

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

Sala Civil Familia

Ponente Jaime Londoño Salazar
Bogotá D.C., cuatro de febrero de dos mil veintidós
Referencia: 25286-31-03-001-2019-00640-01
(Discutido y aprobado en sala de decisión de 14 de octubre de 2021)

Con arreglo al procedimiento dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, se decide la apelación interpuesta contra la sentencia de 25 de marzo 2021 dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Funza, en el proceso declarativo que promovió Estructuras JB & CIA SAS contra Tractocarga Ltda.

ANTECEDENTES

1. En la demanda se pidió declarar la existencia del contrato de obra civil suscrito entre las partes el 1° de marzo de 2015, que se decrete que la parte demandada lo *"incumplió"* y de contera pague: \$208.310.947 a título de cláusula penal, \$104.155.473 por concepto de rete-garantía y \$182.738.700 equivalentes a las obras adicionales efectuadas.

Como fundamento de tales súplicas, en lo fundamental, se indicaron los siguientes hechos:

Tractocarga Ltda y Estructuras JB & CIA SAS el 1° de marzo de 2015 suscribieron un contrato de obra por cuantía -definitiva- de \$2.083.109.469.88, negocio que la primera entidad signó como contratante y la segunda como contratista, cuyo objeto fue el *“diseño, construcción, montaje y mano de obra de los edificios del Proyecto Tractocarga Ltda ubicado sobre la vía Bogotá-Facatativá Los Alpes. Municipio de Madrid entre los kms 10 + 252 al 10 + 620”*.

Dicho pacto se modificó ocho veces para extender el plazo de cumplimiento de las obras encomendadas; el último otro sí que modificó la fecha de cumplimiento del encargo contractual dispuso expresamente que *“el plazo para la entrega de los trabajos queda estipulado en 23 meses y 24 días, contados a partir de la firma del contrato”*, es decir, para el *“24 de marzo de 2017”*.

Según la demanda, Tractocarga Ltda -contratante- mediante documento fechado el 29 de noviembre de 2017 terminó unilateralmente el convenio de obra descrito, esto, con base en su cláusula 9°, según la cual, puede aniquilarse ese arreglo cuando *“el contratista incumpla sus obligaciones contractuales en un grado tal que ponga en peligro los compromisos adquiridos por el contratante, el cual se presumirá cuando se presente un retraso o inejecución igual o superior al veinte por ciento (20%) de las actividades programadas en el cronograma de obra”*.

Tractocarga Ltda estribó dicha terminación precisando que la parte demandante solo cumplió en un 62% el convenio suscrito, en consideración a que con posterioridad a la fecha en que debían entregarse las obras definitivas señaló los siguientes porcentajes de incumplimiento: *"a. Edificios administrativos 1 y 2: 6%, b. Taller 12%. C. Bodegas 20%"*.

La sede accionante -contratista- admitió que no enalteció a cabalidad el encargo contractual descrito, empero, que su porcentaje de incumplimiento circundó sobre el 9.2% de inejecución de las obras prometidas y no sobre la comisión advertida por la parte demandada -38%- , y de contera, en su criterio, el arreglo no podía terminarse unilateralmente porque, a la luz de su convención 9°, solo puede clausurarse cuando exista *"un retraso o inejecución igual o superior al veinte por ciento (20%) de las actividades programadas en el cronograma de obra"*.

2. El auto admisorio se dictó el 23 de julio de 2019, providencia se notificó a la sociedad convocada, la cual se opuso invocando las excepciones que denominó *"incumplimiento del plazo de entrega del 100% de la obra... contrato no cumplido por la activa... compensación de deudas"*.

Fundamentó esa oposición detallando que estaba autorizada para finalizar unilateralmente el negocio, ya que, de acuerdo con la cláusula 9° del contrato primigenio y el otro sí No 8 signado para extender el plazo de cumplimiento *"cualquier*

porcentaje de incumplimiento, para la fecha de terminación o vencimiento del plazo, da lugar al pago de la pena, por la no entrega total de la obra". Y reseñó que "la demandante aún adeuda... por cláusula penal la suma de \$86.141.879... esta suma deberá ser compensada, en caso de que en la sentencia resultare alguna cifra o condena en contra de la parte demandada".

