***REPÚBLICA DE COLOMBIA***

******

***RAMA JUDICIAL***

***TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL***

***SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN***

*Bogotá D.C., dos (2) de julio de dos mil veinte (2020).*

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

|  |  |
| --- | --- |
| *Proceso No.*  | 110013103030201800034 01 |
| *Clase:* | VERBAL – RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL |
| *Demandante:*  | AGA + ESTUDIOS S.A.S. |
| *Demandada:* | CONTACT POINT 360 S.A.S. |

 Como se anunció en la audiencia del pasado 10 de marzo, con el presente fallo se deciden los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 18 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual negó las pretensiones de sus demandas (principal y de reconvención).

**ANTECEDENTES**

**1.** En el reformado libelo[[1]](#footnote-1),Aga + Estudios S.A.S. (en adelante Aga) demandó a Contact Point 360 S.A.S. (en adelante Contact), para que se declare el “incumplimiento”[[2]](#footnote-2) tanto el contrato de obra que celebraron el 18 de julio de 2017, como el “otrosí” de 22 de septiembre siguiente, por negarse a pagar parte del precio pactado y, en consecuencia, se le condene, de manera principal, a cancelarle la suma de **$465’841.654,oo** ($243’343.800,oo de saldo por el referido convenio y $222’497.854,oo por las actividades adicionales que recogió la modificación), exigible desde el 31 de octubre de 2017, fecha en la cual “venció el plazo para efectuar el pago”, junto con los intereses de mora de acuerdo a la tasa regulada por la Superintendencia Financiera, por retardo causados hasta el momento en que se verifique el pago; en subsidio de la pretensión de condena, ordenar el “pago de los valores del contrato y el otrosí debidamente indexados”[[3]](#footnote-3).

En síntesis, las pretensiones se sustentaron en los siguientes hechos:

**a)** el 18 de julio de 2017 las partes celebraron en forma escrita la aludida convención (con miramiento en el “cuadro de cantidades y precio presentado en el presupuesto” de 30 de junio anterior[[4]](#footnote-4)) que tenía por objeto “el diseño y construcción de un *call center*”, por un valor de $811’146.000,oo, que serían cancelados así: *(i)* un anticipo del 50%, a saber: $405’573.000,oo, al momento de la suscripción de ese acuerdo; *(ii)* otro 20% por valor de $162’229.200,oo a los 20 días siguientes; *(iii)* **el otro 20% por $162’229.200,oo**, transcurridos 40 días **de iniciada la obra**, y *(iv)* **el restante 10% por $81’114.600,oo, contra entrega**; **b)** Contact solo pagó los dos primeros valores ($567’802.200,oo, es decir, un 70%), de suerte que de lo acordado en el contrato inicial, quedó un (30%) saldo de **$243’343.800,oo**; **c)** los arreglos comenzaron el 26 de julio de 2017; **d)** el 23 de agosto siguiente, la demandada (contratante) modificó el convenio al incrementar las cantidades, cambió la especificación de los materiales y equipos, presentó nuevos diseños que ambos contratantes aprobaron y “**se fijó un nuevo plazo de entrega**” (fl. 702); por lo anterior, el 22 de septiembre de 2017 “**se redactó**” un “otrosí” para ampliar las obras adicionales que acordaron en **$222’497.854,oo**, las que “fueron ejecutadas” (fl. 107, cdno. 1); **e)** la accionada le adeuda $461’330.322,oo; **f)** la demandante está en disposición de cumplir con las garantías del contrato y siempre se allanó a cumplir; **g)** Contact en la hora actual usufructúa las obras realizadas por la actora; **h)** de manera temeraria su opositora presentó reclamación formal a la aseguradora, con soporte en la póliza exigida para la suscripción del convenio; **i)** el horario utilizado para la realización de los arreglos, fue de 7:00 p.m. a 7:00 a.m.; **j)** la obra fue entregada el 31 de octubre de 2017, y **k)** la demandante cumplió con las normas de propiedad horizontal.

**2.** Notificada la demandada del auto admisorio del 8 de febrero de 2018, se opuso a las pretensiones, negó varios hechos como haber aceptado una nueva fecha para la entrega de la obra; en cuanto a la existencia de mayores valores e incremento de cuantía, el actor le remitió un “**otrosí**” que **rechazó**, máxime cuando el tipo de convenio fue **global**, de suerte que los cambios en los diseños obedecieron a la negligencia, inexperiencia e impericia de la demandante; no existe acta de entrega de la obra o documento del demandado que otorgue prórroga alguna; resaltó que el “otrosí” no se firmó (fl. 710); Contact abandonó la obra y no la terminó y en su libelo confiesa que no la entregó a satisfacción (fl. 713), y excepcionó: “contrato no cumplido”, “existencia de incumplimiento de contrato por parte de Aga”, “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” y la “genérica” (fls. 723-737).

Las reseñadas defensas se fundaron, en lo medular, en que fue el demandante principal quien primero incumplió, porque: *(i)* no entregó la obra dentro del plazo acordado; *(ii)* hubo mala ejecución, en especial, en el piso de la edificación; *(iii)* no observó con rigor el cronograma de la obra, y *(iv)* no garantizó la calidad de los bienes y servicios prestados.

