



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CIVIL DE DECISIÓN
MAG. PONENTE DR. HOMERO MORA
INSUASTY**

Santiago de Cali, siete (7) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROYECTO APROBADO SEGÚN ACTA No. 017

Proceso: Resolución de contrato
Demandante: FCB Cocinas S.A.S.
Demandado: Constructora Balmoral S.A.S.
Radicación: 76001-31-03-007-2017-00216-01-3427
Asunto: Apelación Sentencia

I. ASUNTO A DECIDIR

Descorridos los traslados de rigor¹, decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente al fallo proferido el 29 de mayo de 2019, por el juzgado Séptimo Civil de este circuito, que desestimó las pretensiones.

II. ANTECEDENTES

El basamento de los pedimentos se reduce en apretada síntesis de la siguiente manera:

Entre la sociedad FBC Cocinas S.A.S. (contratista) y la constructora Balmoral S.A.S. (contratante), celebraron el 26 de octubre de 2015 contrato de *“suministro e instalación del mobiliario de cocina para el edificio Balmoral de Santa Teresita”*, cuyo objeto es que *“el contratista se obliga con el contratante a ejecutar todos los trabajos y demás actividades propias de la obra contratada, con personal calificado y cumpliendo todos los requisitos de seguridad social y seguridad industrial, de conformidad con la cotización del 13 de septiembre de 2015”*.

El plazo inicial convenido fue para *“la fecha en que la obra civil de construcción del edificio, permita el montaje del mobiliario de cocina de cada apartamento”*; no obstante, mediante otro sí del 3 de abril de 2016, se adicionó la cláusula tercera regulatoria de la duración del contrato acordándose que éste fuera de *“7 meses y 4 días calendario, contados a partir de la fecha en que la obra civil de construcción del edificio, permita el montaje del mobiliario de cocina en cada apartamento”* y que en consecuencia *“la entrega final y definitiva de las obras será el día 30 de*

¹ Modificación introducida por el Decreto Legislativo 806 de 2020, artículo 14.

mayo de 2016”, a reglón seguido describe las características técnicas pactadas en cuanto a la calidad de los materiales que componen el mobiliario, la forma de pago, las condiciones que debía reunir la póliza de cumplimiento y buen manejo del anticipo, entre otras estipulaciones de orden accidental.

Alega que el extremo pasivo se apartó de los dictados del negocio jurídico: no habilitó el espacio suficiente para el almacenamiento de todo el material en el sitio de la obra, que por ello decidió importar por partes la mercancía; el 21 de mayo de 2016 impidió el ingreso de los trabajadores del contratista a la obra cuando estos ya habían adelantado las actividades según la logística prevista en la convención en los pisos 2, 3 y parte del 4° y no sobre los pisos superiores en razón a que éstos no contaban con las condiciones apropiadas para la instalación de los equipamientos de conformidad con lo pactado en el contrato; las instalaciones de agua, electricidad y gas, la mayoría no estaban en los puntos donde debían estar, teniéndose por tanto que *“retocar y cortar los muebles y volver armar lo ya instalado”*; no obstante lo anterior, el contratante terminó abrupta y unilateralmente el acuerdo el día 23 de mayo de 2016, sin mediar causal justificadora alguna, que legitimara dicha conducta.

Agrega que por parte de su prohijada, se estaba cumpliendo con las prestaciones que por virtud del contrato reposaban en sus hombros, no ocurriendo lo mismo con la parte demandada, generando con ello daños y perjuicios al dejársele de pagar los saldos adeudados, al retenérsele las herramientas de trabajo y así privándolo de trabajar en otros proyectos, entre otros conceptos.

Por lo anterior, solicita se declare la resolución del negocio jurídico y en consecuencia se acceda a los pedimentos indemnizatorios de raigambre material. El daño emergente por concepto del *“no pago del saldo correspondiente al contrato de suministro”*, en la suma de \$203.296.367; honorarios asumidos para evacuar prueba pericial anticipada, por \$737.717; gastos provisionales en desarrollo de la señalada prueba, en \$250.000; honorarios por asesoría jurídica pagados a la profesional del derecho que funge en esta senda como apoderada, en el monto de \$8.000.000; por lucro cesante, el valor de \$9.692.454, por concepto de la *“desvalorización de la moneda durante el tiempo transcurrido desde la terminación del contrato”*; y por inmateriales, peticona el reconocimiento de perjuicios morales, en la suma de \$73.771.700 de pesos.

LAS EXCEPCIONES:

El polo pasivo esgrimió el medio exceptivo que calificó de *“Estar conforme a derecho la terminación unilateral del contrato de suministro y obra por incumplimiento injustificado del contratista”*, el cual en lo basilar

se enfila a enrostrar que el contratista se sustrajo de guardar honor a sus obligaciones, habida cuenta que no llevó a la obra la totalidad de los materiales requeridos para la entrega a satisfacción del producto, los elementos con que se elaboraban los módulos no eran resistentes al agua, en la elaboración de los mobiliarios existían imperfecciones, diferencias del color y deterioro, circunstancias que llevaron a colegir la imposibilidad del contratista de cumplir a cabalidad y dentro de los tiempos previstos el objeto contratado y en esa medida decidió dar por terminado unilateralmente la relación negocial.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Liminarmente el funcionario judicial de primer grado emprendió el escrutinio de los presupuestos procesales, así como el material atinente a la legitimación en la causa activa y pasiva, mismos que encontró satisfechos, luego elucidó el marco legal y jurisprudencial reglamentario de la acción resolutoria de un vínculo jurídico, valoró y apreció las reglas previstas en el contrato de la mano con el acervo probatorio recaudado, para concluir en primer lugar que se relevaba de pronunciarse sobre la terminación del contrato en la medida en que el mismo ya había sido extinguido y hasta liquidado unilateralmente por la sociedad contratante demandada, y en segundo lugar, negó las demás pretensiones, toda vez que encontró acrisolado que la parte actora se había marginado de cumplir con su débito contractual, por cuanto estando a pocos días del vencimiento del plazo, todavía no había terminado ninguna cocina, tampoco importó todos los materiales necesarios y suficientes para el armado e instalación de los equipamientos de cocina, no evidenció que hubiera procurado comunicar o justificar a la parte contratante los motivos por los cuales no adquirió y nacionalizó dentro de los plazos acordados la mercancía para la confección del mobiliario, circunstancia última que no se logró acreditar hasta antes de dar por terminado unilateralmente el vínculo jurídico.

Sostiene que si bien es verdad la entidad contratante acusaba retrasos en la ejecución de la obra civil de construcción del edificio, afirma que esta circunstancia no imposibilitaba a la parte actora para que se allanara a cumplir con su prestación principal de importar y tener en el sitio todo el material requerido para terminar con las actividades encargadas, pues se probó que a pesar de habersele entregado la totalidad del anticipo, éste no adoptó las acciones apropiadas para efectuar este particular compromiso.

Con soporte en las razones expuestas y de conformidad con la facultad prevista en el canon 282 del CGP, declaró probada de oficio la excepción de contrato no cumplido, y con ello denegó los pedimentos indemnizatorios.

IV. RECURSO DE APELACIÓN Y RÉPLICA

Aduce la censora que el juez de primer grado pasó por alto que la facultad de terminar un contrato es una atribución asignada únicamente a la jurisdicción, que por ello las partes están imposibilitadas de adoptar determinaciones de esta naturaleza de manera unilateral, pues conforme a la preceptiva legislativa contenida en el artículo 1535 sustancial civil, son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga, así tanto cuanto existe ausencia de desistimiento unilateral como causal de extinción de las obligaciones.

De otra parte, sostiene que se incurrió en un desafuero al valorar los elementos de prueba adosados al plenario, habida cuenta que se encuentra acreditado que la parte demandante venía cumpliendo con sus obligaciones contractuales, al paso que la parte contraria no hizo lo propio, generando con ello daños y perjuicios cuya indemnización persigue.

Por su parte, el extremo pasivo de la contención solicita sean desestimados los asertos elevados por la alzadista y se mantenga indemne la decisión de primer nivel, reiterando las razones blandidas al contestar la demanda, entre ellas la de que el contratista demandante incumplió la convención en los términos pactados, específicamente en lo que se refiere al correcto manejo el anticipo, entrega o avance de las obras dentro de los plazos acordados, calidad de los materiales e impericia de los trabajadores contratados por el contratista para la ejecución del objeto contractual. Con sustento en lo anterior, peticona adicionalmente de manera extemporánea amén de heterodoxa, se ordene a la parte demandante el reembolso de lo entregado a título de anticipo.

V. CONSIDERACIONES

1.- Ningún reparo procede respecto de la concurrencia de los presupuestos procesales, además se descarta la existencia de motivos de nulidad que pudiesen enervar la actuación cumplida.