3. La sociedad accionante, se opuso a dichas excepciones expresando que *"en el otro sí No 8 del contrato ningún punto se cambia o modifica el porcentaje de incumplimiento establecido en la cláusula novena... el cual es del 20%... por lo que la parte demandada no puede ahora cambiar las condiciones pactadas..., argumentando que la demandante incumplió el contrato, al no entregar la obra en un 100%".*

4. *La sentencia.* Prohijó la defensa propuesta y de contera declaró probadas las excepciones formuladas con condena en costas a cargo de la sede convocante, fijando como agencias en derecho \$25.000.000.

El enjuiciador desató el litigio con estribo en la labor interpretativa que cumplió sobre las convenciones del contrato de obra citado, así como en el otro sí No 8 que alteró por última vez la fecha de entrega del encargo contractual dispuesto; conceptuó que la exegesis de ese clausulado permite concluir que los contratantes inicialmente concertaron, dentro de la cláusula 9°, que podían aniquilarlo unilateralmente en presencia de *"un retraso o inejecución*

igual o superior al veinte por ciento (20%) de las actividades programadas en el cronograma de obra”, empero, en su sentir, esa comisión de inejecución, prevista como causal de terminación, solo aplicaba en vigencia del plazo previsto para enaltecer el negocio.

Aludió que la labor hermenéutica cumplida asimismo permitió divisar que luego de vencida la última fecha de cumplimiento del ajuste, aquella finalización unilateral podía declararse con soporte en cualquier nivel de inobservancia de las obras concertadas, ello, atendiendo a que en el otro sí No.8 se pactó que el contrato debía cumplirse a cabalidad el 24 de marzo de 2017.

En esas condiciones, consideró que la parte demandada (contratante) podía aniquilar el negocio luego de expirado el plazo final de cumplimiento, en consideración a que cuando se superó esa fecha aún no se había enaltecido el pacto en un 100% y, además, dijo que ese incumplimiento lo admitió la sociedad demandante (contratista), en consideración a que reconocido que su porcentaje de inobservancia contractual circundó sobre el **9.2%** de inejecución de las obras prometidas y no sobre la comisión advertida por su contraparte -38%-.

4. *La apelación.* Provino de la sociedad convocante, entidad que -en lo sustancial- manifestó que el fallador efectuó una interpretación equivocada de las convenciones del acuerdo citado, esto, atendiendo a que ninguno de los otrosí signados modificaron la convención 9° del pacto inicial, a través de la cual, se dispuso que la

contratación podía finalizarse cuando *“el contratista incumpla sus obligaciones contractuales en un grado tal que ponga en peligro los compromisos adquiridos por el contratante, el cual se presumirá cuando se presente un retraso o inejecución igual o superior al veinte por ciento (20%) de las actividades programadas en el cronograma de obra”* y, en consecuencia, en su opinión, *“la parte demandada - contratante- al momento o fecha de terminación del contrato, no le asistía el derecho de darlo por terminado, argumentando que a esa fecha marzo 24 de 2017, el contratista había incumplido con más del 20% de la totalidad de las cantidades contratadas... lo anterior se afirma, toda vez que matemáticamente se probó... que al momento de la terminación del contrato, el contratista únicamente le faltaba por ejecutar el 9.2% de lo contratado”*.

Reseñó que en ninguna de las convenciones autorizaban clausurar de modo unilateral el negocio y que esa finalización ha debido estar precedida de una reunión de los contratantes; detalló que el proceder de su contraparte es de mala fe comoquiera que luego de expirado el plazo de cumplimiento contractual permitió que siguiese efectuando las obras; aludió que en la primera instancia no se evaluaron los insumos probatorios acopiados, entre ellos, el informe final de interventoría de la Empresa Pintunal, el cual devela, entre otras cosas, que la obra se encontraba en condiciones adecuadas y que *“se encontraron algunos defectos en pintura, los cuales no son atribuibles al contratista, lo que prueba que la obra si fue terminada por el contratista en su totalidad”*.

Pidió que la segunda instancia se desate con miramiento en el artículo 1618 del Código Civil, precepto que consagra que debe prevalecer la intención de los contratantes, *"lo que nos lleva a concluir que la intención de la parte demandada era dejar terminar los trabajos por parte del contratista con el propósito de beneficiarse económicamente aplicando injustamente después de más de 8 meses las cláusulas de un contrato que debió hacer valer en su momento";* y agregó que *"otro punto que no tuvo en cuenta la primera instancia fue que la parte demandada reconoce que hubo obras adicionales, cuando afirma que no las ha cancelado (sic) ni reconocido... pero esa manifestación no quiere decir que no se hayan ejecutado por parte del contratista y por lo mismo no quiere decir que la demandada no tenga la obligación de reconocerlas"*.