**3.** Contact formuló demanda de reconvención para que se declare que su opositora incumplió el contrato de obra de 18 de julio de 2017 y, en consecuencia, se le condene al pago de la cláusula penal por $40’557.300,oo, que corresponde al 5% del valor total del convenio; además, que se declare que Aga tiene el deber de cumplir a cabalidad la convención.

Como soporte de sus pretensiones, la reconviniente adujo que Aga no le entregó el 100% de la obra civil el 18 de septiembre de 2017; que éste recibió anticipos por $564’665.000,oo, quien no le pagó en su integridad a los subcontratistas, lo que generó una contingencia para Contact, en atención a que Innventa Group S.A.S. (uno de los subcontratistas de muebles) le cobró dineros que solo le debe su ahora contradictor; las obras eléctricas no cumplieron los requerimientos exigidos por Codensa S.A. para obtener los certificados Retie y Retilap; Aga aumentó en forma injustificada los precios de los materiales y bienes necesarios para ejecutar la obra; por su impericia en el desarrollo de la construcción, causó daños al piso inferior (5° del lugar de la obra de propiedad de Puffer Colombia); el diseño arquitectónico no satisfizo las exigencias mínimas para los negocios de *call* center; no existe acta de entrega final de obra y, por último, el presupuesto de la obra presenta inconsistencias porque se calculó mal el porcentaje de imprevistos.

**4.** Aga se opuso a la demanda de reconvención y negó buena parte de los hechos en que se fundamentó.

**5. La sentencia de primera instancia.**

Luego de referir los presupuestos de la pretensión resolutoria, la juez señaló que en la demandada principal (contratante) aceptó en su contestación, que no pagó a plenitud el valor del precio acordado con su opositora (contratista).

También consideró que Aga “no cumplió a cabalidad con las obligaciones a las que se sometió al suscribir el contrato de obra, presupuesto sin el cual no le puede reclamar a la contraparte el cumplimiento de sus deberes, ni perjuicios”, según lo concluyó de las siguientes pruebas:

**a)** el “informe general de auditoría” de la obra rendido por el arquitecto Javier Izquierdo Barbosa (contratado por Contact), evidenció “errores de cálculo matemático básico”, cuyos precios superaban lo admisible en Bogotá; las actividades quedaron mal ejecutadas, por ejemplo, agrietamiento en el 100% del piso; la carpintería metálica carecía de pintura; el cableado no estaba libre de halógeno y presenta riesgo de incendio; esto último advertido por el técnico electricista John Bello Triana al representante legal de Aga, Jorge Ángelo Guerrero Díaz, pero obvió tomar los correctivos pretextando tener que “incurrir en más gastos”; **b)** este último testigo sostuvo que la obra se alargó porque el proveedor de los muebles no cumplió con las normas, dado que los cables no podían pasar por dichos mobiliarios, aunado a que Aga aún le debe dinero, quien tampoco le entregó diseño o plano eléctrico alguno, pese a ser su obligación como director de la obra; **c)** el representante legal de Innventa Group S.A.S. (subcontratista) señaló que su retraso en la entrega del mobiliario se debió a que el arquitecto Guerrero Díaz (representante legal de Aga) “nunca quiso firmar el acta de inicio, planos”, ni le pagó el 40% de lo acordado, como tampoco advirtió que debían hacerse puestos de trabajo para los supervisores.

Por lo anterior, concluyó que Aga incumplió las obligaciones descritas en los literales a), b), c) y e) de la cláusula primera del contrato de obra de 18 de julio de 2017, máxime cuando el representante legal de Aga reconoció en su interrogatorio que “quedaron pendientes los arreglos de una mesa, entrega de sillas, instalación de televisores y la expedición de las certificaciones de rigor respecto a la parte eléctrica”, a lo que agregó la ausencia de prueba de haberse variado las condiciones iniciales del convenio, negativa igualmente deducida de la conversación (traducida) que tuvieron los representantes de una y otra parte.

En cuanto a la demandante en reconvención, sostuvo que tampoco sus pretensiones tenían acogida, porque “como acaba de verse, no dio cabal cumplimiento a las obligaciones a su cargo, derivadas del negocio jurídico celebrado” (fl. 843, cdno. 1).

**5. Los recursos de apelación.**

**5.1.** Aga solicitó revocar la sentencia, porque:

**a).** El *a quo* concluyó erradamente que “es manifiesto el incumplimiento del contrato” de su parte, “con base en el informe general de auditoría’ suscrito por Javier Izquierdo Barbosa, que no puede ser tenido como dictamen pericial porque no reúne los requisitos previstos en el artículo 226 del CGP; tampoco son ciertos los supuestos incumplimientos a que se refiere y no puede sustentar la excepción de contrato no cumplido, cuando las presuntas desatenciones a que se refiere son precisamente situaciones generadas por el incumplimiento inicial de Contact.

