num 2 del C.G.P, una violación indirecta por (error de hecho) en la apreciación de la prueba, específicamente de la Cláusula Séptima del aludido contrato; y el segundo error fue no analizar la declaración rendida por el Representante Legal en contexto con las cláusulas del Contrato de Obra Civil a todo costo N° 01 del 13 de junio de 2012, esto generó, de conformidad con el artículo 336 num 2 del C.G.P, una violación indirecta de la ley sustancial por (error de derecho) derivado del desconocimiento de una norma probatoria consagrada en el artículo 176 del Código General del Proceso».*

4. Aseveró que la existencia de contratiempos y dificultades no puede entenderse como una alteración del presupuesto o aumento de gastos, pues no se probó cuáles fueron, ni su valor, menos aún se arrimaron sus soportes, carga procesal del demandado, que no puede entenderse satisfecha con una comunicación ambigua o su declaración en el proceso, so pena de desatender el citado artículo 167; *«esto sin perjuicio de que el contrato objeto del presente proceso era a Todo Costo y como se alegó enfáticamente... las implicaciones jurídicas de la naturaleza de estos contratos es que el contratista, en este caso el demandado, debía asumir esas presuntas alteraciones y obras adicionales»*.

CONSIDERACIONES

1. Defectos técnicos de la acusación

1.1. Dentro de la clasificación de los medios de impugnación a que se refiere el título único de la Sección Sexta del Código General del Proceso, la casación conserva su naturaleza extraordinaria, como se infiere de su procedencia limitada respecto a determinadas sentencias (artículo 334), por causales taxativas (artículo 336) y previo cumplimiento de los requisitos para su concesión (artículos 337, 338 y 340) y admisión (artículos 342, 344 y 346).

Esta calidad, como lo sostiene la doctrina especializada, es connatural a este mecanismo de impugnación:

[L]a casación no es solamente un simple recurso; sino que se califica como un recurso extraordinario. En efecto, como afirma Guasp, mientras que la apelación es el recurso ordinario por antonomasia, la casación es el recurso extraordinario, por antonomasia también. Y el mismo autor describe así los rasgos que caracterizan a la casación como recurso extraordinario:

a) no es admisible el recurso de casación si no se han agotado los recursos ordinarios que procedan contra el fallo...

b) las partes no pueden ejercer este recurso a base de un simple interés, sino que tiene que fundarlo en un motivo legalmente determinado, es decir, en un motivo de casación precisamente;

c) el órgano jurisdiccional no puede conocer los problemas litigiosos en los mismos términos de amplitud que corresponde a los Tribunales de instancia, sino que se encuentran limitados sus poderes a temas determinados y taxativos, coincidentes, precisamente, con las circunstancias que funcionan como motivos de casación³.

La Sala ha admitido la mencionada característica:

[L]a casación es un recurso extraordinario, cuyo propósito es el quiebre de una sentencia amparada por la presunción de legalidad y acierto, [por lo que se] exige que el escrito presentado para sustentarlo se sujete a determinados requisitos formales, pues, por cuanto se trata de una cuestión esencialmente dispositiva, la labor de la Corte queda reducida al marco que el acusador establezca, de donde se sigue que es a éste a quien con exclusividad le toca delimitar el contexto y ámbito conceptual acerca de cómo el Tribunal incurrió en el desatino.

De este modo, sea cual fuere la causal que se aduzca, esto es, independientemente que la crítica cuestione vicios de juzgamiento o in procedendo, ese libelo constituye la moldura dentro de la cual la Corporación debe discurrir su actividad; de ahí que competa al censor atender un mínimo de exigencias en procura de tornar idónea la respectiva sustentación; pues es a él a quien corresponde delinear los perfiles dentro de los que ha de discurrir

³ José Gabriel Sarmiento, *Casación Civil*, Serie Estudios, Caracas, 1998, pp. 37-38.

la Corte como Tribunal de Casación (AC219, 25 en. 2017, rad. n.º 2009-00048-01).

1.2. Dentro del anterior marco, el numeral 2º del precepto 344 del actual estatuto adjetivo establece, como requisitos particulares del escrito de sustentación, «*la formulación... de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, **en forma clara, precisa y completa***» (negrilla fuera de texto).

La claridad consiste en que «*la persona que acude a este mecanismo debe formular sus embates... con la indicación de las razones por las cuales considera que el juzgador de instancia se equivocó y cómo tal dislate tiene la virtualidad de afectar la totalidad de la decisión. No es posible soportar la acusación en formulas abstractas, o elucubraciones sobre cuál debió ser la decisión definitiva*» (AC3919, 20 jun. 2017, rad. n.º 2017-00650-01).