5. En el traslado concedido por este tribunal, la entidad accionante replicó sus inconformidades.

CONSIDERACIONES

Son claros los dictados de la Sala de Casación Civil en indicar que la interpretación de los negocios jurídicos que autoriza el artículo 1618 del Código Civil, es necesaria no solamente respecto a cláusulas oscuras, imprecisas o ambiguas, *"sino también en presencia de estipulaciones claras o diáfanas (in claris non fit interpretatio) y aún frente a la claridad del lenguaje utilizado, cuando las partes, una o ambas, le atribuyen un significado divergente, no siendo admisible al hermeneuta restringirse al sentido natural u obvio de las palabras, a*

la interpretación gramatical o exegética, al escrito del acto dispositivo documental o documentado por claro que sea el tenor literal del contrato... ni encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato...”, (énfasis fuera del texto, SC 3 de junio de 1946, LX, 656).

De donde se sigue que el juzgador no está confinado al sentido literal del pacto, sea en su contexto general o en el específico de cada palabra, toda vez que ante el hallazgo de interpretaciones divergentes de los contratantes debe verificarse su sentido genuino, a partir de un abordaje que exige evaluar la génesis del contrato, su validez de cara a la legislación imperante, sus efectos jurídicos, así como la conducta previa y ulterior de las partes, es decir, el fallador debe acometer un estudio sistemático e integral de los clausulados para poder otorgarles *“a cada uno el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”,* conforme lo dispone el artículo 1622 del Código Civil.

Lo anterior significa que la claridad de las convenciones no exceptúa al enjuiciador de investigar su verdadero sentido ante el hallazgo de exegesis contractuales incompatibles; tal entendimiento no ofrece resistencia, pues de ello ha dado cuenta la jurisprudencia especializada: *“de esta forma, cuando [hay] diversos significados prevalece el sentido racional coherente con la función práctica o económica de los intereses dispositivos... entre los contratantes debe prevalecer la voluntad real sobre la declarada... y... “es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual”, -SC 7 de febrero de 2011-.*

Para otorgar claridad a la temática, es importante memorar que la sociedad demandante pretende que se declare la existencia del contrato de obra civil que, en condición de contratista, suscribió el 1° de marzo de 2015 con la entidad demandada que actuó como contratante, negocio que tuvo como propósito el "*diseño, construcción, montaje y mano de obra de los edificios del Proyecto Tractocarga Ltda ubicado sobre la vía Bogotá-Facatativá Los Alpes. Municipio de Madrid entre los kms 10 + 252 al 10 + 620*", reclamación judicial que asimismo involucró el pago de condenas dinerarias y se fundó en que el ente convocado aparentemente término unilateralmente y sin justa causa ese pacto.

La médula de la problemática exige interpretar las cláusulas del negocio aludido que tienen que ver con su plazo de cumplimiento, esto, con miramiento en los postulados jurisprudenciales descritos; son así las cosas porque la entidad accionante guarneció su teoría bajo la egida de que ese ajuste solo puede terminarse con soporte en "*un retraso o inejecución igual o superior al veinte por ciento (20%) de las actividades programadas en el cronograma de obra*", conforme lo dispone la cláusula 9° del convenio, mientras que la sede accionada equipó su defensa aludiendo que bien podía aniquilar esa contratación con sustento en cualquier incumplimiento, tesis que, en su criterio, encuentra estribo a partir de una lectura sistemática de aquella convención 9ª y de los ocho otrosí firmados que ampliaron el plazo de entrega de las construcciones.

Lo anterior es señal de que los contratantes interpretan de modo diferente la estipulación 9ª del ajuste, de donde se sigue que hay una pugna respecto a cuál es el grado de incumplimiento contractual que autoriza finalizarlo de modo unilateral, tensión de criterios que la empresa recurrente insistió en su alzada en la medida en la que dijo que no es cierto que aquél acuerdo resultó alterado con los otrosí rubricados para ampliar la fecha de entrega de las obras, de donde viene que esa diferencia de discernimientos exige interpretar el contrato, labor hermenéutica que, se repite, procede no solamente respecto a cláusulas oscuras, imprecisas o ambiguas, "*sino también en presencia de estipulaciones claras o diáfanas (in claris non fit interpretatio) y aún frente a la claridad del lenguaje utilizado, cuando las partes, una o ambas, le atribuyen un significado divergente...*", (énfasis fuera del texto, SC 3 de junio de 1946, LX, 656).

