

**TRIBUNAL DE BOGOTÁ**

**BOLETÍN JURISPRUDENCIAL**

**31 DE MAYO DE 2018**

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO. SE

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

1 DE OCTUBRE DE 2020

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO, SE RECOMIENDA REVISAR DIRECTAMENTE LA PROVIDENCIA O EL VIDEO.

EL DOCUMENTO SE ENCUENTRA EN LA PÁGINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­

[**www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil/74**](http://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil/74)

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**SALA CIVIL**

**AGENCIA COMERCIAL PÁG. 2 –10.**

**RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PÁG. 11 - 18**

**SALA CIVIL**

**AGENCIA COMERCIAL**

**MP DR. MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

**RADICADO:** [**110013103003201400607 03**](file:///H%3A%5CSCIA%20BOLETIN%20DE%20OCTUBRE%5C110013103003201400607%2003%20CONFIRMA%20AGENCIA%20COMERCIAL.docx)

**ASPECTO FÁCTICO**

1. En el subsanado libelo[[1]](#footnote-1), Conexcel S.A. en Reorganización[[2]](#footnote-2) (en adelante Conexcel[[3]](#footnote-3)) y Aponte Villamil Zuluaga y Cía. S.A.S. (en adelante Aponte Villamil), para dirimir las “diferencias relativas a la comercialización de aparatos y servicios en la Costa Atlántica [Celcaribe] y de datos en todo el país”[[4]](#footnote-4), demandaron a Claro S.A. (en adelante Claro), cuyas pretensiones dividieron en dos secciones: la primera, declarativas, contenidas en cuatro capítulos, y la segunda, de condena con un capítulo, así:

 1.2. Pretensiones declarativas.

 1.2.1. En el primer capítulo sobre “*naturaleza y condiciones de ejecución contractual*”, pidió declarar:

 *a)* La “celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato celebrado entre Comcel y Conexcel”, salvo lo “resuelto” o “reconocido por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias entre”[[5]](#footnote-5) ellas; b) que entre Comcel, como “agenciado”, y Conexcel, como “agente”, se celebró un convenio de “agencia comercial para promover la prestación del servicio de telefonía móvil celular de la red de Comcel” y la “comercialización de otros productos y servicios de la demandada; c) que, en consecuencia, se reconozca a Conexcel la prestación del inciso 1º del artículo 1324 del C.Co.; d) que el contrato fue de adhesión y debe interpretarse con base en los artículos 1624 del C.C., 822 del C.Co., 95 y 333 de la Constitución; e) que la relación contractual se integró por las convenciones celebradas el 16 de enero de 1997, 26 de octubre de 1998, agosto de 2002 y 20 de junio de 2006 entre Conexcel y Comcel; el 27 de julio de 1999[[6]](#footnote-6), 11 de mayo de 2000[[7]](#footnote-7), 13 de abril de 2002, 3 de abril de 2003 por Conexcel y Comcel (antes Celcaribe) y el 5 de octubre de 1999 entre Conexcel y Occel S.A. (luego Comcel, hoy Claro); f) que el vínculo se extendió de 16 de enero de 1997 a 13 de enero de 2010, o cuando acá la justicia disponga; g) que Conexcel terminó de manera unilateral el acuerdo, por causa imputable a su opositora;

 h) que Comcel no le pagó, de un lado, el 20% del valor adicional sobre remuneración (con inclusión de comisiones, residual o cualquier otra retribución), sino que sobre el 100% de ellas hizo una imputación irreal; de otro, no se le pagó “ningún anticipo para cubrir cualquier pago, indemnización o bonificación” causados a la culminación del acuerdo y, además, que le cancele el 20% del valor de las comisiones por activaciones, por residual u otras retribuciones, destinadas a cubrir anticipadamente el valor de cualquier prestación, bonificación e indemnización que deba pagar el demandado; (i) que cualquier contabilización interna de Comcel del pago o provisión de anticipos o indemnizaciones, no implicó un mayor valor a pagar, y que cualquier subcuenta auxiliar creada por Comcel (sin limitarse a las subcuentas auxiliares de 2605101210 y 5295050017) hacen parte de las subcuentas del PUC de comisiones (sin limitarse a las subcuentas 260510 y 529505); j) que conforme al Manual de Procedimiento y las cláusulas 7.4 y 7.5 de los contratos aludidos, Comcel fue quien determinó los criterios de selección y evaluación financiera de los abonados y fijó los criterios de evaluación crediticia para los mismos; k) que los acuerdos comercializados por el agente se celebraron entre el agenciado y los usuarios, según se acordó en las estipulaciones 7.5., 1.11, 1.13 y 1.16; y l) que por el vínculo directo entre Comcel y el suscriptor de los servicios ofrecidos (cláusulas 1.11, 1.13 y 1.16 del contrato), el demandado era el único obligado a asumir las consecuencias derivadas de estos tratos con los suscriptores.