La precisión obliga a «*que los embistes [estén] orientados hacia los fundamentos reales de la decisión atacada, sin separarse de ellos, so pena que la recriminación no pueda ser admitida. En otras palabras, los reproches deben dirigirse con acierto hacia el centro de la argumentación de la providencia cuya anulación se pretende*» (AC5922, 16 dic. 2021, rad. n.º 2016-00046-01).

Por último, la completitud «*impone al promotor que ataque la totalidad de las premisas del fallo cuestionado, de suerte que las controvierta en su integridad, sin que ninguna*

de ellas pueda quedar desprovista de cuestionamiento» (AC4921, 9 nov. 2021, rad. n.º 2017-00431-01).

1.3. De forma agregada, y por su importancia para el presente caso, el numeral 2º del artículo 346 del C.G.P. establece que la acusación es inadmisibles *«cuando en la demanda se planeen cuestiones de hecho o de derecho que no fueron invocados en las instancias».*

Se positivizó la denominada prohibición de *«medios nuevos»*, *«o sea, aspectos... que por no haberse planteado ni alegado en ninguna de las instancias del proceso, o por ser contrarios a los que allí se debatieron, fueron desconocidos por el sentenciador de instancia, y que, por consiguiente, sólo buscan que el litigio se solucione mediante el estudio por la Corte Suprema de extremos absolutamente distintos a los que fueron base de la demanda y su contestación (SC, 19 ene. 1982)» (SC3604, 25 ag. 2021, rad. n.º 2016-00063-01).*

1.4. En la acusación bajo análisis, anticipéase, la impugnante incurrió en incompletitud y falta de claridad, así como en invocación de un medio nuevo, razones para desechar su estudio, en aplicación del artículo 346 del vigente estatuto adjetivo.

1.4.1. Rememórese que el Tribunal denegó la resolución negocial pretendida, por cuanto la demandante no demostró el cumplimiento de sus obligaciones, con base en los siguientes argumentos:

De cara al documento, báculo de la acción impetrada, se tiene que el contratante, aquí demandante, se comprometió... a pagar al contratista el valor del contrato en la forma y condiciones que se estipulan en la cláusula séptima, es decir, la suma de \$1.775.660.895,46, de la siguiente forma: un anticipo que equivale al 50% del valor del contrato... de \$1.880.424.568,61, dentro de los ocho (8) días siguientes de legalizado el contrato, el saldo restante, dice la estipulación, se cancelará mediante actas parciales de obra ejecutada y/o al recibo de las obras a entera satisfacción del contratante. Así, de la descripción del precitado pliego se advierte que le existe razón al demandado, en cuanto a que existió un contrato génesis, del cual se derivó el que aquí pretende resolverse, pues el clausulado reseñado ni siquiera fue modificado, tal así que el primer pago de que se habla... se relaciona por un valor superior al del total del negocio..., **sin que exista prueba de su pago oportuno**. Afirmase así por cuanto, aunque el demandante aseguró haber hecho un abono por cuantía de \$1.641.288.000, el que se corrobora con el documento visto a folios 58..., lo cierto es que no hay certeza sobre la forma en que fue distribuida o aplicada la suma pagada como abono, carga que le correspondía al demandante... **y que no puede tenerse por cumplida con el legajo a que se ha hecho mención... habida cuenta que en él no está establecido cada pago, según concepto u obra realizada, de suerte que aquél no puede reemplazar las actas a que hace alusión la cláusula séptima de la relación contractual**.

Pero si en gracia de discusión se tuviera dicho folio como constancia de pago hechos al contrato 01, en todo caso sería éste prueba del incumplimiento..., en la medida en que según lo convenido en el clausulado **debía pagarse la mitad del valor del contrato a los ocho (8) días de su suscripción, que como se dijo... sería el 21 de junio de 2012, ya no por \$1.880.424.568,61... pero sí por el equivalente al 50% del valor contratado en esta ocasión, \$1.775.660.895,46, que corresponde a \$887.830.447,50, sin que así hubiere ocurrido**, ya que según el listado de pagos allí contenido, en junio de 2012, tan sólo se había abonado el valor de \$403.560.000, es decir, mucho menos del valor establecido como anticipo.

No puede aplicarse... el contenido de la jurisprudencia por él citada... que consideró el incumplimiento tardío y su purga por quien lo acepta. Primero, porque en el asunto allí dilucidado se

habla de retraso en el cumplimiento, que no del repudio a seguir cumpliendo, como sucede en este caso, en tanto la propia sociedad demandante, a través de su representante legal... sostuvo que adeuda un porcentaje del valor total del contrato, y que decidió no pagarlo, y se rehúsa a hacerlo, ante el temor que no fuera ha ejecutarse el faltante de la obra...