Desde una mirada apresurada y no sistemática del contrato podría conceptuarse que el contratante únicamente puede aniquilarlo en presencia de un retraso igual o superior al 20% de las construcciones prometidas, pues de ese modo lo gobierna su cláusula 9ª, al reseñar que puede finalizarse cuando "*el contratista incumpla sus obligaciones contractuales en un grado tal que ponga en peligro los compromisos adquiridos por el contratante, el cual se presumirá cuando se presente un retraso o inejecución igual o superior al veinte por ciento (20%) de las actividades programadas en el cronograma de obra*".

Empero, las cosas no pueden ser de ese talante comoquiera que la evaluación integral de los clausulados que rigen la negociación y que se encuentran compendiados, tanto en el acuerdo primigenio como en los ocho otrosí que ampliaron la fecha de entrega de las obras, develan que los términos en que se edificó la terminación unilateral de ese pacto resultaron manifiestamente modificados, esto, como producto de los constantes retrasos del contratista que a la postre desencadenaron en una espiral de ampliaciones del término definitivo de terminación de las construcciones.

Y es que si se mira la redacción inicial del contrato puede colegirse que la primera intención de los intervinientes fue que el negocio se cumpliera en un término no superior a los ocho meses siguientes a su celebración, pues así lo estipularon en su convención 2°, posición que evidentemente los motivó a establecer una cláusula de terminación unilateral precisa y bien definida, la cual de inicio solo podía activarse ante el "*retraso o inejecución igual o superior al veinte por ciento (20%) de las actividades programadas en el cronograma de obra*".

Pero acontece que aquella convención 9° resultó alterada como secuela de los repetidos retrasos del contratista que a la postre impidieron enaltecerlo en el tiempo concertado en el contrato base, escenario que conllevó a que la época definitiva de entrega de las obras se modificará en ocho ocasiones, lo que naturalmente desencadenó en la variación parcial del contrato, específicamente de

aquella convención 9° que inicialmente gobernó los porcentajes de incumplimiento que podían habilitar la finalización unilateral de la negociación signada el 1° de marzo de 2015.

Y es que ello tiene sentido en el hecho de que los intervinientes en lugar de finalizar el negocio en vista de los iterativos retardos constructivos, prefirieron inclinarse en prolongar en seguidos acuerdos la entrega de las edificaciones, de donde se sigue que si los contratantes en el transcurso de la relación suscribieron aquellos otrosí con el específico propósito de lograr **el efectivo y total** cumplimiento del encargo contractual, es apenas lógico que el clausulado que consagra la terminación unilateral no podía activarse en virtud de un grado de incumplimiento específico, sino en presencia de cualquier retraso constructivo.

Esa intelección encuentra cabal sustento en el otrosí número 8 del contrato; son así las cosas porque los contratantes en aquel instrumento concertaron un último plazo definitivo de 23 meses y 24 días calendario *“para la entrega total de diseños, fabricación y montaje estructura metálica de edificio administrativo, serviteca, taller y 2 bodegas”* y, además, porque puntualizaron que *“las modificaciones que por medio de este otro sí No. 8 se efectúan, se hacen extensivas a aquellas cláusulas del contrato original que le sean contrarias”*.

Lo anterior por cuanto las partes mediante aquel otrosí alteraron la convención inicial que gobernó la terminación unilateral, pues si se inclinaron por reiterar por última vez una fecha definitiva de presentación de las edificaciones faltantes, es elemental que su incumplimiento derivaría en la posibilidad de aniquilar el convenio, máxime cuando en ese documento aludieron que no solamente alteraban la fecha de entrega de las edificaciones, sino que también "*aquellas cláusulas del contrato original que le sean contrarias*", entre las cuales evidentemente está la convención 9ª del acuerdo original que estableció los porcentajes de inobservancia contractual que habilitaban clausurar el convenio, pues ese clausulado encuentra roce con los anhelos postreros y reiterados de los contratantes, concernientes a que la contratación se cumpliera de modo definitivo y no escalonada, panorama que a las claras, se insiste, resultó en la posibilidad de aniquilar el negocio con acopio en cualquier infracción.