Igual predicamento cabe hacer frente al presupuesto material de la pretensión atinente a la legitimación en la causa activa y pasiva, habida consideración que a la contención han concurrido los contratantes que celebraron el negocio jurídico invocado como fuente de obligaciones.

2.- Delanteramente debe afirmarse que la competencia del superior se encuentra delimitada por los embates formulados por el opugnante frente al fallo de primera instancia, atendido lo cual la Sala deberá dirimir si la entidad convocada obró conforme a derecho cuando decidió terminar unilateralmente el contrato; de no ser así, deberá examinarse si a la

presente contención acuden los presupuestos axiológicos recabados por la ley y la jurisprudencia para el buen suceso de la pretensión resolutoria ensayada.

El nuevo Código General del Proceso establece perentoriamente que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión debatida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el recurrente, para que el superior revoque o reforme la decisión (art. 320), esto es consonante con la previsión del inciso 2° del numeral 3° del artículo 322 de la comentada codificación cuando ordena que la sustentación ante el superior versará solamente sobre los reparos concretos izados frente al fallo de primera instancia, cierra el marco conceptual el artículo 328 ibídem en tanto establece que el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los reparos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos en la ley.

3.- Pues bien, en orden a evacuar el primer problema jurídico, menester es memorar, que los contratos desempeñan la función primaria de reglamentar la satisfacción de las necesidades de quienes lo suscriben y los intereses económicos que ellos pretenden con su celebración; ejercen una función ordenadora de las relaciones sociales, principalmente de orden pecuniario enderezados por la autonomía de la voluntad de las partes, comprometiendo así su conducta futura y determinando sus expectativas, normas convencionales que están destinadas a tener un efecto útil entre quienes concurren a su celebración, respetando claro está los requisitos señalados en la ley.

De otra parte, los contratos o actos jurídicos en general así como muchas cuestiones presentes en el mundo fenomenológico no germinan para permanecer perennes, sobre ello la jurisprudencia y la doctrina patrias al unísono han sostenido que la perpetuidad es atípica y anómala en la ejecución de las alianzas de abolengo jurídico, comporta un elemento extraño e incompatible con el concepto de obligación, y el orden público por restringir la libertad contractual, más cuando el plazo de vigencia del negocio es concertado entre los mismos celebrantes.

Último evento en el cual, por obvias y lógicas razones, el contrato termina normalmente con la expiración del término pactado, no obstante, pueden presentarse casos como el de marras en donde si bien las partes estipularon la duración de la relación jurídica, ésta circunstancia no es una camisa de fuerza para que los contratantes, apegados a la ley, la ética, el ejercicio del derecho de arrepentimiento, la corrección, y en fin, ceñidos a la buena fe, con observancia de la función, utilidad y relatividad de los negocios jurídicos, y en desarrollo de la libertad contractual, dispongan, además de otros instrumentos, la terminación unilateral del acto jurídico que los une

antes de finalizar el plazo estipulado en razón de una causa razonable y plausible, pues sobre el punto no existe en el ordenamiento legal doméstico alguna limitación que establezca este tipo de restricciones.

Descendiendo al caso concreto, las partes ceñidas al principio de autonomía de la voluntad que campea en el derecho privado y la consecuente libertad contractual previeron en la cláusula novena los eventos que podrían dar lugar a la terminación unilateral del negocio jurídico de manera anticipada, determinados así: “a) *muerte o liquidación obligatoria del contratista, o disolución si se trata de sociedad. – b) incumplimiento del contratista de cualquiera de sus obligaciones y – c) el que se ejecuten los trabajos en forma tal, que no garantice razonablemente su terminación oportuna*”.

Ahora bien, llama poderosamente la atención que la parte demandada con absoluto desprecio del clausulado acordado, y marginando una mínima lealtad y buena fe contractuales, no haya blandido ninguno de los eventos previstos para finiquitar el contrato, sino que prevalido de su posición y de facto prohibió el ingreso del personal que laboraba para el contratista, al sitio donde venía desarrollando su trabajo, hechos ocurridos el día 21 de mayo de 2016.

Posteriormente, el 23 de mayo del referido año, y con una conducta que más obedece a una estratagema o seudojustificación (como se verá más adelante), la contratante, por intermedio de Patricia Aldana Mejía, le comunicó al contratista su decisión de terminar unilateralmente el negocio jurídico, bajo su particular y subjetivo criterio soportado en que no se había importado todo el material necesario y suficiente para culminar las labores contratadas y por el hecho que los elementos que componían el mobiliario no cumplían con las características técnicas convenidas.

Fue así como se procedió a levantar acta de liquidación del contrato de la misma fecha, que no aparece suscrito o firmado por la parte demandante, en la cual entre otras cosas se dijo que: “*la ejecución del contrato no se llevó a cabo tal y como se estipuló en los términos del objeto contratado, la parte contratista no cumplió con las obligaciones respectivas, según consta en el informe final de interventoría*”.

A pesar de que a la foliatura no se adosó el mencionado informe final de interventoría, pese a su capital importancia y que fue requerida en audiencia del 26 de enero de 2019, pues en apariencia sirvió de estribo para que el contratante evidenciara los incumplimientos serios y graves en que incurrió el contratista, y de una entidad tal para dar lugar a su terminación unilateral, no puede soslayarse que del examen concienzudo de todo el haz probatorio que gravita en el plenario, no puede arribarse a conclusión distinta que los móviles que condujeron a dar por terminado el vínculo

jurídico por parte del contratante demandado, están destituidos por completo de soporte fáctico y jurídico, como se dejará explicitado a espacio cuando nos ocupemos de la pretensión resolutoria.

4.- De entrada, debemos dejar clarificado que si bien los contratantes rotularon el negocio jurídico como de “*suministro e instalación del mobiliario de cocina para el edificio Balmoral de Santa Teresita*”, lo indubitable es que considerando su clausulado, particularmente sus elementos naturales, deviene manifiesto que estamos en presencia de un contrato típico de obra civil y no como de manera impropia amén de heterodoxa lo calificaron las partes y lo consideró el juez de primera instancia, pues además de pactarse expresamente que el contratista suministraría el mobiliario de las cocinas, también se convino que éste “*...se obliga con el contratante a ejecutar todos los trabajos y demás actividades propias de la obra contratada, con personal calificado y cumpliendo todos los requisitos de seguridad social y seguridad industrial, de conformidad con la cotización del 13 de septiembre de 2015*”.

Debe recordarse que en el ámbito privado², el contrato de obra civil tiene por objeto la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y remuneración³.

Sin perder de vista lo anterior, como toda la controversia orbita en torno a la pretensión resolutoria con indemnización de perjuicios por la presunta infracción a la ley del contrato en la que incurrió el ente moral demandado al terminar prematuramente el negocio jurídico e impedir la ejecución integral de las obras contratadas con la parte demandante, memórese que para el buen suceso de la pretensión de este linaje, además de la presencia de un contrato bilateral válido, exige, que la parte actora haya guardado honor a sus obligaciones, esto es, de que hubiese cumplido o procurado cumplir los compromisos que del respectivo pacto dimanaban para él, al tiempo que es menester que la otra parte, por el contrario, no hubiese atendido los deberes de prestación establecidos a su cargo.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia de vieja data y de manera pacífica, indicando que “*...el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo incontestablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el*

² Bajo la denominación de “*arrendamiento de servicios inmateriales*”, la codificación sustancial en lo civil, a partir del artículo 2064 y siguientes, denota el contrato de obra como aquél acto jurídico por el cual una persona asume para con otra, el compromiso de efectuar un trabajo material determinado, bajo un precio, sin que ello implique una relación de subordinación o de representación, destacando entonces, su carácter de consensual, siendo suficiente para su perfección, el solo acuerdo sobre las condiciones de la construcción y su pago.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre 1999, exp. 10.929.

contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor...”⁴.

4.1.- En el asunto de marras, no abriga dubitación de ninguna especie la existencia y validez del contrato bilateral celebrado, no solo por ser un hecho admitido por ambas partes, sino por la copiosa y unívoca prueba documental adosada al paginario que da cuenta de ello.

4.2.- En relación con la legitimación de la parte demandante para pedir la terminación o resolución del negocio jurídico, precítese que frente al punto el juez de primera instancia consideró que ésta se había apartado de guardar fidelidad a sus encargos contractuales, pues quedó en evidencia dentro del plenario que *ad portas* de expirar el plazo, el contratista aún no había terminado ni siquiera la primera cocina; no había importado todo el material necesario y suficiente para el montaje de las mismas; tampoco se acreditó que la parte actora hubiese comunicado o justificado a su contratante los motivos que condujeron al retraso en su importación, ni se acrisoló que el material requerido había sido adquirido previamente a la terminación unilateral, por lo que si bien conforme al haz probatorio, la sociedad contratante presentaba retrasos en la ejecución del proyecto constructivo, lo irrecusable es que tal circunstancia no era óbice para sostener que la parte actora estuviera imposibilitada o impedida para allanarse al cumplimiento de sus obligaciones, esto es, cumplir su obligación primaria de importar todo el mobiliario, pues fue un hecho probado en el proceso, que pese a habersele entregado todo el anticipo convenido, no se evidenció que el contratista hubiese adelantado las acciones tendientes a satisfacer a plenitud esta prestación.