 1.2.2. En el segundo capítulo sobre el “*incumplimiento contractual*”, pidió declarar que Comcel incumplió los contratos y normas propias por incurrir en las siguientes acciones u omisiones:

a) disfrazar intencionalmente la naturaleza jurídica del contrato; b) presionar para modificar de manera unilateral las condiciones convenidas; c) trasladarle funciones administrativas propias de Comcel; d) reducir unilateralmente los niveles de retribución (comisiones, bonificaciones e incentivos) fijados a favor del agente, sin tener facultad para ello, pese al rechazo de la demandante; e) no pagar todas las comisiones de activación realizadas durante el contrato; f) dejar de liquidar y cancelar la comisión por residual y no informarle al agente sobre cuál hizo la liquidación, no obstante su obligación; g) estipular, cobrar y aplicar penalizaciones referidas en las cláusulas 7.26.3.1 a 7.26.3.4, 7.30 a 7.32, 2.26.1 a 7.26.8, e inciso 2°, numeral 1° del Anexo A, sin demostrar previamente las hipótesis que las justifican; h) sancionar al agente con descuentos por fraudes imputables a terceros; i) imponer la firma de paz y salvos incondicionales; j) obligarlo a pagar tanto el teléfono como la facturación dejada de pagar por los usuarios; l) ocultar información sobre cuya base liquidaba la comisión por residual; m) imponer la obligación de digitar las activaciones en tiempos irrazonables durante los periodos de promoción para no pagar las digitadas por fuera del plazo; n) hacer pasar como transigidos temas no discutidos en las actas de transacción; ñ) redactar a su arbitrio el acta de liquidación del contrato e incumplir el pago de los subsidios de arrendamiento; o) no pagar los subsidios de arrendamiento, y p) no allanarse a cancelar en tiempo las hipotecas que gravaron los 17 inmuebles de las demandantes, lo que debió ocurrir una vez se terminó el contrato entre las partes (fls. 834 - 836, cdno. 1B).

1.2.3. En el tercer capítulo sobre la “*terminación unilateral del contrato*”, pidió declarar:

a) Que Conexcel terminó el contrato con justa causa; por ende, Comcel debe reconocer y pagar la prestación del inciso 2º del art. 1324 del C.Co.; b) que el agente ejerció el derecho de retención y privilegio en los términos del artículo 1326 *ibídem*; c) que Comcel perdió la facultad de aplicar penalizaciones y descuentos desde el 13 de enero 2010; d) que el acta de liquidación que Comcel elaboró, no puede considerarse definitiva, ni presta mérito ejecutivo, ni puede servir de fundamento para diligenciar los pagarés en blanco, ni hacer efectivas las 17 garantías hipotecarias constituidas para respaldar los saldos pendientes a cargo del agente, por lo que debe cancelarlas y el costo que de ello se derive; y e) que Comcel no tiene cartulares suscritos por Conexcel ni Aponte Villamil y de tenerlos, debe devolverlos por no existir obligación alguna de su parte (fls. 837-838, cdno. 1B)

1.2.4. En el cuarto capítulo sobre el “*abuso de la posición contractual dominante, de derechos y prerrogativas pactadas a favor de sí mismo por parte de Comcel y a la ineficacia y nulidad –en subsidio- de algunas cláusulas del contrato*”, pidió declarar:

1.2.4.1. Que por la exclusividad pactada, Conexcel no podía prestar sus servicios de comercializar telefonía móvil celular y distribución de aparatos telefónicos y atención de postventa a una persona distinta de Comcel, quien asumió una posición dominante durante toda la vigencia del contrato, de la cual abusó en su celebración y ejecución, razón por la cual pide la “ineficacia, nulidad absoluta o invalidez”, de varias cláusulas de todos los contratos atrás señalados y que se repitieron en los demás convenios, anexos, adendas y otrosíes, que sean consecuencia directa o indirecta de las mismas, o resulten conexas, o aparezcan en algún documento suscrito en cualquier época en el mismo sentido. Las estipulaciones son aquellas que:

a) Sostengan que el contrato no es de “agencia, sino de “distribución, franquicia o cualquier otra modalidad de distribución diferente”; b) que obliguen a Conexcel a mantener indemne a Comcel; c) que impliquen: renuncias a derechos por parte de Conexcel; compensaciones ilegales por prestaciones e indemnizaciones a favor de Comcel; ausencia de responsabilidad para Comcel por algún perjuicio derivado de la terminación del contrato; caducidades contractuales; exoneraciones de responsabilidad de Comcel; que no habrá pago de comisiones causadas; imputación de dineros pagados dentro del plan CO-OP; renuncias a presentar reclamaciones por parte de Conexcel; aceptación anticipada de terceros con relación a la cesión de establecimientos; sustituciones integrales de relaciones previas, y d) las relacionadas con “documentos de terminación”. (fls. 839 y 840, cdno. 1B).