En segundo lugar... obra en el expediente documento remitido por el contratista, folio 13 y 14 del cuaderno 1, a la empresa contratante, en el que requirió el cumplimiento de los abonos convenidos para poder adelantar la obra, en tanto 'no entrega dinero desde el día 5 de diciembre de 2012'. Situación que, por demás, revelaba afectación directa a los intereses del contratista, como quiera que, el mismo indicó que el aumento de tiempo de ejecución del contrato le generó gastos administrativos que estaba asumiendo de su propio peculio, a manera de ejemplo... los costos de vigilancia... (negrilla fuera de texto, minutos 10:41 a 10:47)

En resumen, el sentenciador encontró que (I) faltó acreditar el pago del anticipo con destino al contrato n.º 01, ante la ausencia de las actas de avance de obra; (II) el anticipo por valor de \$887.830.447,50, aunque se tuviera por realizado con base en la documentación aportada, no fue solucionado oportunamente, pues el expediente da cuenta de que sólo se pagaron \$403.560.000 dentro del plazo negocial; (III) no hubo purga de la mora, pues el encargante manifestó su decisión de no querer cumplir y, en todo caso, fue requerido por el contratista para que lo hiciera; y (IV) la demora en cumplir generó erogaciones que debió sufragar el convocado, tales como mayores costos de vigilancia.

1.4.2. A pesar de la multiplicidad de razonamientos contenidos en la decisión judicial, en la acusación bajo estudio únicamente se cuestionaron los tocantes a la prueba de los pagos realizados con destino al contrato n.º 01, la

inexistencia de una decisión de incumplir por parte del demandado y la ausencia de demostración de los gastos administrativos, dejando sin crítica los demás puntos que sirvieron para denegar las pretensiones, huelga decirlo: (I) la carencia de actas de entrega parcial de obra que soporten los pagos realizados, (II) el retraso en el solución del anticipo del contrato, (III) la falta de purga de la mora por los requerimientos realizados por el demandado, y (IV) la afectación del interés contractual de este último.

De esta forma se desvela que la acusación deviene insuficiente para derruir el fallo confutado, al dejar incólume múltiples de las razones que sirvieron al *ad quem* para rehusar la pretensión resolutoria, en contravención de la exigencia de completitud a que se refiere el artículo 344 del Código General del Proceso.

Ante la poquedad de los reclamos deviene inane su estudio, pues, aunque tuvieran vocación de prosperidad, lo mismos carecerían de trascendencia para modificar el sentido de la decisión, en tanto ésta se mantendrá apoyada en las bases no criticadas, las cuales seguirán resguardadas por las presunciones de acierto y legalidad que son connaturales a las sentencias judiciales.

En este punto resulta pertinente recordar el pensamiento de la Sala:

‘[u]na acusación incompleta, esto es, una imputación en casación que deje intacto un argumento del Tribunal que por sí mismo preste

base suficiente al fallo, es inane porque la Corte, dado lo dispositivo del recurso, no puede de oficio enmendar o suplir la omisión o falencia en que incurrió el censor' (SC563, 1º mar. 2021, rad. n.º 2012-00639-01); dicho en positivo, 'los cargos [deben ser] idóneos, en el sentido de que combatan todos los fundamentos esgrimidos como soporte de la decisión de instancia, pues de quedar en pie alguno de ellos será suficiente para mantener la determinación que pretende anularse' (SC, 5 ab. 2021, rad. n.º 2006-00215-01) (SC4670, 9 nov. 2021, rad. n.º 2015-00370-01).

Deviene, itérese, que la escasez de la acusación conduce a su rechazo.

1.4.3. Se agrega a lo dicho que, varios de los cuestionamientos izados por la demandante, realmente desvelan una aceptación del contenido del fallo de segundo grado, lo que desdice sobre su claridad.

Así sucede con las censuras relativas a(I) el valor del anticipo que debía pagar la contratante con ocasión del contrato n.º 01, (II) el total de los recursos recibidos por artífice, o (III) la viabilidad de exonerarse de responsabilidad por la realización de obras adicionales, aspectos en que el casacionista arriba a conclusiones iguales a los de fallo de segundo grado, en la cual se asintió en que: (I) el monto del anticipo según el contrato era de \$887.830.447, (II) el demandado recibió del demandante \$1.641.288.000 para las obras del horno de incineración, y (II) las modificaciones, así como las obras agregadas no justifican el incumplimiento de los deberes negociales del artífice.

Ante la ausencia de cuestionamientos reales, en las materias antes citadas, el cargo se viste de obscuridad, por revelar que se utilizó la casación sin atender a su finalidad, huelga decirlo, sin observar que el *thema decisum* de la impugnación es la sentencia de segundo grado.