Contra las anteriores consideraciones, afirma la censora que en el plenario existen suficientes elementos de convicción que dan cuenta que la parte demandante estaba cumpliendo con sus prestaciones en la forma y términos convenidos: se acreditó que el contratista había comprado el material faltante para terminar el objeto del contrato y que si este no estaba en el lugar de la obra, obedecía única y exclusivamente a que la constructora no brindó las condiciones de almacenamiento y bodegaje óptimos para dichos fines, aunado a los atrasos que evidenciaba el proyecto constructivo, sin que pueda pasarse por alto que el contratista contaba con plena autonomía e independencia en la programación de la ejecución de la obra, adicionalmente enfatiza que el mobiliario que se importó desde Barcelona, España, cumple con las características técnicas y las especificaciones de calidad pactadas, lo cual se corrobora con la prueba pericial practicada.

⁴ G. J. Tomo CLIX, págs. 309 y ss.

En este sentido, atendiendo en su precisa dimensión las razones blandidas por el fallador de primer grado, contrastadas con las glosas formuladas por el impugnante frente al fallo, es irrecusable que la disputa gravita en torno a determinar si de la valoración global de las probanzas, se encuentra aquilatado que la parte demandante cumplió o se allanó a cumplir sus compromisos, específicamente en lo que respecta a la importación total del mobiliario de las cocinas y si éste se ajusta a las especificaciones técnicas pactadas, al paso que corresponde establecer si la contraparte, esto es, la contratante guardó apego a sus obligaciones, y en caso de no ser así, decidir si el mismo detenta la virtualidad para allanar el camino de la pretensa resolución contractual.

4.3.- El pacto base del litigio calendado 26 de octubre de 2015 tenía por objeto que *“el contratista se obliga para con el contratante a ejecutar todos los trabajos y demás actividades propias de la obra contratada, con personal calificado y cumpliendo todo los requisitos de seguridad social y seguridad industrial, de conformidad con la cotización del 13 de septiembre de 2015”*, se estableció que la principal obligación a cargo del contratista era la de ejecutar *“la obra de acuerdo con la descripción, planos, especificaciones y cotizaciones previamente aprobadas, que se anexan al presente contrato como parte integral del mismo”*.

En lo que respecta al plazo, inicialmente se estipuló que: *“será la fecha en la que la obra civil de construcción del edificio, permita el montaje del mobiliario de cocina de cada apartamento”*, sujetándose dicho montaje entre otras circunstancias a que: *“2.- los apartamentos deberán estar acabados totalmente en lo referente a obra de albañilería, pintura, electricidad, fontanería y carpintería”*, así como que *“los apartamentos deberán tener instalada la puerta de acceso a los mismos y las llaves deberán estar bajo resguardo del responsable de la obra y éste, controlar quién tiene acceso a cada apartamento. Esta consideración es para evitar los posibles hurtos de material “goloso” que se tiene que instalar, en todos los casos (bisagras y guías especiales) y en casos concretos, complementos y electrodomésticos –lavavajillas -, también para evitar desperfectos provenientes de malas praxis por personal que trabaje en el edificio y que no pertenecen a FCB Cocinas S.A.S”*.

En el numeral 4° de la cláusula tercera se estableció que la logística para el armado e instalación de los equipamientos sería: *“a) A la recepción del material de Barcelona, armado de los armazones (módulos) en el parqueadero. Tiempo previsto 45 días para el armado.”*, luego *“b). - Subida de los módulos armados en cada apartamento para su posterior instalación (cuando ya el apartamento esté totalmente acabado), esto solamente ocurrirá si el apartamento está a punto de acabarse y hay limpieza y espacio suficiente en cualquier parte del apartamento para tal fin. No se contabiliza tiempo habida cuenta que esta actuación se*

*realizaría en paralelo al montaje de los módulos en el parqueadero y por personal distinto (peones) a los montadores y siempre y cuando, **si el avance de la obra lo permite**”, una vez finalizado el armado de los módulos “c).- se armarán, también en el parqueadero, los cajones (280 unidades – mínimo), estos permanecerán en el parqueadero hasta que cada unidad de cocina esté totalmente acabada y el acceso a los apartamentos en cuestión, restringido a personas ajenas a FCB Cocinas S.A.S.”, seguidamente se precisa que “d).- No se acabarán de montar los equipamientos hasta que no se hayan colocado las piedras de los mesones (aprox. 6 por semana) y no estén... instaladas las pocetas, lavavajillas (en los casos referidos) y electrodomésticos. **Si hubiera algún retraso en alguno de estos proveedores de Constructora Balmoral S.A.S., este no será imputable a FCB Cocinas S.A.S.**”, y finalmente, “e). - Cuando todo este colocado en su sitio, se colocarán los cajones y complementos donde corresponda y se colgarán las puertas, dando así por finalizado el montaje completo del equipamiento”.*

Los tiempos estipulados para la ejecución de las actividades señaladas fueron: “1) fabricación y flete hasta la obra 60 días, si no ocurren imprevistos; retrasos de salida del barco del puerto de Barcelona, retrasos en aduanas, averías del barco, etc. Estos retrasos no serán imputables a FCB Cocinas S.A.S., 2) montaje de módulos en parqueadero 45 días, 3) montaje de equipamientos en las cocinas (sin puertas y cajones) 1,5 días por equipamiento, 4) colocación de puertas, cajones y complementarios 4 horas por equipamiento”.

Respecto a la forma de pago del precio, se acordó la entrega de un anticipo por valor de trescientos millones de pesos, mediante un primer desembolso de ciento veinte millones pagaderos el 6 de noviembre de 2015 y el segundo “a los 30 días después para gastos de nacionalización de la mercancía, cuando llegue el material para la instalación a la obra” (sic), y el saldo restante, esto es, doscientos tres millones doscientos noventa y seis mil trescientos sesenta y siete pesos, se pagarían mediante actas parciales de avance quincenal.

En la cláusula sexta se hace referencia expresa a que el contratista para la ejecución del trabajo encomendado actuaría por su cuenta y riesgo, con absoluta autonomía sin mediar ningún grado de subordinación laboral, comprometiéndose a realizar el proyecto con sus propios medios y bajo su entera responsabilidad.

Empero, mediante otro sí Nro. 1 adiado 3 de abril de 2016, con ocasión del “cambio de especificaciones y las nuevas actividades para ejecutar”, se convino “adicionar” a la cláusula tercera la siguiente construcción gramatical que no deja de encerrar una confusión y una contradicción misma: “el término de duración del presente contrato es de 7 meses y 4

días calendario, contados a partir de la fecha en que la obra civil de construcción del edificio, permita el montaje del mobiliario de cocina de cada apartamento”, que en consecuencia de lo anterior, “la entrega final y definitiva de las obras será el día 30 de mayo de 2016” (negrillas adrede).

Es claro, entonces, que las partes reglamentaron cuál iba ser el objeto contractual, el precio y su forma de pago, las características y especificaciones generales y particulares que debía reunir el material para la fabricación e instalación de las cocinas, los tiempos previstos para su ejecución y los condicionamientos para su cómputo, la independencia y autonomía del contratista frente a su contratante para el desarrollo de sus actividades, los eventos que habilitarían al contratante para terminar de manera unilateral el acto jurídico, entre otros enunciados contingentes.

Resulta oportuno memorar que las obligaciones que vinculan a las partes celebrantes de un contrato, son precisamente las que en él se pacten y se comprometan voluntariamente a cumplir, pues es la muestra inequívoca del inveterado e invariable principio de la autonomía de la voluntad de las partes, convenio que una vez celebrado *“es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, sin perjuicio de los elementos que se entienden pertenecerle teniéndose en cuenta la naturaleza del contrato (Art. 1501 C.C.).

Bajo este contexto, las partes que conforman un negocio jurídico, por regla de principio, están únicamente sometidos a cumplir y satisfacer las prestaciones a las cuales se comprometen guardar fidelidad, esto para significar que de la revisión detallada y minuciosa de la convención, de la mano con los elementos de persuasión que militan en el expediente, no luce ni por asomo que el contratista aquí demandante se hubiese sustraído de cumplir los débitos prestacionales que el fallador *a quo* echó de menos, y que fueron los presuntos móviles acogidos por la parte demandada para validar y legitimar su decisión de aniquilar precozmente la convención, como pasa a explicarse:

Obsérvese que en cuanto a la presunta obligación de importar de tajo todo el material para el número de cocinas requeridas, el compromiso asumido por la sociedad FCB Cocinas S.A.S., con independencia de las características y especificaciones de calidad que debía reunir éste, descansa en la cláusula cuarta, particularmente en lo que respecta a que la segunda entrega del anticipo estaba destinada *“para gastos de nacionalización de la mercancía”*, nada más.