1.2.4.2. Que se declare que las “actas de conciliación, compensación y transacción” no tienen efectos generales y que además fueron incumplidas por Comcel, puesto que hubo descuentos o penalizaciones sobre comisiones al parecer transadas (fl. 840, *ib.*).

**5. Los recursos de apelación.**

Con el propósito de que sea revocada la sentencia y se acceda a las pretensiones, las demandantes plantearon los siguientes reparos concretos:

**5.1. Conexcel.**

**(i)** Se encuentran acreditados los elementos esenciales de un contrato de agencia comercial (que regula el artículo 1317 y ss. del C. de Co.) para el área de la **Costa Atlántica**[[8]](#footnote-8) (**a)** se celebró entre comerciantes; **b)** hubo independencia del agente comercial; **c)** existió estabilidad o permanencia del vínculo negocial, **d)** Celcaribe, hoy Comcel -quien se sabe asume una posición propia en el mercado de telefonía móvil celular y, por ende, asume los riesgos- le encargó a Conexcel promover y explotar el negocio del primero; **e)** la zona prefijada; **f)** la remuneración que Comcel le pagó a Conexcel, y **g)** la actuación del agente por cuenta del agenciado), con renovación automática hasta 13 de enero de 2010, y así debió declararse con fundamento en el principio del “contrato realidad” y, además, por la “antinomia” (contradicción en el entramado de cláusulas, pues mientras unas hablaban de “distribución”, otras de la configuración de los elementos de la “agencia comercial”) y falta de contestación de la demanda y de una alegación en contrario, según lo prevé el artículo 95 del CPC, hoy 97 del CGP.

Agregó que si 24 laudos arbitrales y dos providencias de este Tribunal (de 24 de agosto y 24 de octubre de 2018[[9]](#footnote-9)), con soporte en idénticos contratos, concluyeron que existió un “contrato de agencia comercial”, en este escenario debió arribarse a la misma conclusión, so pena de desconocer la igualdad y la confianza legítima (fl. 310, cdno. 1C).

**(ii)** Debió condenarse a Comcel a la prestación mercantil que regula el artículo 1324 del C.C., a partir de la terminación del aludido convenio, 13 de enero de 2010, cuya cuantía ($5.425’335.428,oo) demostró con la falta de objeción al **juramento estimatorio**, sin perjuicio del **decreto oficioso de pruebas** para acreditarla (fl. 312, cdno. 1C).

**(iii)** También debieron reconocerse los intereses **mora**torios sobre la indemnización en comento a partir de la aludida calenda, conforme lo ordena el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, en concordancia con el numeral 1° del artículo 1608 del C.C., lo que para el 8 de septiembre de 2019 ascendía a $7.949’455.642,oo (fl. 313, cdno. 1C).

**(iv)** La terminación del referido contrato fue por una **justa causa** provocada por Comcel (empresario), conforme lo permite el artículo 1325 del C. de Co., de suerte que debió condenársele (a Comcel) al pago de la **indemnización** especial que prevé el inciso 2° del artículo 1324, *ib.*, al igual que el lucro cesante y daño emergente sufridos por la demandante, lo que quedó demostrado con el **juramento estimatorio** que no objetó su opositora; entre las obligaciones de la demandada, se encuentra el no pago de las comisiones causadas en favor de Conexcel por $971’794.531,oo (fl. 284, cdno. 1C), las cláusulas penales por $4.843’421.108,oo y la acreditación de la marca por $656’793.392,oo (fl. 315); y los incumplimientos imputables a Comcel, están amparados por la cosa juzgada que tiene el laudo arbitral [de 9 mayo de 2011], por lo que sus pretensiones debieron tener acogida (fl. 314).

**(v)** En cuanto a la **hipoteca** abierta sin cuantía determinada que Aponte Villamil constituyó a favor de Comcel para respaldar el cumplimiento del contrato de agencia comercial, sin mediar obligación qué respaldar, debió disponerse su cancelación, máxime ante la falta de contestación del libelo y la ausencia tanto de una excepción de compensación, como de una demanda de reconvención.