**b).** Respecto al testimonio de Jhon Bello Triana, la sentencia apelada: (i) no tuvo en cuenta que se trata de un testigo sospechoso porque es dependiente de la sociedad demandada, (ii) también dejó de analizar la declaración de dicho testigo conjuntamente con el resto de pruebas, particularmente las documentales contenidas en el expediente y la declaración del representante legal del demandante Jorge Ángelo Guerrero Díaz, y (iii) tampoco tuvo en cuenta que precisamente los cambios intempestivos en el diseño de la obra y el incumplimiento de las normas técnicas, se debió a la conducta de Contact que inobservó el contrato y generó con ello lo ocurrido con la ejecución del mismo.

**c).** Sobre la declaración de Andrés Hernández, representante legal de Innventa Group S.A.S., la sentencia apelada: (i) no tuvo en cuenta que se trata de un testigo sospechoso por su animadversión respecto del demandante y porque es dependiente de la demandada, y (ii) que la accionante le pagó lo acordado pero el señor Andrés Hernández no fue en realidad quien suministró los muebles sino Industrias Metálicas Aya Ltda.

**d).** De acuerdo con los reparos anteriores, no es cierto, como erradamente concluyó la sentencia apelada, que “*el demandante no cumplió en su integridad las obligaciones derivadas del contrato de obra civil, concretamente las plasmadas en los literales a, b, c y e de la cláusula primera”* (fl. 841).

**e).** La jueza *a quo* erró también al considerar que existió incumplimiento del demandante, a partir de su interrogatorio (que no quiso valorar como declaración a pesar de que así se pidió), porque el otrosí no está firmado.

La sentencia concluyó “*y aunque intentó justificar su incumplimiento en que el contratante varió las condiciones iniciales del contrato, lo cierto es que en el expediente no consta por escrito que el negocio jurídico hubiese sido modificado. Nótese que el otrosí al que se aludió en la demanda y en su reforma, respecto del cual insistió el interrogado, no se encuentra suscrito por ninguna de las partes (fl. 12 y 13) y, por ende, no tiene la vocación de producir efecto legal alguno’’,* **pero este argumento -** que resulta basilar de la sentencia recurrida -**omite erradamente que según la legislación colombiana la regla general de perfeccionamiento de los contratos es la consensualidad, y más cuando se trata de contratos entre comerciantes,** como en este caso, **porque así lo establecen expresamente los artículos 824 del Código de Comercio y 1500 y 1502 del Código Civil.**

 Entonces, la circunstancia de que el “otrosí” no esté firmado, no implica que no tenga lo que la jueza *a quo* erradamente denomina “*vocación de producir efecto legal alguno”.*

**f).** La primera instancia simplemente se negó a valorar la prueba documental aportada por el demandante, se limita a calificarla como *"abundante’’* (fl. 842).

**g).** En relación con el audio que aportó el actor, omitió la sentencia apelada que precisamente demuestra que fue Contact la que introdujo cambios intempestivos en el contrato que luego no quiso reconocer, amén de que incurre en una notoria contradicción porque, aunque la sentencia reconoce que “*convienen efectuar un pago, pero este nunca se dio”* (fl. 842), **lo que precisamente prueba, una vez más, es el incumplimiento de la demandada que originó las vicisitudes que tuvo la obra**, mas no el incumplimiento de Aga.

**5.2.** Por su parte, Contact censuró el fallo porque no se pronunció sobre sus excepciones de mérito; además, por cuanto “si se tuvo como incumplido a Aga que ejecutó la obra ¿por qué se tuvo por incumplido a Contact que se abstuvo de pagar, debido al incumplimiento de Aga. Con otras palabras, sostuvo que quedó en “tablas” la actuación procesal, sin que el fallo explicara en qué consistió su desatención.

Añadió que hubo un indebido análisis del contrato civil de obra, en punto a las obligaciones de resultado a cargo de su opositor y que si se consideró incumplido a Aga, debió entonces condenársele al pago de la cláusula penal, cuyo silencio pide en esta instancia superar (fl. 849).

**CONSIDERACIONES**

 La Sala encuentra que la actuación se desarrolló normalmente, no hay causal de nulidad que se tenga que declarar, se hallan presentes los presupuestos procesales y este tribunal es competente para decidir el recurso de apelación en los términos y con las limitaciones que establece el artículo 328 del C.G.P y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia[[5]](#footnote-5).

 El problema jurídico consiste en establecer si los aquí litigantes, con sus demandas (principal y de reconvención), lograron demostrar los elementos de la responsabilidad contractual, a saber: (a) la existencia del convenio de obra y su otrosí –perfilados cada uno por los derechos y obligaciones que habrían adquirido y contraído las partes-; (b) el incumplimiento del respectivo deber de prestación por parte del obligado y, parejamente, la atención cabal y oportuna de los que le correspondían a la demandante; (c) el daño que se le habría generado por efecto de la infracción contractual; (d) la culpa del deudor, por lo general presumida en estas materias contractuales, tanto más si existe mora y, claro está, (e) la relación de causalidad entre el daño y la culpa, como lo ha puntualizado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos (CSJ, sentencias. de 9 de marzo de 2001, exp. 5659; 27 de julio de 2007, exp. 2001-00718-01, y 3 de agosto de 2012, exp. 2003-00526-01).