En la comentada cláusula se dispuso que *“se entregará un anticipo por valor de trescientos millones de pesos... de la siguiente forma: ciento veinte millones... el día 6 de noviembre de 2015 y la diferencia de ciento ochenta*

millones... 30 días después que serán utilizados para gastos de nacionalización de la mercancía, cuando llegue el material para la instalación a la obra”.

Del análisis de la mentada disposición, así como de las restantes estipulaciones contractuales, luce coruscante que el contratista contaba con la autonomía e independencia para programar la ejecución de sus actividades, y en ese sentido, era él quien determinaría cuándo debía llevar al lugar de la obra el material faltante (elementos complementarios) teniendo en cuenta el avance de la obra civil de construcción, pues no puede ignorarse que desde la celebración del contrato, la marcha de la instalación del mobiliario estaba supeditada al avance de la obra civil de construcción, por lo que si bien se pactó un plazo final y definitivo para el 30 de mayo de 2016, según la modificación de la cláusula tercera efectuada mediante otro sí del 3 de abril del mismo año, la verdad es que este término fatal estaba destinado a caer en el vacío ante los retrasos significativos que presentaba la obra civil de construcción que tornaba imposible, por obvias razones, la ejecución de las actividades que estaban a cargo del contratista, pues de la evolución y progresión de la primera dependía la segunda.

No debe marginarse que en aplicación de las reglas de hermenéutica de los contratos (arts. 1618 al 1624 sustanciales civiles) los enunciados convencionales deben interpretarse de manera sistemática, dándosele a cada una de las cláusulas el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad, y en esa línea, es palmario que de conformidad con las disposiciones contenidas en el acuerdo de voluntades, el contratista gozaba de plena autonomía e independencia para programar la ejecución del objeto contractual, entre otras actividades, la de importar total o en partes el material requerido para cumplir con las prestaciones que estaban a su cargo, pues únicamente el compromiso asumido acorde con la referida cláusula cuarta, era la de invertir el anticipo en la compra y nacionalización de la mercancía, sin que esta conducta estuviera sometida a ningún plazo.

Resáltese que la principal obligación asumida por el contratista, contrario a lo considerado por el funcionario de instancia no era precisamente el suministro del material sino la fabricación, armado e instalación de los equipamientos de cocina “*de acuerdo con la descripción, planos, especificaciones y cotizaciones previamente aprobadas*”; por tanto, si la ejecución de las actividades contractuales estaban proyectadas a ser desarrolladas en ciclos o esclusas, como emerge a las claras de la lectura del numeral 4° de la cláusula tercera, resulta nítido además de obvio que hasta antes de que el contratante adoptara la decisión de impedir el ingreso de los trabajadores del contratista demandante a la obra, ninguna cocina aún estuviera terminada, pues los cajones y complementos serían instalados al finalizar el armazón y estructura de los equipamientos, actividades que el

contratista había adelantado hasta el piso 4° según lo informado en la experticia rendida por el arquitecto Álvaro Roldán Chaparro.

Es un hecho confesado y por tanto indiscutido que la sociedad demandada no permitió el ingreso de los trabajadores de la parte demandante el 21 de mayo de 2016 para que estos continuaran con el armado e instalación de los módulos de las cocinas, sin blandir en aquella oportunidad ninguna causal que habilitara la extinción unilateral, que solo se adujo con posterioridad y con un argumento bastante ambiguo y etéreo como deleznable.

Desde el acto inaugural del proceso, versión que ha permanecido lineal conforme con la declaración del señor Felipe Carrillo Blanchar, representante legal del ente moral demandante, la razón medular para no importar todo el material requerido para la culminación del proyecto en un único viaje radica en que el espacio dispuesto por la constructora para el acopio de los materiales no era suficiente, sumado a que existían motivos técnicos y de seguridad que hacían recomendable llevar a la obra los elementos restantes una vez armados y montados los módulos, no antes.

Lo anterior encuentra respaldo en lo atestiguado por los señores Henry Alfonso Rojas Buchely y Luis Alberto Bejarano Angarita, ebanistas y con experiencia en el desarrollo de estas labores por aproximadamente 30 y 35 años, respectivamente, quienes trabajaron para la parte demandante en el transporte, armado e instalación de los mobiliarios, y sostuvieron en primer lugar, que los elementos y la cantidad de material que llegó a la obra era suficiente para realizar el armado e instalación de la estructura de los equipamientos de cocina y los cajones para todos los apartamentos⁵, y en segundo lugar, que el espacio dispuesto por la constructora para el bodegaje del material no reunía las condiciones apropiadas para almacenar la mercancía, pues el espacio era muy reducido para estas precisas labores, existían contaminaciones derivadas de las actividades de construcción, que incluso en días de lluvia, el agua ingresaba y alcanzaba a humedecerlo, material último que era separado y no se utilizaba en el armado.

De este modo, de la correcta inteligencia y entendimiento de las circunstancias fácticas y jurídicas que se estaban presentando en el *iter* contractual, específicamente en que no existía obligación expresa que impusiera al contratista tener todo el material requerido en sitio, la autonomía e independencia con la que éste contaba para adelantar las actividades encomendadas, y las condiciones adversas o inapropiadas para almacenar la mercancía, amén de los retrasos en la ejecución de la construcción del edificio por parte de la empresa demandada, deja entrever

⁵ Audiencia acumulada (3hr:2min), el testigo Luis Armando Bejarano Angarita, sostiene que con la primera carga llegó el material suficiente para comenzar a ensamblar, y en igual sentido, el señor Henry Alfonso Rojas Buchely (3hr:52min).

que las razones aducidas por el contratista para no tener en el lugar de la obra todos los elementos que componen los equipamientos de cocina lucen no solo razonables sino también atendibles, lo que deslegitima la decisión de la entidad demandada de terminar la convención por este presunto incumplimiento, que por lo visto, es inexistente amén de infundado, desprovisto por completo de basamento fáctico y legal, alejado absolutamente de la realidad y de los verdaderos compromisos asumidos por la parte demandante: no se incumple lo que no se ha prometido, siendo ello la máxima expresión del principio de la autonomía de la voluntad de las partes y del efecto relativo de los contratos.

Es inobjetable que, si bien en principio la duración de la convención estuvo supeditada a que el avance de la obra civil permitiera la instalación de los mobiliarios de cocina, no puede pasarse por alto que esta situación mutó mediante la suscripción del otro sí del 3 de abril de 2016, para establecerse un plazo, fatal como todo plazo, hasta el 30 de mayo del mismo año.

No obstante, surge un serio interrogante ¿si la obra civil de construcción de los apartamentos exhibía retrasos importantes según la programación de obra, ¿cómo hacía el contratista para la instalación física del mobiliario contratado y menos dentro de un plazo que a primera vista luce irreal? La respuesta cae de su propio peso.

Sobre los retrasos que presentaba la obra de construcción milita dentro del legajo abundante prueba, entre otros las actas de comité que gravitan a folios 517 a 547 del Cdno. Ppal.

Mírese el acápite de comentarios del acta Nro. 70 del 3 de febrero de 2016, donde se dispuso que: *“la obra con la programación entregada el 7 de diciembre de 2015 y con fecha de terminación programada para el 7 de mayo de 2016, a la fecha de corte (2 de febrero de 2016) presenta un porcentaje ejecutado del 63% y un porcentaje programado del 71% y **30 días de atraso en la ruta crítica**; de cuerdo a la ejecución de la obra, la fecha de terminación proyectada es el 16 de junio de 2016... sin embargo (sugiere el interventor de la obra) que si no se agiliza el repello de fachadas el cual le da pista a la instalación de ventanas y por **ende a la finalización de los acabados al interior de los apartamentos, esta fecha podría ser más tardía**”.*

Igualmente, en el acta Nro. 72 del 24 de febrero de 2016, se dejó consignado en el apartado de comentario que *“la obra con programación entregada el 7 de diciembre de 2015 y con fecha de terminación programada para el 7 de mayo de 2016, a la fecha de corte (23 de febrero de 2016) presenta un porcentaje ejecutado del 67% y un porcentaje programado de 79% y **cuarenta y seis (46) días de atraso en la ruta***

crítica; de acuerdo a la ejecución de la obra, la fecha de terminación proyectada es el 6 de julio de 2016”.