La Corte tiene dilucidado que: *«no es el litigio como cuestión decidendum, sino la sentencia proferida por el tribunal de segunda instancia como thema decisum, sentencia ésta que es el objetivo propio del Juzgamiento de la Corte en casación, quien, en el ámbito de cualquiera de las causales específicas en que puede fundarse tal recurso y dentro de los límites que le trace la impugnación, se limita a decidir si ese procedimiento de segundo grado se conforma, si o no, con el derecho»* (SC, 22 mar. 1995, exp. n.º 5250).

1.4.4. Sumado a lo expuesto se tiene que, en la acusación se incluyeron medios nuevos, que deben ser rechazados de forma categórica, como son la invocación de un enriquecimiento injustificado, por el no reconocimiento de los abonos efectuados al contrato n.º 02 al momento de su suscripción, y la aplicación de la carga dinámica de la prueba, para resolver lo relativo a la causa de los pagos realizados.

Total, elevar razonamientos de último minuto, sin permitir que se agote el debate probatorio propio del proceso, desvela una afrenta a la lealtad y probidad procesal, por sorprender a la administración de justicia y a la contraparte

con alegaciones sorprendidas y que trastornan el objeto de la decisión.

De allí que se proscriban los razonamientos tardíos, con el consecuente rechazo de su estudio, como sucede con las anotadas tesis del enriquecimiento sin causa y la inversión del deber probatorio, materias que no fueron argüidas por la parte demandante en ninguno de los momentos procesales que tuvo a buen recaudo, por lo que mal podrían estudiarse al desatar el remedio extraordinario.

2. Análisis de fondo de la acusación

Con todo, aunque se dejaran de lado los yerros técnicos antes denunciados, las acusaciones tampoco están llamadas a abrirse paso, pues la valoración probatoria efectuada por el *ad quem* encuentra soporte en la ontología de los medios suasorios.

2.1. Es bien sabido que, para la prosperidad del remedio extraordinario, por violación indirecta de normas de derecho sustancial, los errores de juzgamiento deben ser evidentes, en el sentido de que reluzcan con facilidad.

Así se extrae del canon 344 del Código General del Proceso, según el cual, «*el recurrente deberá demostrar el error y señalar su trascendencia en el sentido de la sentencia*»; y de forma especial, para el dislate de hecho, el numeral 2º del artículo 336 impuso que el yerro sea «*manifiesto y trascendente*».

La Sala, refiriéndose a este motivo de casación, aseguró:

Solo el error manifiesto, evidente y trascendente es susceptible de apoyar la causal de casación que por esta vía daría al traste con el pronunciamiento impugnado. Los yerros cuya incidencia determinante no aparezca demostrada, a pesar de su concurrencia, no bastan para infirmar la decisión mediante el recurso extraordinario (negrilla fuera de texto, SC876, 23 mar. 2018, rad. n.º 2012-00624-01).

Colofón que encuentra apoyo en «*la autonomía que abriga a los jueces de instancia en la valoración de los instrumentos persuasivos*», razón para admitir que «*sus conclusiones son intangibles e inmodificables en casación, salvo los casos en que se advierta una conclusión contraevidente, ‘porque se aparta groseramente y de manera trascendente de las normas que regulan la materia sometida a composición del Estado por intermedio de sus jueces, ora en la consideración fáctica, ya en la estimación de los elementos de convicción’* (CSJ, SC, 28 nov. 2013, rad. n.º 1999-07559-01)» (SC3346, 14 sep. 2020, rad. n.º 2008-00822-01).

De forma más reciente relievó:

[E]l juzgador de instancia, con sujeción a los aspectos objetivos y jurídicos de los medios de prueba, tiene la clara atribución de estimarlos conforme a las reglas de la sana crítica y arribar a las conclusiones pertinentes que sustenten el correspondiente fallo. Por esta razón en principio, tales conclusiones deberán mantenerse, a menos que el sentenciador hubiese incurrido en error evidente de hecho o en error de derecho trascendente, para quebrar el fallo atacado (CSJ SC de 10 de dic. de 1999, exp. 5277, reiterada SC de 19 de sept. de 2006, exp.

1999-00633-01)... (negrilla fuera de texto, SC5142, 16 dic. 2020, rad. n.º 2010-00197-01)

2.2. En el *sub examine* se advierte que las pretermisiones y tergiversaciones probatorias alegadas no se configuraron, lo que descarta el error de juzgamiento del Tribunal, como se dilucidará en lo sucesivo.

2.2.1. Para iniciar, conviene recordar que la impugnante cuestionó la falta de valoración de la cláusula séptima del contrato n.º 01, por desconocer el monto del anticipo que debió pagarse, en olvido de la contestación de la demanda y el interrogatorio de parte del convocado.

Sobre esta acusación conviene resaltar que la supuesta omisión brilla por su inexistencia, pues el sentenciador de segunda instancia valoró expresamente el instrumento comercial objeto de discusión y, en particular, el contenido de la cláusula séptima (cfr. minuto 10:41 de la audiencia de sustentación y fallo), lo que le permitió concluir que el anticipo debió ser por \$887.830.447,50, encontrando que la cifra contenida en el contrato -\$1.880.424.568,61- corresponder a un error, fruto de la utilización del «*contrato génesis*» como modelo.