 La respuesta para Aga es afirmativa, con alcance parcial, y para Contact, negativa, por lo siguiente:

1. **De la apelación de Aga (demandante principal).**

 **(i) De la demostración de las actividades adicionales plasmadas en el borrador de “otrosí”.**

 El negocio primigenio, es un contrato civil de obra, llave en mano, ajustado entre las partes el 18 de julio de 2017 para el “diseño y construcción de *call center*” *“por el sistema de precios global fijo”* (fls. 2-11), respecto del cual las partes no discutieron su celebración.

 Como se desprende del escrito de reforma al libelo, el negocio jurídico **adicional** que, según Aga, celebró con Contact, que recogió el “otrosí”, fue incumplido por Contact y de ahí la reparación del daño que reclama.

 Aunque en el escrito de subsanación de la demanda, Aga suprimió la pretensión condenatoria fundada en ese “**otrosí**” que, en su sentir, fue redactado para Contact el 22 de septiembre de 2017 (fls. 12 y 13) para ampliar las actividades (por ende, su valor) y el plazo, lo cierto es que en la reforma del libelo de nuevo incluyó ese propósito, sin que en las oportunidades probatorias Aga haya demostrado la aceptación de esa adición por parte de Contact.

 Como primera medida, debe decirse que según la cláusula 7ª del contrato de obra, las partes acordaron que para la realización de “**obras adicionales y complementarias**”, Aga “**no podrá iniciar**” su “**ejecución… hasta que**” Contact “**le informe por escrito que el respectivo análisis de precios unitarios presentado**” por Aga “**ha sido aprobado**”, sin que pueda pasarse por alto esa solemnidad convencional, conforme lo regula el artículo 824 del C. de Co.

 Con abstracción de lo anterior, lo cierto es que la demandante no demostró que la voluntad de su opositora fue la de pagar otros 70.000 dólares ($210’000.000,oo en aquél entonces) por las **actividades adicionales** (23 estaciones más con dimensiones distintas a la iniciales), según afirmó el representante legal de Aga en su interrogatorio (min. 49:15, aud. 5 de marzo de 2019), pues de la traducción (que con soporte en el artículo 251 del CGP, dispuso en forma oficiosa la juzgadora de primer grado) de lo conversado en la reunión del 10 de octubre de 2017, no se logra extraer esa puntual intención de las partes (representantes legales -principal y suplente- de Contact, señores Mirza Asif Jalil y Inés Harley Bohórquez Corredor, respectivamente).

 La anterior deficiencia probatoria en punto al “otrosí”, impide analizar si hubo o no el incumplimiento del respectivo deber de prestación por parte de Contact y, parejamente, la atención cabal y oportuna de los que le correspondían a Aga, por lo menos en cuanto a **actividades adicionales** se refiere.

 En consecuencia, se impone confirmar la decisión de la juzgadora de primera instancia, respecto de la pretensión tendiente a declarar la existencia de obligaciones del “otrosí” de 22 de septiembre de 2017 (fl. 703).

 **(ii)** No ocurre lo mismo en lo atinente al **contrato de obra** de 18 de julio de 2017 que las partes firmaron y que asintieron en forma pacífica en su existencia en el devenir procesal (hecho 4° de la demanda reformada y su contestación; fls. 701 y 709), negocio jurídico respecto del cual han de hacerse las siguientes precisiones:

 En la etapa precontractual, el 30 de junio de 2017 las partes acordaron cuáles serían las actividades de “diseño” y “construcción” a realizar en el piso 6° de la Autopista Norte n.° 97-50 de Bogotá, entre las que se destacan: “preliminares”, “**piso**”, “mampostería y pañetes”, “muros en *drywall*”, “acabados de pared y piso”, “**instalaciones** hidrosanitarias” y “**eléctricas**”**, “red de cableado estructurado para voz y datos**”, “carpinterías metálica y de madera”, “vidrios”, “puertas”, “pintura”, “accesorios”, “aire acondicionado”, “electrodomésticos” y “gastos” (fls. 57-59, cdno. 1), con miras a que Contact colocara en funcionamiento **161 estaciones** para *call center*, por un valor de $811’146.000,oo (fls. 4 y 59).

 De suerte que con miramiento en esa propuesta, fue que las partes acordaron que el objeto del convenio de 18 de julio de 2017, que en principio **duraría dos meses** (cláusula 8ª; fl. 6), sería desarrollar las obligaciones allí definidas (cláusula 1ª; fl. 3), para cuyo efecto Contact también se obligó a “pagar el valor del contrato, de acuerdo con los términos establecidos” allí mismo “establecidos” (literal c) de la cláusula 3ª; fl. 4), es decir, que la forma de pago se haría así: **a)** un anticipo del 50% del valor pactado equivalente a $405’573.000,oo; **b)** $162’229.200,oo **a los 20 días siguientes**; **c)** **$162’229.200,oo, transcurridos 40 días de iniciada la obra**, y d*)* $81’114.600,oo, contra entrega.

 Las partes son contestes en señalar que únicamente los dos primeros pagos fueron los realizados ($567’802.200,oo), previo descuento de los deducibles acordados por costos financieros en el parágrafo 2° de la cláusula 6ª del convenio ($565’566.237,oo; fl. 709), por lo que lo dejado de pagar por Contact fueron los dos últimos pagos ($162’229.200,oo y$81’114.600,oo) que suman **$243’343.800,oo**.