Demoras y retrasos injustificados que presentaba la obra de construcción de las cuales dio cuenta el gerente de la firma interventora, que al tenor de la misiva obrante a folio 480, sostuvo que *“el proyecto ha entrado en una etapa en la que no presenta un avance adecuado por los motivos conocidos por todos, pero en los que tenemos injerencia nosotros como interventores de construcción, no encontramos eco por parte del constructor, a raíz de su falta de gestión, en lo que respecta a la programación y a una adecuada secuencia constructiva...”*, que pese a ser el objeto de la interventoría controlar la ejecución de las actividades de obra, en los tiempo estimados y en las sumas presupuestas, *“en este caso por causas ajenas a nosotros este objetivo no se esta cumpliendo y consideramos que es un costo innecesario para el proyecto”* (Negrillas Sala).

Entonces, si la ejecución de la obra civil mostraba retrasos según dan constancia las actas de comité de obra y en criterio de la interventoría contratada, es un imposible lógico y físico que el contratista terminara dentro del plazo definido en el otro sí del 3 de abril de 2016, esto es, el 30 de mayo de 2016, pues conforme a la última acta de comité de obra Nro. 72 con corte del 23 de febrero de 2016, el atraso de la obra era tal que la fecha de terminación del edificio estaba proyectada para el 6 de julio de 2016, data que tampoco se cumplió si en cuenta se tiene la grabación magnetofónica de los apartamentos tomadas el 25 de octubre de 2016 (fl. 324) la cual se aprecia como prueba documental (arts. 243 S.s. CGP) y se presume su autenticidad, que deja ver con bastante notoriedad que hasta la señalada calenda no se había terminado ni entregado en su mayoría, las unidades de vivienda a los propietarios por parte de la constructora Balmoral S.A.S.

Remárquese que, entre los compromisos asumidos por la entidad demandada estaba que los apartamentos antes de comenzarse con el montaje e instalación de los módulos debían estar *“acabados totalmente”* así como que los mismos deberían tener instalada la puerta de acceso para evitar posibles hurtos, prestaciones que por lo documentado y conforme a la prueba testimonial lucen notoria y francamente incumplidas.

No debe soslayarse lo dicho por el perito Álvaro Roldán Chaparro, arquitecto de profesión, quien según las condiciones del contrato y la visita que realizó al lugar de la obra, indicó en lo relevante que en la bodega del sótano sí se evidencia y constata la existencia de muebles armados, ensamblados y otros embalados en protector plástico, que por el volumen existente de estos paquetes existía el material suficiente para el armado e instalación de las estructuras de los equipamientos de cocina para el

número de apartamentos contratados, mismo del cual se evidenció que habían sido instalados en las unidades de vivienda que conforman los pisos 2, 3 y 4, aspectos que le permitieron colegir *“que el contratista sí cumplió el objeto del contrato, al cumplir con la instalación de lo que se pudo ejecutar, al estar cada apartamento en condiciones básicas para su respectiva instalación”*, empero *“los demás muebles o las partes de su armado y ensamblaje, se encuentran en la bodega y no fueron armados o ensamblados, porque los apartamentos no se encontraban en las condiciones óptimas para su instalación”*⁶ (Negrillas Tribunal).

En esa misma línea, respecto a las especificaciones generales y especiales pactadas de los materiales, la perito designada por el despacho cognoscente, Lauren Güiza Mera, quien ostenta la profesión de ingeniería civil, sostuvo sin hesitación que la mercancía que inspeccionó y examinó se encuentra acorde con lo convenido entre las partes, específicamente a las descripciones detalladas en la cotización del 13 de septiembre de 2015, con base en el cual se pactaron las calidades y características que debían reunir los elementos que componen los mobiliarios.

Por todo lo anterior, refulge patente para la Sala que el contratista demandante se encontraba cumpliendo con sus obligaciones contractuales y se evidenció de la valoración conjunta del acervo probatorio que también se allanó a cumplir con las prestaciones que estaban pendientes de ejecutar, particularmente en lo que respecta a la importación de los componentes de las cocinas faltantes (complementarios).

La sociedad FBC Cocinas S.A., importó y llevó al sitio de la obra el material necesario y suficiente para adelantar las labores de armado de los módulos, luego comenzó con el armado y montaje de las estructuras de las cocinas en los respectivos apartamentos hasta donde el avance de la obra civil de construcción permitía. Para el 19 de abril de 2016 tenía confirmado con el proveedor Transformad el pedido de los materiales faltantes (complementarios) para ser importados desde Barcelona – España⁷; en fin, el contratista estaba ejecutando las actividades de conformidad con la metodología y logística previstas en la convención, y en ese sentido, si bien es cierto los contratantes habilitaron para terminar anticipadamente el negocio jurídico, no lo es menos que teniéndose en cuenta lo señalado en precedencia, que en esta causa no concurre ninguna de las causales

⁶ Fls. 381 al 390 del Cdno. Ppal. Probanza que fue recolectada como prueba extraprocésal por el juzgado Trece Civil del Circuito de esta Ciudad, no obstante, lo verdadero es que la misma reviste la calidad de ser una prueba pericial aportada conforme a las previsiones legislativas contenidas en el canon 227 del CGP cuyo tenor establece que “La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas...”. En esta causa no se solicitó por la contraparte la comparecencia del perito a la audiencia, como tampoco fue citado por el juez, por tanto, las afirmaciones contenidas en el escrito de la experticia tienen plena validez y eficacia demostrativa al haber sido regular y oportunamente allegada al proceso, respetándose el debido proceso y el ejercicio del derecho de contradicción.

⁷ Fls. 97 a 104 del Cdno. Ppal.

previstas convencionalmente que justifique de manera razonable la decisión adoptada por la sociedad demandada que tuvo como soporte un incumplimiento inexistente, que por demás fue intempestivo y en principio por la vías de hecho.

Vista así las cosas, como se dejó sentado a espacio, la parte demandante venía cumpliendo con sus prestaciones en los términos acordados en la convención, no ocurriendo lo mismo con la parte demandada, pues según se evidenció, sobre aquella recaía la obligación fundamental de adelantar los trabajos de construcción del edificio para que luego el contratista tuviera las condiciones idóneas para la instalación y acabado de los mobiliarios de cocina, prestación de la cual se sustrajo, pues de la reconstrucción histórica realizada a partir de las pruebas recolectadas, ni siquiera se advierte que haya procurado aumentar el rendimiento de las actividades de ingeniería civil para así dar paso a la ejecución de los trabajos subsiguientes para el acabado de las unidades de vivienda, particularmente y en lo que nos interesa a la instalación de los equipamientos contratados.

La decisión intempestiva y arbitraria de impedir que los trabajadores del contratista ingresaran a la obra además de constituir una conducta reprochable al imponerse la posición de dominancia sin justificación alguna frente al otro, comporta una clara infracción a la ley de contrato y al principio de la buena fe contractual.

No puede pasarse inadvertido que la realización de las actividades pendientes de ejecutar en los tiempos de ahora ya son inútiles al fin práctico y económico perseguido por las partes en la convención, en la medida que la misma parte demandada confesó al descorrer el traslado del pliego genitor de manera lapidaria a sus intereses que *“la obra de fabricación e instalación de las cocinas del edificio Balmoral de Santa Teresita al final tuvo que ser llevado a cabo por Ideauno S.A.S.”*, además de mostrarse razonable el interés para la resolución del contrato.

Como el único medio exceptivo descansa sobre los mismos supuestos de hecho examinados enantes, que valga decir, fundamentado en los presuntos incumplimientos en los que incurrió el contratista que luego de contrastados con los medios de prueba que militan son irreales e imaginarios, como se dejó analizado en párrafos anteriores, el medio defensivo está destinado al fracaso, y con ello la infundada petición de reembolso del anticipo, que además de carecer de soporte fáctico y jurídico, luce abiertamente extemporáneo amén de antitécnico, pues no fue un reclamo enarbolado al descorrerse el traslado de la demanda y menos aún estimado bajo juramento (art. 97 CGP), por obvias y elementales razones, motivos que impiden su reconocimiento.

De este modo, atendidas las particulares contingencias que rodearon la negociación, que el demandante estaba legitimado para impetrar la resolución contractual, que había cumplido las prestaciones a su cargo y correlativamente el demandado contratante incumplió parte de las suyas, y además de existir un vínculo jurídico bilateral válido, es dable colegir que se encuentran reunidos a plenitud los presupuestos axiológicos recabados por la ley y la jurisprudencia patrias para predicar que hubo un incumplimiento resolutorio.