Se agrega a lo dicho que, como la propuesta interpretativa de la casacionista es igual a la que arribó el juzgador, en el sentido de que el valor del anticipo debía calcularse sobre el precio del contrato, con independencia de que las partes señalaran expresamente otro en el

instrumento negocial, la insubstancialidad de la acusación se erige como incuestionable.

Colofón que, ciertamente, tiene asidero en la lectura armónica de las estipulaciones tercera y séptima del contrato de obra n.º 01, en las cuales se convino que «*[p]ara efectos fiscales el valor del contrato es por la suma de mil setecientos setenta y cinco millones seiscientos sesenta mil ochocientos noventa y cinco pesos con 46/100 moneda corriente (\$1.775.660.895,46)*», de la cual se pagaría «*un anticipo equivalente al 50% del valor del contrato*» (folio 3 y 11 del cuaderno principal), que corresponde a \$887.830.447,50, los cuales debían satisfacerse «*dentro de los ocho (8) días siguientes de legalizado el contrato*» (folio 11), esto es, a partir del 13 de junio de 2012 -fecha de suscripción (folio 16)-, con vencimiento el día 21 del mismo mes.

Que en la contestación de la demanda se aseverara que el anticipo era por cuantía de \$1.880.424.568.61 (folio 497), en nada desdice del anterior análisis, pues el convocado realmente se refirió al contrato génesis, identificado con n.º 001, cuyo monto era por \$3.760.849.137,23, diferente al que es objeto de discusión en el *sub lite* nominado como n.º 01.

En consecuencia, como el instrumento persuasivo fue expresamente valorado por el juzgador se descarta el olvido alegado, y, al no existir una verdadera discrepancia sobre la interpretación de la cláusula séptima del contrato, se desestima la tergiversación acusada.

2.2. De otro lado, la opugnante increpó que no se tuviera en cuenta que el saldo final del precio debía pagarse contra acta parcial de obra; además, que el valor entregado por \$1.641.288.000, no fue totalmente ejecutado por el demandado en desarrollo del contrato n.º 01.

2.2.1. Sobre el primer aspecto, nuevamente se descarta la existencia de una verdadera censura, pues el Tribunal arribó a igual conclusión que la propuesta por la demandante, relativa a que *«las actas a que hace alusión la cláusula séptima de la relación contractual»* son las idóneas para probar *«la forma en que fue distribuida o aplicada la suma pagada»*.

Hermenéutica que no admite una lectura diferente, pues en el contrato n.º 01 expresamente se previó que el saldo, después de pagado el anticipo, se cancelaría *«mediante actas parciales ejecutadas y/o al recibo de las obras a entera satisfacción del contratante»* (folio 11), por lo que estos últimos documentos son los convencionalmente dispuestos para acreditar las obras realizadas y definir el valor a pagar por cada una de ellas.

2.2.2. No existe la misma avenencia tratándose de la imputación que debía hacerse de los \$1.641.288.000 pagados por REII S.A.S. a José Mario Rodríguez Mazo, pues el Tribunal echó de menos las pruebas que permitieran clarificar su destinación, mientras que el impugnante consideró que eran para el contrato n.º 01 soportado en la

constancia de abonos -folio 15 del expediente- y la declaración del representante legal.

Sobre la anterior contrariedad, observa la Corte que el documento intitulado «*abonos hechos por REII S.A.S. al contratista*» no suministra la claridad pretendida por el casacionista, pues en el mismo únicamente se relacionan los valores recibidos por el contratista y la fecha de su realización, sin particularizar si eran para el contrato génesis, o los identificados con el n.º 01 o el n.º 02.

De hecho, como la relación de abonos se encuentra replicada en el documento «*valor ejecutado de obra por actividad hasta febrero 16 de 2013*» (folio 434), este último descubre que el convocado decidió destinar lo apropiado a las actividades contenidas en el negocio génesis, sin diferenciarlas según la posterior división contenida en los contratos n.º 01 y 02.