 Dilucidado lo anterior, corresponde analizar, en el plano de las obligaciones, quién fue el que primero incumplió.

 **a)** Contact, al aceptar el hecho n.° 6 del libelo reformado, tuvo por cierto que el **26 de julio de 2017** su opositor comenzó la “obra…, como consta en el acta de inicio” (fl. 702), no obstante que aún no había recibido en su cuenta la transferencia del anticipo del 50% por $405’573.000,oo.

 **b)** Si se analizan las pruebas allegadas a la actuación, se tiene que desde el **segundo pago** al que se comprometió Contact por valor de $162’229.200,oo incumplió, pues según la cláusula 6ª del contrato (fl. 4) debía hacerlo **a los 20 días siguientes** de haber recibido Aga el anticipo, lo que ocurrió el 27 de julio de 2017 (fl. 101), es decir, debió desembolsarse el **16 de agosto siguiente**; sin embargo, ello tan solo tuvo lugar los días **15 y 20 de septiembre** (**casi un mes después**), cuando Contact transfirió a Aga en forma fraccionada $58’119.600,oo y $100’586.834, respectivamente (fl. 104).

 **c)** Según la cláusula 6ª del contrato (fl. 4), el tercer pago debió darse el **4 de septiembre de 2017** (20 días después de la segunda erogación); no obstante, ni ese ni el cuarto estipendio se verificaron, como se verá a espacio.

 **d)** Esas tardanzas en los pagos explican la razón por la que hasta el **2 de octubre de 2017** Aga hizo su primera entrega, consistente en: una “cocineta”, una “sala de entretenimiento”, la zona 1 y los “baños de damas y hombres del costado occidental”, lo que recibió Contact (fl. 47), avance de actividades que hasta ese corte no objetó su representante legal, señora Inés Herley Bohórquez Corredor.

**e)** En la reunión del **10 de octubre de 2017** a la que acudieron los representantes legales (principal y suplente) de Contact, señores Mirza Asif Jalil e Inés Harley Bohórquez Corredor, respectivamente, el representante legal de Aga y Roberto Alonso, arquitecto residente de obra, los primeros no refutaron la afirmación de este último, cuando les expuso lo atinente a la culminación del **100%** de los trabajos preliminares (cerramiento, demolición, desmonte de objetos); pisos, mampostería, muros, *drywall*, instalaciones eléctricas e hidráulicas; lo concerniente a que el tendido del cable culminó con el cableado correcto en un **75%** y el restante lo sería una vez instalados los cubículos que excedieran los **128** disponibles (de los **161** inicialmente convenidos), pero sobretodo, que para poder atender las estaciones adicionales requeridas para supervisores, era indispensable que la demandada se pusiera al día por lo menos con el tercer pago ($162’229.000,oo), para Aga a su vez cancelarle a sus subcontratistas, de suerte que el señor Asif Jalil, si es que en realidad se encontraba inconforme con el avance del proyecto o el trabajo realizado hasta ese momento, no tenía entonces por qué ofrecerse a girar ese monto para el 24 o 25 de octubre de 2017, pero jamás cumplió.

 **f)** Pese a la falta del tercer pago por $162’229.200,oo que, como se dijo, estaba previsto para el **4 de septiembre de 2017**, obra a folios 48 y 49 el acta de entrega de **31 de octubre siguiente** que involucró las restantes **zonas 2 y 3** (superficies de trabajo), baños de damas costado oriental, oficinas del Director, Contabilidad y Recursos Humanos, Sala de Juntas y Recepción, también recibidas por la representante legal de la sociedad demandada, señora Inés Harley Bohórquez Corredor, en la que se precisó que las “**garantías** de los electrodomésticos como televisores, neveras, microondas, serán entregados contra el pago final del contrato y adicionales, así como también hará entrega de los controles de televisores, avance de actividades que hasta ese momento tampoco cuestionó la representante legal de Contact, señora Bohórquez Corredor.

 **g)** Y es que en cuanto a todas las actividades convenidas por Contact (de cerramiento, demolición de pisos, desmontes de muebles, reparación de placa del entrepiso, pañetes, muros en *drywall*, “acabados de pared y piso”, “**instalaciones** hidrosanitarias” y “**eléctricas**”**, “red de cableado estructurado para voz y datos**”, “carpinterías metálica y de madera”, “vidrios”, “puertas”, “pintura”, “accesorios”, “aire acondicionado”, “electrodomésticos” y “gastos”), fue el propio arquitecto Javier Izquierdo Barbosa -quien rindió su informe de auditoría a pedido de la demandada, Contact-, el encargado de relatar que “**prácticamente el 100% de las actividades las realizó**” el demandante (min. 26:45, aud. 21 de agosto de 2019).