No puede ignorarse que la terminación unilateral y anticipada del negocio se erige como una razón más y trascendente para sostener que fue ese actuar de la parte demandada el detonante inequívoco que conllevó a que las prestaciones convenidas no pudieran llevarse a buen término, pues si bien esta conducta o posibilidad de aniquilar o fraguar los efectos emanados de la convención por la parte contratante antes de vencerse el plazo fue acordada entre los contratantes bajo el imperio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, como ya se indicó en precedencia, en este litigio no se avizora, al menos probatoriamente, que hubiese concurrido alguna causal de las señaladas en el acuerdo de voluntades que permitiera adoptar esa determinación aniquiladora y significativa en las resultas del negocio jurídico, lo que comportó en la práctica la imposibilidad del contratista de ingresar al lugar de la obra y de contera continuar ejecutando sus prestaciones en la forma y términos convenidos en la alianza bajo escrutinio.

5.- Para abundar en razones y difuminar cualquier resquicio de duda, se impone decir que el representante legal del ente moral demandado se negó de manera injustificada a responder sobre los hechos que debía conocer en razón de sus funciones y facultades y que guardan estrecha relación con el convenio fuente de las pretensiones, lo cual al tenor de la preceptiva legislativa contenida en el artículo 205 de la actual codificación procesal civil, comporta una verdadera confesión ficta frente a los *“hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda”*. Como una razón más para reafirmar que se encuentran aquilatados los elementos indispensables para el éxito de la pretensión resolutoria.

6.- Como efecto subsiguiente a lo dicho en precedencia, establece el precepto 1546 del Código Civil que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria para el caso de incumplimiento por uno de los contratantes y entrega al arbitrio del contratante cumplido la posibilidad de pedir la resolución o cumplimiento de la obligación, en ambos casos con indemnización de perjuicios, últimos que deben aparecer irrefragablemente acrisolados, en tanto únicamente se reconoce el daño cierto y concreto y no el meramente hipotético o eventual, carga probatoria que recae en línea de principio y por regla general en cabeza de la parte demandante.

La parte actora en ejercicio de su derecho dispositivo adoptó la postura de acogerse a la primera de las señaladas posibilidades otorgadas por el ordenamiento sustancial civil, y como consecuencia de ello y en asunción de la carga de demostrar el daño patrimonial causado por la conducta incumplida del extremo demandado, procedió a estimar bajo juramento los perjuicios conforme lo dispone el canon 206 del CGP.

Establece la citada preceptiva en lo relevante al caso que *“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de los conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo...”*.

Este requisito del juramento estimatorio, cuando fuere necesario, ha sido instituido como requisito de la demanda y su ausencia da lugar a su inadmisión, cual lo contempla el artículo 90, numeral 6°. Así mismo, cuando el demandado persiga el reconocimiento de daños y perjuicios de igual linaje deberá estimarlos bajo juramento en la respectiva contestación y la falta de este impedirá que sea considerada la específica reclamación, a menos que dentro de los 5 días siguientes al requerimiento hecho por el juez, subsane tal omisión, según claro texto del inciso 2° del artículo 97 del CGP.

La jurisprudencia constitucional ha considerado que los requerimientos relacionados con los requisitos de la demanda y su contestación son cargas procesales que puede determinar dentro de su amplia libertad de configuración el legislativo, siempre que respete los principios y valores constitucionales, garantice los derechos fundamentales y obre de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Se agrega que en este específico punto del juramento estimatorio se asegura la efectividad y eficiencia de la actividad procesal, y que está fundado en la buena fe, en la lealtad procesal y en la solidaridad de las partes con la administración de justicia, especialmente en materia probatoria, por lo cual le ha impartido aprobación al encontrar que no vulnera el debido proceso, ni el derecho de defensa ni impide el acceso a la administración de justicia.

De este modo, la parte demandante solicitó bajo juramento el reconocimiento de los daños materiales así: daño emergente, en la suma de \$203.296.367 de pesos que corresponde al saldo pendiente de pagarse de conformidad con el precio pactado; \$737.717 pesos por concepto de honorarios del perito dentro de la prueba anticipada adelantada por el Juzgado Trece Civil del Circuito de esta ciudad; \$250.000 pesos por gastos provisionales que fueron fijados por la agencia judicial señalada para la práctica de la experticia; \$8.000.000 de pesos que tuvo que sufragar por honorarios de asesoría jurídica; por concepto de lucro cesante, el monto de

\$9.692.454 de pesos por la desvalorización (sic) del capital adeudado desde la terminación unilateral hasta la fecha de presentación de la demanda; y por daños morales, pretende se le reconozca lo equivalente a 100 SMLMV.

6.1.- Establece el precepto 1614 del Código Civil que “*entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación...*”.

El daño emergente, en líneas generales, está compuesto por los gastos en los que haya tenido que incurrir la víctima o se prevea con meridiana certeza que en el futuro tiene que incurrir en ellos, como consecuencia del hecho dañoso, o en la pérdida, deterioro o destrucción de un bien que antes del suceso figuraba en su patrimonio o en este caso, por el incumplimiento de un negocio jurídico.

Por su parte, el lucro cesante, se configura cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la persona que se vio afectada por el hecho gestor del daño indemnizable.

Frente al primero, es claro para la Sala que la parte actora al estimar este particular perjuicio incursiona en una confusión conceptual insalvable y que impacta directamente en su buen suceso, pues explícitamente peticiona el reconocimiento de este respecto con apoyatura en el “*no pago del saldo correspondiente al contrato de suministro...*”, lo cual desdibuja el concepto mismo de daño emergente, que en estrictez jurídica corresponde a las erogaciones en las que incurrió la víctima con ocasión del incumplimiento contractual: ninguno otro. Aspecto que sin lugar a duda frustra que se acceda al mismo en aras de no socavar las bases del debido proceso, los derechos de contradicción y defensa además con la finalidad de no afectar la congruencia de la decisión, en tanto es la parte demandante la que determina bajo el principio dispositivo el alcance de sus pedimentos.

Circunstancia que se refuerza si en cuenta se tiene que este mismo extremo procesal confesó en el hecho 13 y fue reafirmado por su representante legal cuando se le interrogó al respecto, que no había adquirido la totalidad del material requerido para cumplir integralmente con el objeto del contrato, y como es apenas elemental y obvio, por la imposibilidad de completar todas las actividades del negocio jurídico, tampoco incurrió en los gastos que se desprenderían de aquel como sería el pago de honorarios y/o salarios de trabajadores, insumos faltantes (complementarios y puertas),

desembolsos por importación, por decir sólo algunos de los costos directos o indirectos.

Nótese que conforme con la objeción efectuada por la Compañía Suramericana de Seguros S.A., a la reclamación presentada por la Constructora Balmoral S.A.S., específicamente por el “*amparo de buen manejo, correcta inversión del anticipo...*”, la cual obra a folios⁸, y de la cual se acoge la parte actora para fundamentar el cumplimiento de sus prestaciones, se deja constancia que luego de examinarse toda la documentación soporte allegada por la sociedad FBC Cocinas S.A.S. para justificar la inversión del anticipo, indicó que “*partidas verificadas cuentan con sus debidos soportes contables y detalles que fueron corroborados uno a uno para evidenciar que se consideren necesarios para dar cumplimiento al objeto contractual*”, en el cual se avaluaron los conceptos derivados por la “*compra materia prima en el exterior, pagos Dian declaraciones de importación, gastos de bodega, almacenaje, transporte, compra de accesorios varios y tiquetes, pagos seguridad social, pagos nomina*”, en la suma de \$214.907.329 de los \$300.000.000 dados como anticipo.

Vista las cosas en su genuino y prístino contexto, no remite a dudas que la parte aquí demandante no incurrió en un gasto superior a lo que le fue entregado por concepto de anticipo para el cumplimiento del objeto contractual o eso es lo que muestra la realidad probatoria, y en esa medida no existe razón plausible y menos razonable que conlleve a reconocer por concepto de daño emergente rubro alguno, pues, reitérese, no se demostró que la parte demandante contratista hubiese incurrido en un gasto superior al valor que se le entregó a título de anticipo para que de esa manera se vea estructurado este tipo de daño material.

A riesgo de fatigar, insístase que si el daño emergente corresponde dados los ribetes y perfiles de esta controversia a las sumas de dinero que emanan del patrimonio del contratante cumplido para atender las consecuencias de los efectos directos que significó el incumplimiento convencional del otro, es insoslayable que en este caso si aquella recibió un anticipo de 300 millones de los cuales justificó que gastó la suma de \$214.907.329, aunado al hecho que no terminó la obra, no luce razonable y menos atendible que hubiese estimado dicho daño en la cifra que sospechosa y confusamente coincide con el saldo fijado en el contrato.