Y es que, de acuerdo con la enumeración de obras, José Rodríguez empleó el dinero que le entregó REII S.A.S. para avanzar en los ítems «*0.0 actividades preliminares generales*», «*1.0 excavaciones, rellenos y retiros área total*», «*2.0 construcción de sistema de aguas lluvias y aguas negras*», «*3.0 construcción oficinas principales*», «*4.0 construcción batería de baños y comedor*», «*5.0 construcción de andenes*», «*6.0 construcción de muro de contención concreto reforzado*», «*7.0 construcción bodega de mantenimiento*», «*8.0 construcción taller eléctrico*», «*9.0 construcción bodega lavado de canecas*», «*10.0 construcción lavadero de carros*», «*11.0 construcción*

zona tanque de gas», «12.0 construcción bodega principal (horno incinerador)», «13.0 construcción caseta portería», «16.0 construcción cerramiento», siguiendo la enumeración del contrato génesis (folios 250 a 262), los cuales fueron divididos a la postre en los contratos n.º 01 y 02 de la siguiente forma: los numerales 0.0, 1.0, 2.0, 3.0, 4.0, 10.0 y 13.0 en el primero, y los ordinales 5.0, 6.0, 7.0, 8.0, 9.0, 11.0, 12.0 y 16.0 en el segundo.

Esta anfibología respecto al destino que debió darse a los recursos, se mantiene de acudirse al *«informe económico obra planta horno término REII»*, contenida en la *«respuesta informe económico contrato n.º 01»*, pues aquí se indicó que los *«abonos hechos por REII S.A.S. al contratista»* por \$1.641.288.000, fueron *«para contrato N° 01 y N° 02»* (folio 451), sin diferenciarlos.

Lo mismo se advierte en el *«Informe general de junio de 2012 a marzo de 2013»* del *«contrato de obra N° 001 de 2012»*, esto es, el contrato génesis, presentado por José Mario Rodríguez Mazo, pues se relacionaron las actividades mensuales ejecutadas, dentro de las cuales están comprendidas las que hacen parte del objeto negocial n.º 01 y n.º 02, de acuerdo con el siguiente listado:

VALOR EJECUTADO DE OBRA POR ACTIVIDAD HASTA MARZO 2 DE 2013		
0.0	ACTIVIDADES PRELIMINARES GENERALES	98.404.000,00
1.0	EXCAVACIONES, RELLENOS Y RETIROS AREA TOTAL	377.115.600,00
2.0	CONSTRUCCION DE SISTEMA DE AGUAS LLUVIAS Y AGUAS NEGRAS	86.451.720,00
3.0	CONSTRUCCION OFICINAS PRINCIPALES	88.645.923,00
4.0	CONSTRUCCION BATERIA DE BAÑOS Y COMEDOR	29.647.525,00
5.0	CONSTRUCCION DE ANDENES	19.001.550,00
6.0	CONSTRUCCION DE MURO DE CONTENCION CONCRETO REFORZADO	158.881.000,00
7.0	CONSTRUCCION BODEGA DE MANTENIMIENTO	99.716.434,00
8.0	CONSTRUCCION TALLER ELECTRICO	83.257.422,00
9.0	CONSTRUCCION BODEGA LAVADO DE CAÑECAS	84.756.767,00
10.0	CONSTRUCCION LAVADERO DE CARROS	51.011.230,00
11.0	CONSTRUCCION ZONA TANQUE DE GAS	9.251.975,00
12.0	CONSTRUCCION BODEGA PRINCIPAL (HORNO INCINERADOR)	389.304.932,00
13.0	CONSTRUCCION CASETA PORTERIA	17.846.475,57
14.0	PAVIMENTACION ZONA DE PARQUEO Y CIRCULACION	0,00
15.0	CONSTRUCCION CERRAMIENTO	180.889.884,00
VALOR PARCIAL PRESUPUESTO		1.744.182.417,57
VALOR AIU 12%		209.301.890,11
IVA(16% de la utilidad)		8.372.075,60
VALOR TOTAL OBRA EJECUTADA		1.961.856.383,28
MATERIALES EN OBRA Y PAGOS ANTICIPADOS PROVEEDORES		76.204.000,00
VALOR TOTAL EJECUTADO , MATERIALES Y PAGOS ANTICIPADOS PROVEEDORES DE OBRA		2.038.060.383,28

Dado que en el expediente no aparecen las actas de avance de obra, que permitan ratificar la corrección del proceder del artífice, más allá de la oposición que en juicio ha efectuado la convocante con base en los documentos antes transcritos, encuentra justificación la conclusión a la que arribó el Tribunal, en el sentido de que en el legajo «*no está establecido cada pago, según concepto u obra realizada*».

Tampoco puede acudir a las atestaciones de José Rodríguez para clarificar el punto en discusión, pues en la audiencia de 8 de febrero de 2018 declaró que el monto recibido corresponde a «*la suma que tenían que pagar por anticipo del contrato inicial 001 [génesis]... la plata que ellos habían dado inicialmente se trabajó en un contrato global, no*

es un contrato de \$1.775... sino en un contrato de \$3.700» (minuto 16:12), de lo cual reluce que hizo una imputación global, sin acotarlo al vínculo negocial en concreto.