Incluso, en cuanto a las “**tomas eléctricas reguladas**”, sostuvo que aunque se “**cotizaron 180**” por cuenta de la demandante, fueron “**400 realmente** [las que] **se instalaron**” (min.50:46); que de “**carpintería metálica lo cotizado fue por $14’000.000,oo, pero**” según su experiencia, “**debió serlo por** [un valor mayor, es decir, por] **$21’000.000,oo**”, es decir, que los supuestos errores matemáticos de Aga fundados en que los precios unitarios cotizados fueron superiores (en **$**13’000.000,oo) al valor comercial para Bogotá, no surgirían relevantes para considerar que ello implicaba un incumplimiento contractual de la demandante, tanto más cuando el mencionado profesional terminó por afirmar que “**el contratista tiene la potestad de colocar los precios que quiera**”; a lo que se suma que nada en el proceso indica que Contact no pudiera ponderar lo cotizado en el presupuesto de 30 de junio de 2017, antes de firmar el contrato de obra del 18 de julio siguiente.

**(iii)** No olvida la Sala que las defensas de la demandada de “contrato no cumplido”, “existencia de incumplimiento de contrato por parte de la sociedad Aga”, “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” y la “*genérica*”, en criterio de la Sala ameritan su análisis conjunto, pues en lo medular, se basan en que el demandante no entregó la obra dentro del plazo acordado, es decir, que no observó el cronograma de la obra; que el **piso** del inmueble se encontró **fisurado** en un 100%, que el cableado eléctrico instalado implicaba un riesgo de incendio y que cableado de “estructurado para voz y datos” no fue UTP de categoría 6.

Puestas así las cosas, ha de resaltarse lo siguiente:

**a)** Como se vio, la demandada principal no demostró haber pagado en los tiempos acordados, sin que pueda obviarse que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora por dejar de cumplir sus obligaciones, mientras el otro no atienda las propias en la manera y en la época previstas (artículo 1609 del C.C.), por lo que la defensa de “contrato no cumplido”, no está llamada a prosperar.

**b)** El profesional Izquierdo Barbosa no descartó que ello solía ocurrir por los asentamientos; en cuanto al cableado eléctrico instalado, la demandada afirmó que ello implicaba un riesgo de incendio, vicisitud que, pese a las diferencias que tuvo con la demandante, descartó el ingeniero eléctrico Jhon Bello Trianaal señalar que si bien el cableado no era de baja emisión de humos y sin **halógenos** (**LSZH**), no había riesgo para el contratante; y en lo tocante al cableado de “estructurado para voz y datos”, adujo la demandada que debía ser UTP categoría **6**, el que al final de cuentas fue el que vino a ser instalado por orientación reiterada del eléctrico Bello Triana, cuando sostuvo que la categoría **6** del cable UTP se instaló con la marca “ANP”, lo que igualmente corroboró el arquitecto Izquierdo Barbosa.

**c)** Aunque el testigo Andrés Hernández Medina, subcontratista a través de su sociedad Innventa Group S.A.S., sostuvo que el señor Guerrero Díaz, representante legal de la demandante principal, no hizo el plano ni el diseño para cumplir con las expectativas de negocio de la contratante en lo que a los muebles se refiere, no puede obviarse que en la audiencia le fue puesto de presente el correo de 4 de agosto de 2017 que le remitió el segundo, con lo que terminó por señalar que la razón de ese correo fue por estar “trabajando en el plano arquitectónico, de acuerdo a la verificación de medidas, así como en la programación de fechas de entrega” (min. 3:09:54), de suerte que no luce verosímil la ausencia de orientación por parte de su contratante Aga.

**d)** En lo tocante a Jhon Bello Triana, si bien precisó que el cable eléctrico no podría tener el certificado Retie por no estar libre de halógenos, la Sala no puede pasar por alto que su versión, al igual que la anterior (quien anunció haber formulado varias acciones administrativas y judiciales en su contra), merecen especial escrutinio, dado el “sufrimiento” que aquél eléctrico dijo en audiencia padecer con Aga ante la imposibilidad de lograr el cobro de lo convenido, impago que en cierta medida no le resulta ajeno a Contact.

**e)** En las dos únicas actas de entrega (de 2 y 31 de octubre de 2017) que obran en el proceso (fls. 46 a 49), el representante legal de la demandante dejó constancia que para corregir “**cualquier servicio**”, era necesario “detallar el origen de los inconvenientes mediante cita concertada entre contratante y contratista, e intervenir los desperfectos que se puedan presentar”, cuyas garantías serían efectuadas por el personal de Aga, so pena de perderse, sin que Contact acreditara requerimiento alguno para solucionar alguna de las deficiencias que en este juicio mencionó.

**f)** Ahora bien, aun cuando para dilucidar las razones que llevaron a Contact a rehusarse al pago de lo que estaba pendiente y, a partir de allí, dilucidar si estaba relevada de **cumplir con lo pactado**,mientras Aga no cumpliera por su parte, o que se allanó a cumplir en la forma y tiempo debidos (artículo 1609 del C.C.), pudo acudir la representante legal de aquélla a la audiencia inicial o la de juzgamiento programadas para el 5 de marzo y 21 de agosto de 2019, pero como así no obró so pretexto de encontrarse en el exterior (sin pedir siquiera la utilización de medios técnicos -artículos 103 y 199 del CGP-), debe asumir las consecuencias de esa conducta procesal conforme al inciso 2°, numeral 2° del citado artículo 372, en concordancia con la confesión presunta que regula el inciso 2° del artículo 205, *ibídem,* para los hechos décimo segundo y décimo cuarto según la demanda reformada, según el cual Aga “se ha allanado a cumplir sus obligaciones contractuales, hasta donde se lo ha permitido su capacidad económica” y con “la entrega en el tiempo estipulado” (fl. 702).