Adicionalmente, es irrecusable que en estricto rigor jurídico dicha estimación por el comentado concepto, no corresponde a lo que legal, jurisprudencial y doctrinariamente es catalogado como daño emergente como así lo reconoce implícitamente la actora al peticionar este rubro por la diferencia que hace falta de entregársele en relación con el precio

⁸ Fls. 572 al 593 del Cdno. Ppal.

convenido, incurriendo así la apoderada de la parte demandante en una confusión mayúscula sobre estas aristas vitales para el éxito de sus pretensiones, de lo que deviene que deba negarse su reconocimiento.

6.2.- Concerniente a la segunda tipología de daño patrimonial peticionado, esto es, el lucro cesante, destáquese que este es la utilidad o provecho económico dejado de percibir por el contratista por la inejecución sin culpa del objeto contractual.

Así, es indisputable que la parte actora vuelve a perder el norte al peticionar por este aspecto el monto de \$9.692.454 de pesos, que correspondería a la desvalorización del capital adeudado desde la terminación unilateral hasta la fecha de presentación de la demanda, pues en estricto derecho, la actualización del capital jamás comporta lucro cesante en ninguna de sus dos modalidades (pasado y futuro), lo que deja entrever que la parte demandante desatiende la carga de estimarlo como lo reclama y exige el citado canon 206 del CGP, discriminando cada uno de sus conceptos, lo que apareja ineludiblemente su denegación, como consecuencia jurídica propia al desdeñarse el cumplimiento de la comentada carga procesal.

El lucro cesante, conforme a su precisa definición legal, refiere a *“la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”*; por su parte, la actualización o indexación ya directa ora indirecta, en palabras del Tribunal de cierre de esta jurisdicción, *“constituye el ajuste de su valor para contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda”*⁹, en tanto que *“la indexación del dinero obedece a razones de equidad... por lo que no tiene carácter sancionatorio”*¹⁰.

En este sentido, no debe ni puede confundirse o trastocarse el concepto de lucro cesante con la actualización o indexación de las obligaciones dinerarias, dado que esta última no puede constituir jamás y lejos está de ser lucro cesante, pues corresponde al mismo valor de la obligación dineraria solo que traída a tiempo presente, o actualizada para mejor entendimiento (no involucra ningún lucro, rendimiento o renta).

6.3.- De esta manera, no puede obviarse que la parte demandante en ejercicio de su derecho dispositivo cuando formula y confecciona la demanda confina el marco fáctico (causa petendi) y las pretensiones que penden de él en un mismo acto procesal, se habla desde la doctrina y jurisprudencia patrias que éste episodio inaugural del proceso comporta un proyecto de sentencia y acota el objeto litigioso, pues únicamente el debate jurídico y probatorio debe girar sobre estas precisas y concretas aristas en

⁹ CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de agosto de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

¹⁰ C.S.J. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de agosto de 2018. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

aras de mantener indemne la congruencia del fallo, no estándole dado al juez entrar a realizar estudio alguno sobre hechos que no le fueron entregados por las partes, ni reconocer pretensiones por fuera de las pedidas.

Lo anterior es la muestra clara e inequívoca del principio axiomático de la congruencia contenido en el artículo 281 del CGP que a letra establece que *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las oportunidades que este código contempla... No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta...”*.

De este modo, el juez debe exclusivamente responder al clamor y designio entregado por las partes, no siéndole jurídicamente posible entrar en discusiones que no fueron elevadas por los sujetos procesales como tampoco realizar reconocimientos que no fueron correctamente deprecados a riesgo de hacer del fallo incongruente, habida consideración que ambas figuras, esto es, lucro cesante y actualización o indexación, como se dejó visto, detentan una naturaleza, un origen legal y una finalidad diferente, por lo que no pueden confundirse.

6.4.- Hoy es lugar común afirmar que el Legislador, dentro de su amplia potestad de configuración, con respeto de los límites de razonabilidad y proporcionalidad, y de los principios y valores constitucionales, ha dispuesto que la omisión o falta de juramento estimatorio impide que sea considerada la respectiva reclamación, lo cual es obvio no solo debe aplicarse a la parte demandada, sino que en tributo a la igualdad procesal y a un mínimo de coherencia y sensatez deberá extenderse también al demandante, atendiendo aquél principio general de derecho que preconiza, donde hay la misma razón debe haber la misma disposición.

En este orden de cosas, como el extremo activo se sustrajo voluntaria y deliberadamente de cumplir la mencionada carga procesal que pesaba sobre sus hombros, esto es, estimar bajo juramento, discriminando esta clase de perjuicio material, asignándole su verdadero y exacto concepto, éste debe soportar la principal consecuencia de su desatención, cual no es otra que la desestimación de sus pretensiones, toda vez que esta estimación, no autoritaria ni caprichosa, sino razonada y fundadamente se erige como una carga procesal que gravita en hombros de quien persigue el pago de una indemnización, compensación o de frutos o mejoras, cuya inobservancia acarrea consecuencias de suyo funestas.

Ciertamente, tiene precisado la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal constitucional, en torno del juramento estimatorio, su neural importancia, las consecuencias derivadas de su omisión que:

*“Si la carga de la prueba no se satisface por el obrar descuidado, negligente y ligero de la parte sobre la cual recae, valga decir, por su obrar culpable, al punto de que en el proceso no se logra establecer ni la existencia ni la cuantía de los perjuicios, aunque sea posible que sí hayan existido en la realidad, de esta situación deben seguirse consecuencias para la parte responsable. La principal consecuencia es la negación de sus pretensiones, con lo [que] ello lleva aparejado ...”.*¹¹

En esa línea argumentativa, la parte que desatienda la carga procesal de estimar bajo juramento los perjuicios cumpliendo con la debida técnica procesal, discriminando cada uno de sus conceptos, apareja la consecuencia ineludible de la negación de sus pretensiones, por cuanto, éste, el juramento estimatorio, como se dejó dicho en líneas atrás, más que un requisito de la demanda para la correcta formación del proceso, más que un medio de prueba, es una carga procesal que debe agotar la parte interesada para el cabal éxito de sus pretensiones; en el asunto de marras, el reconocimiento de una indemnización.

No escapa a la realidad jurídica que las cargas procesales, entre las cuales se encuentra la de presentar juramento estimatorio cuando se pretenda el reconocimiento de una indemnización, implican la necesidad en que se colocan las partes de cumplir determinadas actividades para propiciar su propio éxito en el proceso, pero como no se puede pedir su cumplimiento de manera coactiva, sino que es eminentemente voluntaria o potestativa, resulta claro que su incumplimiento debe generar consecuencias adversas.

Es inconcuso, entonces, que la pretensión concernida al reconocimiento tanto del daño emergente como del lucro cesante invocadas por la parte actora desatiende los perentorios términos señalados en la ley, esto es la estimación razonada y la discriminación de cada uno de los conceptos, obviamente con bases atendibles o fundadas, lo que de contera impide que sea considerada, como acontece con las reclamaciones del demandado cuando incurra en la misma desatención, esto es, ausencia de juramento estimatorio (art. 97, inciso 2, CGP).

6.5.- Para abundar en razones comporta evocar que en línea de principio se ha sostenido inveteradamente que la irrogación del daño como razón de ser y límite de la responsabilidad debe aparecer demostrado irrecusablemente en todos sus aspectos (naturaleza, existencia, extensión, cuantía) en tanto que sólo es indemnizable el perjuicio resultante de la culpa del agente. Además, se acota que el daño debe ser directo, cierto, real y no meramente contingente o eventual, ya que no es resarcible el puramente hipotético.

¹¹ H. Corte Constitucional. Sentencia C- 157 de 2013

Muestra de lo anterior son los siguientes pasajes de uno de los fallos de nuestro Tribunal de Casación, en tanto sostiene:

“Memórase que el daño, por antonomasia, es el elemento, o mejor aún, el factor de atribución de responsabilidad civil de mayor entidad y, de suyo, vigente en esta específica disciplina, como quiera que se erige en su más diáfano e indiscutido presupuesto genético, no importa la corriente, el sistema o la tesis dogmática imperantes (...)

“En este orden de ideas, ha precisado recientemente la Corte que el daño, mutatis mutandis, es “la columna vertebral de la responsabilidad civil, en concreto de la obligación resarcitoria a cargo de su agente (victimario), sin el cual, de consiguiente, resulta vano, a fuer de impreciso y también hasta especulativo, hablar de reparación, de resarcimiento o de indemnización de perjuicios, ora en la esfera contractual, ora en la extracontractual, habida cuenta de que ‘Si no hay perjuicio’, como lo puntualiza la doctrina especializada, ‘..no hay responsabilidad civil’^{12[2]} (...).