Más aún, al ser indagado sobre el anticipo recibido, insistió en que *«ese valor... hacen parte del anticipo que ellos tenían que entregarme del contrato de \$3.775, que el contrato lo dice muy claramente, se tenía que entregar a los ocho días de haber legalizado el contrato... ese valor... se entregó durante siete (7) meses»* (minuto 16:23).

De las anteriores pruebas, analizadas tanto de forma individual como en conjunto, reluce que los valores entregados por REII S.A.S. -en desarrollo de la construcción del horno de incineración- se destinaron a todas las actividades contratadas, con independencia de que fueran incluidas en los convenios n.º 01 o n.º 02, sin que haya pruebas que permitan determinar la adecuación, o no, de este proceder, como acertadamente lo sostuvo el sentenciador de segundo grado, en descrédito de la censura casacional.

2.3. Frente al cuestionamiento realizado por el recurrente, relativo a que no se ponderó la fecha en que se firmó el contrato n.º 02, posterior a los pagos realizados por \$1.641.288.000, y por ser el Banco de Bogotá el obligado, es menester señalar que, ciertamente, la *ad quem* no mencionó estos aspectos en su veredicto.

Situación explicable en virtud del principio de congruencia en la apelación, en tanto estos argumentos, con la especificidad que se mencionan en casación, no fueron objeto de invocación dentro de los reparos concretos contra el fallo de primera instancia, encontrándose inhibido de su estudio.

Se agrega que, en todo caso, la data en la que se firmó la convención n.º 002 carece de incidencia respecto a la forma en que debió distribuirse el dinero recibido por José Rodríguez, ya que para la fecha del primero abono ni siquiera se había firmado un contrato escrito entre las partes, lo cual sucedió el 13 de junio de 2012 con la firma simultánea del negocios génesis y el n.º 01, sin que se especificaran las reglas de imputación entre estos dos (2) instrumentos, menos aún, respecto de las actividades que estaban descritas en aquél y que al final fueron incluidas dentro la convención n.º 02.

Así las cosas, era irrelevante hacer una revisión exhaustiva sobre la fecha en se signó el contrato n.º 02 o el momento en que el Banco de Bogotá asumió el pago del precio, con el fin de establecer el valor que debió destinarse a cubrir las erogaciones derivadas de los acuerdos alcanzados entre los negociantes, siendo intrascendente el yerro imputado al *ad quem*.

2.5. Criticó la recurrente que el Tribunal coligiera que su representante legal manifestó rehusar abiertamente el

cumplimiento de sus obligaciones y que, por este motivo, era improcedente reconocer la purga de la mora.

Al respecto, se tiene que el interpelado, al ser cuestionado sobre el cumplimiento de sus deberes contractuales, afirmó: *«sí... nosotros realizamos todos los pagos correspondientes, hasta un faltante... hasta \$1.641.288.000... lo que faltaba serían \$100.021.000 que sería lo que se entregaría al final, cuando entregaran terminada la obra del contrato 01»* (minuto 16:06 de la audiencia de 8 de febrero de 2018).

Esta respuesta, en verdad, deja en evidencia que la demandante no expresó una decisión de incumplir con sus deberes, sino que, por el contrario, estuvo dispuesto a hacerlo, aunque condicionado a se hiciera entrega final de la obra, proceder que encuentra amparo en la cláusula séptima de la convención negocial.

Significa que el Tribunal, al haber sostenido que existió *«repudio a seguir cumplimiento»*, tergiversó la atestación de marras, en un evidente error de juzgamiento. Sin embargo, este dislate resulta del todo intrascendente, pues como la acusación devino exigua para derruir todos los presupuestos que sirvieron al sentenciador de alzada para rehusar la purga tácita de la mora, el fallo de instancia seguirá soportado en los puntos no criticados.

Y es que, como el Tribunal desestimó que el demandado hubiera perdonado el incumplimiento del demandante,

debido a los múltiples requerimientos que aquél realizó para que se hicieran los abonos requeridos y por los perjuicios que esta tardanza le generó, estos argumentos, al no haber sido cuestionados en casación, se mantienen inalterados y servirán de soporte a la decisión.

2.6. Finalmente, la casacionista insistió en la ausencia de pruebas sobre los mayores costos administrativos y las obras adicionales, por considerar que pretenden soportarse en una comunicación ambigua y en la declaración de parte del demandado.

Sobre el primero de los aspectos es irrelevante cualquier consideración, en tanto la realización de obras adicionales por parte de José Rodríguez, según las consideraciones del fallo confutado que no fueron criticadas, de ninguna manera lo exoneraba de cumplir con sus obligaciones dentro del plazo convenido, de allí que su demostración carece de incidencia frente a la prosperidad de la resolución alegada.