De manera que Aga, pese a la “**omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar”**1, esto es, honrar los dos últimos pagos por **$243’343.800,oo**, contrario a lo que sostuvo la primera instancia, siempre estuvo presto a cumplir.

A propósito de la argumentación del Contact en la pasada audiencia, es verdad que dentro de la autonomía de la voluntad de las partes, éstas pueden fijar el orden en que deben ejecutarse sus obligaciones recíprocas; sin embargo, la excepción de contrato no cumplido solo se abre paso “**en la medida en que la parte excepcionante no se encuentre obligada a cumplir primero con sus obligaciones**, de acuerdo con lo estipulado o con la naturaleza de la convención, punto sobre el que ha dicho la Corte que ‘el principio básico sobre el cual reposa la *exceptio non adimpleti  contractus*, es la equidad. Por consiguiente, para que tenga cabida la excepción de inejecución, se requiere en primer lugar, que exista entre las partes una relación bilateral obligatoria, en la que la parte perseguida sea efectivamente deudora de una prestación emanada de esa relación, y al mismo tiempo acreedora de una contraprestación no efectuada aún por la otra. En segundo lugar, se requiere que el contratante a quien se demanda la ejecución, no se halle forzado por el contrato a satisfacer primero su obligación”. (G.J. Tomo CXLVII, pág. 163)”[[6]](#footnote-6).

Tampoco ofrece discusión que la **culpa** del deudor se encuentra acreditada, tras presumirse en esta materia contractual cuando existe mora[[7]](#footnote-7), al igual que el **daño** que se le generó a Aga por efecto de la infracción contractual y su relación de causalidad, por lo que las defensas de la demandada principal denominadas “contrato no cumplido”, “existencia de incumplimiento de contrato por parte de la sociedad Aga” y “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, tampoco están llamadas a prosperar.

En punto a la “excepción” genérica hace referencia a la facultad oficiosa del juez de acoger alguna excepción de mérito (artículo 282 del CGP), sin que en esta oportunidad la Sala halle acreditada alguna circunstancia que pudiera dar lugar a un pronunciamiento de ese carácter.

En conclusión, a voces del artículo 2056 del Código Civil, hay lugar a que quien encargó la obra y demás actividades (Contact), ha de reembolsar al artífice o constructor (Aga) los costos y el valor del trabajo hecho, todo de acuerdo con los términos contractuales (con exclusión del proyecto de “otrosí”), salvo lo atinente al servicio de vigilancia por $7’600.000,oo, si se tiene en cuenta que el representante legal de Aga, en la reunión del 10 de octubre de 2017, afirmó que ese componente (fl. 59) debía descontársele por no haberse utilizado.

**(iv). La condena.**

Así las cosas, ante la prosperidad parcial de la acción de responsabilidad contractual, impulsada a través de la primera pretensión condenatoria, se reconocerá a la demandante la suma de **$235’743.800,oo**, correspondientes a lo que la demandada dejó de pagar por las actividades acordadas en el contrato de 18 de julio de 2017 ($243’343.800,oo), menos lo previsto por concepto del servicio de vigilancia que no se usó ($7’600.000,oo), junto con los intereses comerciales moratorios liquidados a la tasa máxima permitida de acuerdo con el artículo 884 del C. de Co., a partir del 31 de octubre de 2017 y hasta que se verifique el pago total de la misma.

**2. De la apelación de Contact (demandante en reconvención).**

Como se anticipó, ha de acotarse que el éxito de Contact estaba supeditado a demostrar que atendió o estuvo pronta a atender los compromisos que adquirió, lo cual no aconteció, ante el reconocimiento de que no pagó a plenitud lo acordado por los trabajos a realizar, omisión que no se justifica, so pretexto de que Aga debía acatar unas actividades de manera preliminar, cuando la primera no cumplió con los pagos en el tiempo acordados, mientras que la segunda demostró que siempre estuvo dispuesta a solucionar cualquier defecto advertido.

Aunque Contact Point señaló que el contrato de obra en estudio tiene obligaciones de **resultado**, sin que su opositora le hubiere hecho “entrega a satisfacción” (min. 14:08, aud. 10/03/2020) y que por ello Aga Estudios incumplió, pasa por alto que el objeto de la cláusula primera del aludido convenio en efecto implicó un preciso resultado, el mismo que recibió el 31 de octubre de 2017 su empleada, Inés Harley Bohórquez Corredor, sin que en este asunto se advierta que Contact Point hubiere acudido a la “comisión” acordada para inspeccionar todas las construcciones e instruyera sobre los trabajos de reparación y conservación que dentro de la autonomía de la voluntad consignaron en la cláusula décima tercera de esa convención (fl. 6, cdno. 1), como para inferir la insatisfacción a que hizo alusión la recurrente Contact.