Desde el punto de vista procesal, el daño deberá probarse dentro de la actuación en forma certera, inequívoca, o irrefragable, teniendo en cuenta que de conformidad a nuestro ordenamiento procesal, el mismo no se presume; ahora bien, dicha demostración del daño la asume la parte demandante, pues sobre el punto no existe, repetimos, ninguna presunción, ni menos puede suponerse tal causación, ni es suficiente que se limite a su afirmación o simple enunciación; así prosigue la jurisprudencia en comento, señalando sobre este aspecto:

“En consecuencia, si con motivo de una controversia judicial, no se acredita cabal y fehacientemente la floración del aludido elemento prototípico, “presupuesto ontológico de la responsabilidad con alcances decisivos en su funcionamiento” (Sent. Cas. de abril 30 de 1968), conocido -en el argot corriente y en el jurídico- como daño, no se podrá conminar a su reparación, justamente por sustracción de materia, en sentido lato^{13[3]} (...)

“No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del

^{12[2]} Philippe le Tourneau, La Responsabilité Civile, Dalloz, 1.982, París, p. 156. En sentido muy similar, el doctrinante español Jaime Santos Briz, recuerda que, “..no puede hablarse de responsabilidad contractual ni extracontractual si no se ha causado un daño a alguien”. La Responsabilidad Civil, Montecorvo, Madrid, 1.981, p. 123.

^{13[3]} Desde esta análoga perspectiva -ya esbozada en líneas que anteceden-, tienen razón los hermanos Henri y León Mazzeaud, al acotar que, si “...se trata de reparar, hace falta desde luego que exista algo que reparar”. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, E.J.E.A, Buenos Aires, 1.977, T. I, Vol. I, p. 293. Cfme: José de Aguiar Dias, Tratado de la Responsabilidad Civil, Edit: José M. Cajica, México, 1.996, Vol. II, p. 352.

eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia (v. gr.: intereses moratorios). Por ello es por lo que las afirmaciones del actor, ayunas de real y eficiente soporte, son sólo una prédica que, por respetable que sea, se inscribe en el vacío probatorio, con las secuelas que irremediablemente ello supone: el fracaso de su pretensión indemnizatoria. (...)

“Sobre este particular ha señalado la jurisprudencia de la Sala, “repetiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración” (LVIII, pág. 113)”

Estas exigencias suben de punto en esta litis, habida consideración que gravitan serias y graves incertidumbres que no pudieron disiparse, por las particularidades que encierra el caso. De manera breve precisa recordar que la contratante hizo entrega del 60% del valor de la obra contratada, y está documentalmente establecido que no se invirtió todo ese avance para los fines perseguidos; no se tiene conocimiento qué tanto estaba avanzada la obra ni a cuánto ascendía su valor, para la posible estimación de un eventual daño emergente; no se tiene ningún referente y menos un medio de convicción que nos hable del margen de utilidad líquida que arrojaría la satisfacción de la obra, que atañe al lucro cesante, en estrictez, con el agravante que no toda ejecución contractual en últimas arroja utilidad neta para el contratista, como lo enseña la experiencia. Por todo ello, si bien esta agencia dispuso de oficio un dictamen pericial en orden a acopiar mayores elementos de juicio, es lo cierto que no se pudo lograr su práctica, pese a los requerimientos; la abulia probatoria de la demandante sobre el punto es lapidaria.

Bajo este contexto es claro que el resultado adverso de las pretensiones indemnizatorias obedece única y exclusivamente al comportamiento incurioso de la mandataria judicial de la parte actora y su palmaria y

ostensible confusión de los conceptos en sus diferentes clases y tipos de daños, motivo por el cual debe soportar sus nefastas consecuencias, amén que no procuró aportar material probatorio conducente, pertinente y útil para su verificación y demostración irrecusable, pues, es principio general del derecho que nadie pueda sacar provecho de su propia culpa (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).¹⁴

6.6.- Correspondiente al reconocimiento de daño moral, memórese que en la presente causa quien acude por activa es una persona jurídica, por tanto, vista y apreciada esta clase de perjuicio extrapatrimonial como “*la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, ‘que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo’ (sentencia de 13 de mayo de 2008), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, desolación, impotencia u otros signos expresivos*”, que se concretan “*en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso*”. (Sentencia de Casación Civil de 18 de septiembre de 2009. Exp.: 2005-406-01), es lo cierto y atendiendo las reglas de la lógica y la misma experiencia, que al ser los entes societarios personas ficticias desprovistas por ende de sentimientos que no pueden verse afectadas en su esfera subjetiva, íntima o interna, que son lesiones que no le son propias y que se repele a su concepto mismo, improcedente se torna su reconocimiento.

Es verdad que las personas jurídicas pueden padecer daños extrapatrimoniales a causa de la infracción de la ley del contrato como así lo tiene decantado la jurisprudencia tanto foránea como doméstica, no obstante, esta clase de daño hace referencia a la afectación al buen nombre, al honor o la reputación, aspectos últimos que en estrictez no fueron peticionados por la parte demandante, y menos aún emprendió conato probatorio alguno, como era apenas obvio.

Por lo visto, no se accederá al presunto resarcimiento del daño moral deprecado en la demanda.

6.7. En lo atañadero al reconocimiento de honorarios y gastos varios en los que tuvo que incurrir presuntamente la parte actora para la recolección de la prueba pericial y en la asesoría jurídica para la defensa de sus intereses en este juicio, es claro para este cuerpo Colegiado que las costas son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y por tanto obtuvo decisión desfavorable y comprende, además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho que deben ser una razonable compensación económica por la gestión profesional realizada,

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia T-1231 de 2008, Mag. Pte. Dr. Mauricio González Cuervo.

que descarta excesos o defectos repugnantes a los principios de justicia y equidad, y solo habrá lugar a ellas cuando en el expediente aparezca comprobada su causación.

Las costas en estricto rigor legal están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. Conforme los numerales 2° y 3° del artículo 365 del C. G. P., la condena en costas se hará en la sentencia o el auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella, las agencias en derecho son de la parte vencedora y se fijan en compensación por lo que haya podido gastar como honorarios de su procurador, se itera, liquidación en la cual se incluye el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia y los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena.

Sobre el punto, la Corte Constitucional, ha sostenido que a “*diferencia de los honorarios profesionales, las agencias en derecho, reguladas en el artículo 393 del CPC [ahora 365 y 366 del CGP], consisten en el reconocimiento que el juez hace a la parte vencedora en el proceso en relación con los gastos de apoderamiento ...*”¹⁵.

Si dentro de la condena en costas se encuentran incluidos los gastos de apoderamiento, como también los demás rubros asumidos por la parte triunfante en el litigio para la defensa de sus derechos, ningún valor adicional en justicia y equidad debe reconocerse a favor de este extremo, pues proceder en contrario, como lo pide el demandante, implicaría un doble reconocimiento y pago por un mismo concepto, cuando se sabe que la finalidad última del proceso es la reparación del daño y nada más que el daño, y en este sentido, al condenarse a favor de la parte vencedora las agencias en derecho, en ese quantum se entienden incorporados o inmersos los rubros de los que ya se hizo mención líneas atrás.

7.- Ante la revocatoria de la sentencia fustigada se dispondrá condena en costas en ambas instancias en contra de la parte demandada en favor de la parte recurrente (Nral. 4° del Artículo 365 del C. G. P).

En mérito de lo expuesto, esta Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO: Revocar la sentencia recurrida.

¹⁵ Corte Constitucional sentencia T – 1112 de 2.003.

SEGUNDO: Declarar no probada la excepción de mérito denominada “*Estar conforme a derecho la terminación unilateral del contrato de suministro y obra por incumplimiento injustificado del contratista*”, por las razones que se dejaron expuestas en la parte considerativa.

TERCERO: Declarar resuelto el contrato de “suministro e instalación del mobiliario de cocina para el edificio Balmoral de Santa Teresita” celebrado entre la Constructora Balmoral S.A.S., como contratante, y la sociedad FCB Cocinas S.A.S., como contratista, el 26 de octubre de 2015, por incumplimiento de la demandada de las prestaciones que estaban a su cargo, con fundamento en las razones de orden fáctico y jurídico que se dejaron expresadas.

CUARTO: Negar las pretensiones de naturaleza patrimonial e inmaterial por lo considerado en la parte expositiva.

QUINTO: Condenar a la parte demandada al pago de las costas de ambas instancias. Inclúyase en la liquidación la suma de \$3.000.000 por concepto de agencias en derecho en esta instancia.

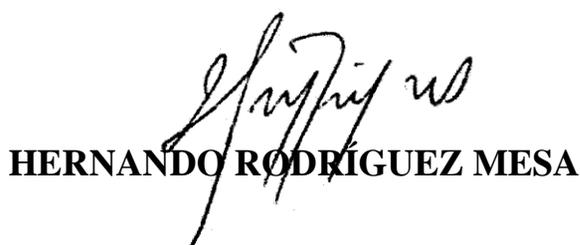
SEXTO: Devolver el expediente a la oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



HOMERO MORA INSUASTY



HERNANDO RODRÍGUEZ MESA



CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