En cuanto corresponde a los mayores costos administrativos, fruto de la demora en el pago del anticipo, existen variados instrumentos persuasivos que demuestran las dificultades que esta situación generó sobre el peculio del convocado, como correctamente lo aseveró el *ad quem*:

(I) En el «*informe financiero*» contenido en el «*informe general de junio de 2012 a marzo de 2013*», elaborado por José Mario Rodríguez Mazo, al referirse al pago del anticipo, aludió que «*por la situación de abonos y no anticipo se*

*presentaron inconvenientes de tipo financiero, pues no habla un flujo de caja constante, pues **se empezaron a presentar deudas a proveedores, falta de materiales en obra**, es por esto que sin que el contrato lo mencione en ninguna de sus cláusulas, **el contratista empezó a prestar dineros** para pagar a subcontratistas y proveedores... para un valor total de \$ 396.772.383,00» (negrilla fuera de texto, folio 244 del cuaderno principal).*

(II) En el «*acta de suspensión de obra N° 01*» del 3 de marzo de 2013, se señaló que la interrupción de actividades se originó en que «*no hay recursos económicos por parte de la entidad contratante para continuar con la ejecución de la obra*», estándose «*a la espera que nuevos recursos de un crédito bancario se haga (sic) efectivo (sic) para poder dar reinicio a la obra*» (folio 268).

(III) La carta del 21 de mayo de 2013, dirigida por José Rodríguez a REII S.A.S., relató:

1. La empresa REII S.A.S debe tomar antes del 31 de mayo el contrato de celaduría, pues el contratista no se hará más cargo de este, pues se debe renovar en un año más, siendo inconveniente para el contratista el renovar a su nombre este contrato...

3. Otro tema que se ha comentado mediante cartas y del cual nunca he tenido respuesta es que se tengan en cuenta algunos reajustes pues se continúa trabajando con precios del año 2012, y algunos gastos administrativos que se presentan por el aumento en el tiempo de ejecución, esto representa un desequilibrio económico para el contratista, pues un contrato de 1 año se ha convertido en dos (2) años, esto por los inconvenientes de los cuales usted conoce y es responsable (folio 387).

(IV) La misiva del 28 de octubre de 2013, remitida por el contratista a su contraparte comercial, puso de presente *«que el tiempo de ejecución de estos contratos era por un periodo [de] 12 meses y se tienen en el momento 18 meses, sin que se tengan en cuenta algunos reajustes pues se continúa trabajando con precios del año 2012, y algunos gastos administrativos que se presentan por el aumento en el tiempo de ejecución, esto representa un desequilibrio económico para el contratista»* (folio 420).

(V) La comunicación del 28 de mayo de 2014, dirigida por José Rodríguez a Atlanta Cía. de Vigilancia Privada Ltda. (folio 446), demuestra que el contrato de vigilancia celebrado el 21 de junio de 2012 (folios 440 a 444) terminó el 31 de mayo de 2014, esto es, más allá del plazo inicialmente pactado de un (1) año.

De estas pruebas, analizadas conjuntamente, se evidencia que el contratista advirtió sobre los mayores costos que estaba asumiendo por la mora en el pago del precio, por fuerza de la extensión del plazo de ejecución, expresados en la diferencia de precios de mercado y el aumento de costos administrativos, entre otros, la extensión del contrato de vigilancia por un plazo adicional.

Se descarta, entonces, la insuficiencia demostrativa alegada por la demandante, en ratificación de la corrección decisional del fallo de segundo grado.

3. De todo lo expuesto dable es colegir que, ante las deficiencias técnicas del embate final, así como la inexistencia e intrascendencia de los errores de juzgamiento imputados al *ad quem*, la prosperidad de la casación decae en el vacío.

En punto a la condena en costas, el inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso dispone que «*/s/i no prospera ninguna de las causales alegadas, se condenará en costas al recurrente, salvo en el caso de que la demanda de casación haya suscitado una rectificación doctrinaria*».

Como el recurso de casación no salió avante, procede disponer que las costas sean a cargo de la recurrente. Las agencias en derecho se tasarán por el magistrado ponente, con sujeción al numeral 3 del artículo 366 *ibidem* y las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, para lo cual se tendrá en cuenta que el escrito de sustentación del remedio fue replicado.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia de 13 de agosto de 2019 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso que Reciclaje Excedentes e Incineraciones Industriales - REII S.A.S. promovió contra José Mario Rodríguez Mazo.

Se condena en costas a la recurrente en casación. Por secretaría inclúyase en la liquidación la suma de diez (10) s.m.l.m.v., por concepto de agencias en derecho que fija el magistrado ponente.

Oportunamente devuélvase el expediente a la corporación de origen.

Notifíquese

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de Sala

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Martha Patricia Guzmán Álvarez

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Francisco Ternera Barrios

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 5E4A51F77DD0A9A6FD6A547993648303220ADE80ACD20524207FD6545E570C71

Documento generado en 2022-06-08