Tampoco Contact explicó la razón por la cual obvió requerir a Aga, si es que en realidad consideraba que debía cumplir con las garantías ofrecidas, máxime cuando, como se dijo, a ninguna audiencia acudió.

 Memórese la “**importancia de que las partes estén presentes en esta etapa procesal, pues** **su inasistencia a la audiencia inicial** o única **del Código General del Proceso**… **no sólo genera las** **consecuencias procesales** y pecuniarias adversas previstas en los numerales 2° y 3° del parágrafo 2° de la norma aludida (numeral 4° del artículo 372…, **sino que** **afectará el ejercicio de la acción sustancial**” Sentencia de 10 de marzo de 2020, exp. 2010-00053-01, SC780-2020. M.P. Ariel Salazar Ramírez; se resalta).

 Por eso no podía concluir el *a quo* que Aga incumplió en su integridad las obligaciones derivadas del contrato de obra civil, concretamente las plasmadas en los literales a), b), c) y e) de la cláusula primera, precisamente ante la ausencia de pago de lo pactado y la no disposición tendiente a solucionar las inconsistencias que se dijeron fueron presentadas en la obra.

En resumen, colige el Tribunal que las pruebas recaudadas en la actuación, lejos de evidenciar los incumplimientos que Contact le endilgó a Aga por la falta de entrega del 100% de la obra objeto de convenio (hecho 5°; fl. 2, cdno. 2), denotan es una constante y generalizada intención de ésta por cumplir con sus obligaciones contractuales, y de allanar el camino para el cumplimiento de los compromisos de su contraparte, conforme lo precisa el artículo 871 del Código de Comercio, a cuyo tenor, los contratos “obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

Lo anterior, sumado a que ninguna de las excepciones invocadas por Contact estaba llamada a prosperar, impone la revocatoria parcial del fallo apelado, para acoger, en lo medular, la demanda principal.

Así las cosas, se revocará parcialmente la sentencia recurrida, pues se confirmará la denegación de la demanda de reconvención; se desestimarán las defensas formuladas por Contact y, en su lugar, se atenderá la demanda principal en cuanto se declarará el incumplimiento del contrato de obra de 18 de julio de 2017 por parte de la referida sociedad, exclusión hecha de la declaración de la existencia de las obligaciones del “otrosí” y, por obvias razones, las pretensiones condenatorias tercera y cuarta; se condenará a Contact a pagar, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, **$235’743.800,oo**, suma que aquélla dejó de erogar por las actividades acordadas en el contrato de 18 de julio de 2017, más los intereses comerciales moratorios liquidados a la tasa máxima permitida, a partir del 31 de octubre de 2017 y hasta la fecha de pago de la aludida suma de capital. Como es de rigor, se condenará a la contratante Contact al pago de las costas judiciales causadas en ambas instancias, de conformidad con el artículo 365 (num. 1º) del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**Primero.** Revocar parcialmente la sentencia de 18 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **(i)** desestimar las excepciones formuladas por Contact Point 360 S.A.S. y **(ii)** declarar que Contact Point 360 S.A.S. incumplió el contrato de obra que las aquí litigantes celebraron el 18 de julio de 2017, y que, por lo mismo, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la notificación de este fallo,deberá pagar a Aga + Estudios S.A.S., la suma de **$235’743.800,oo** correspondiente al dinero que dejó de pagar por las actividades acordadas en el contrato de 18 de julio de 2017, más los intereses comerciales moratorios liquidados a la tasa máxima permitida, a partir del 31 de octubre de 2017 y hasta la fecha de pago de la aludida suma de capital.

**Segundo.** En lo demás se confirma la reseñada sentencia.

**Tercero.** Costas de ambas instancias a cargo de Contact Point 360 S.A.S., las que serán liquidadas por el juez *a quo*. El magistrado sustanciador fija la suma neta de $2’000.000,oo como agencias en derecho, en cuanto concierne a lo actuado ante el Tribunal.

**NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE**

Los Magistrados,

**

**MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

*(Rad. n.° 1100131030030201800034 01)*

**

**GERMÁN VALENZUELA VALBUENA**

*(Rad. n.° 1100131030030201800034 01)*

**ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA**

*(Rad. n.° 1100131030030201800034 01)*

1. Ver folios 701 y ss., cdno. 1, tomo V. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver folio 703, *ib*. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver folio 704, *ib*. [↑](#footnote-ref-3)
4. Según se deduce de la cláusula primera del contrato de 18 de julio de 2018; fl. 92, cdno. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. “el apelante debe formular los cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse, porque aquello que no sea objeto del recurso, no puede ser materia de decisión, salvo las autorizaciones legales necesarias y forzosas (art. 357 del C. de P. C., y 328 del C. G. del P.).” (CSJ, sentencia del 1° de agosto de 2014, expediente SC10223-2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona). [↑](#footnote-ref-5)
6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL, Sentencia de 16 de mayo de 2002, Exp. 6877. M.P. Jorge Santos Ballesteros. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ, Cas. Civ. Sentencia de 3 de agosto de 2012, exp. 11001311030092003-00526-01. [↑](#footnote-ref-7)