En esas condiciones, la labor interpretativa de las estipulaciones contractuales del negocio y de los otrosí que lo involucraron, permite concluir que el contratista podía finalizar unilateralmente la contratación con base en cualquier porcentaje de incumplimiento de las actividades programadas; exégesis que a la postre debe prohijarse no solamente porque concuerda con la valoración sistemática y probatoria efectuada en esta instancia, sino además porque es la que más se ajusta al contexto que gobernó el contrato, si se tiene que el contratante no podía quedar confinado a

perpetuidad en un negocio que en ocho plazos fue modificado por motivo de los retrasos del contratista, de ahí que podía fundar su terminación unilateral con estribo en cualquier contravención contractual.

De donde viene que la solución de esta problemática encuentra solución no más con lo dicho en la demanda y en la apelación, en consideración a que la parte demandante -contratista- confesó que incumplió el convenio y que esa infracción circundó sobre el **9.2%** de inejecución de las obras, inobservancia que *per se* habilitaba al contratante a clausurar la contratación, si se tiene que esa finalización podía hallar estribo en cualquier contravención contractual, tanto más cuando en el negocio no se especificó que su terminación debía consultarse primero al contratista o que debía estar precedida de una interventoría o consultoría, de donde se sigue que si el ente societario accionante fue la parte que no enalteció el pacto, es apenas lógico que no puede activar esta demanda para lograr el cumplimiento de las pretensiones del escrito inicial.

Sin perjuicio de lo anterior y, en gracia de discusión de que el contrato civil solo pudiese terminarse con fundamento en "*un retraso o inejecución igual o superior al veinte por ciento (20%) de las actividades programadas en el cronograma de obra*", conforme quedó inicialmente estipulado en la convención 9ª del convenio original, hay que decir que la sociedad convocante no logró certificar

de modo fidedigno que su grado de incumplimiento fue menor al detallado en ese clausulado, como al precisado en la carta de terminación unilateral que el ente contratante expidió para informar su deseo de no continuar en el convenio, el cual se tasó en el 38% de incumplimiento de las obras pendientes.

Son así las cosas porque los medios que la sede demandante incorporó no dan contundente noticia que su grado de incumplimiento fue inferior a los porcentajes indicados supra, habida cuenta de que los informes acopiados, entre ellos, el de Pintumal - denominado: *"registro de medición de espesores y prueba de adherencia en superficies metálicas"* - únicamente delata una serie de caracteres genéricos que involucran el estado de algunas de las construcciones efectuadas que por demás no tiene el poder de demostrar su evolución, probanza que además se considera un insumo asilado para probar aquel particular, si se tiene que la prueba idónea para certificar el nivel de avance de una obra, por antonomasia, encuentra cimiento en una interventoría o en una pericia técnica bien elaborada que certifique con claridad el grado de cumplimiento contractual -parcial o total-, lo cual brilla por su ausencia en el expediente.

En cuanto a los pagos reclamados en la demanda y apelación, no hay lugar a reclamar la cláusula penal concertada en el negocio examinado por motivo de que el contratista, como quedó

visto, fue la parte incumplida y de contera es apenas lógico que no puede solicitar el recaudo de ese concepto, en consideración a que su exigencia solamente está prevista para la parte que enalteció la transacción.

Igual glosa cobija la exigencia de los emolumentos que tienen que ver con los ítems de rete-garantía y obras adicionales esto, atendiendo a que como se indicó supra, el legajo viene desprovisto de elementos e informes técnicos contundentes e idóneos que, sin lugar a equívocos, den cuenta, por un lado, de su existencia y evolución y, por el otro, de su cuantificación dineraria, puntales cuya ausencia impiden acometer la ecuación correspondiente en procura de capitalizar con exactitud esos importes y de contera disponer en esta vía los pagos correspondientes, debiéndose advertir que ello no es obstáculo para que los contratantes liquiden esos conceptos de mutuo acuerdo o, en su defecto, efectúen las compensaciones a que hubiere lugar, esto último dicho a propósito de que la parte demandada en sus excepciones manifestó que *"la demandante aún adeuda... por cláusula penal la suma de \$86.141.879...y esta suma deberá ser compensada, en caso de que en la sentencia resultare alguna cifra o condena en contra de la parte demandada"*.

Lo analizado conlleva a la frustración de la impugnación con la imposición de costas.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Civil -Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve, **confirmar** la sentencia de fecha y procedencia anotadas.

Costas de segunda instancia a cargo de la sede apelante. En su momento, inclúyase como agencias en derecho causadas en segunda instancia la suma de \$1.000.000.

Notifíquese,

Los magistrados,



JAIME LONDOÑO SALAZAR



GERMAN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ



ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