**(vi)** De acuerdo con los artículos 11 del CGP y 29 de la Constitución Política, debe declararse la **nulidad** de lo actuado por la grave violación al debido proceso que afecta por igual a su contraparte, pues a la fecha no ha sido resuelto el recurso de reposición que Comcel formuló en forma oportuna (1° de septiembre de 2015) contra el auto admisorio de la demanda, herramienta procesal que suspendió la ejecutoria de dicho proveído, hacía que la contestación de su contraparte fuera a tiempo y, por ende, ello impedía citar a la audiencia prevista en el otrora artículo 101 del CPC, nulidad que no fue saneada al punto que fue invocada por la demandada en sus alegaciones finales.

Añadió que ante la “nulidad generada, la prueba reina (juramento estimatorio) que Conexcel invoca para demostrar la cuantía de sus pretensiones de condena, deviene ineficaz, cuestionó que afecta la relación que debe existir entre el ‘*petitum’* y la ‘*causa petendi*’ propuestas por Conexcel” (fl. 285, cdno. 1C).

**5.2.** **Aponte Villamil.**

**(i)** Comcel no contestó la demanda y la primera instancia pretermitió calificar esa conducta en la sentencia como indicio grave, conforme lo prevén los artículos 95 del CPC, 97 y 280 del CGP.

Como el representante legal de Comcel confesó en su interrogatorio que eran tres las zonas comerciales en las que operaba: Costa Atlántica, Oriente y Occidente, al haberse resuelto por el Tribunal Arbitral respecto de estas últimas que hubo un contrato de agencia comercial, debió en este asunto colegirse lo mismo en torno a la primera (fl. 454, cdno. 1C).

 Sostuvo que el contrato de la Costa Atlántica, por ser vinculante para las partes y con fuerza de cosa juzgada, debió correr la misma suerte que en el laudo arbitral de 9 de mayo de 2011 que encontraron acreditado el convenio de agencia comercial en las zonas de Oriente y Occidente.

**(ii)** Interpretación de las cláusulas del contrato *sub júdice* por las de los otros convenios celebrados entre las mismas partes sobre la misma materia (artículo 1622 del C.C.).

Igualmente, trajo a cuento el mismo soporte que su codemandante, esto es, que los elementos del contrato de agencia se configuraron y que debía acudirse al principio de contrato realidad que resolvía la antinomia y la recta calificación de ese negocio (fl. 457).

Destacó la confesión del representante legal de Comcel al señalar que los dineros provenientes de las actividades y del consumo de tiempo al aire de los clientes activados por Conexcel, sí entraron al patrimonio de la demandada, quien además asumió los riesgos y determinó las condiciones de selección de los abonados o clientes que la demandante podía vincular a los servicios de telefonía móvil celular (fls. 459 y 460, cdno. 1C).

 Señaló que no fue afortunado el argumento del fallo de primer grado en cuanto reprochó la falta de registro del contrato en el registro mercantil conforme al artículo 1320 de. C. de Co., pues ello solo se exige para efectos de la oponibilidad frente a terceros (fl. 460, *ib*.).

**(iii)** En cuanto a la **hipoteca** abierta sin cuantía determinada que Aponte Villamil constituyó a favor de Comcel para respaldar el cumplimiento del contrato de agencia comercial, sin mediar obligación qué respaldar, debió disponerse su cancelación, máxime ante la falta de contestación del libelo y la ausencia tanto de una excepción de compensación, como de una demanda de reconvención.

**(iv)** La prestación mercantil se demostró con la ausencia de objeción del juramento estimatorio, la cual asciende a $5.425’335.428,oo.

**(v)** Deben reconocerse los intereses moratorios sobre la prestación mercantil, pues el representante legal de Comcel confesó que el contrato terminó en el año 2010.

**(vi)** El representante legal de Comcel, al momento de rendir su interrogatorio, faltó a la verdad, pues negó ser cierto que la relación comercial que los unió fue de adhesión, como pretende probarlo con los idénticos contratos que Comcel empleó en el año 1998 con sus agentes/distribuidores (fl. 464, cdno. 1C).

**(vii)** Conexcel, en cumplimiento del contrato *sub júdice*, ejecutó actividades de promoción, aún cuando el representante legal de Comcel no negó, pues el anexo C “Plan COP-OP Publicidad) del contrato suscrito daba cuenta de lo contrario en el acápite de “objetivos” (fl. 467), con lo cual desvió la atención la verdadera naturaleza del convenio y actuó con temeridad y mala fe, lo que amerita la expedición de copias penales.

**CONSIDERACIONES**

 **1**. La Sala encuentra que la actuación se desarrolló normalmente, no hay causal de nulidad que se tenga que declarar, se hallan presentes los presupuestos procesales y este tribunal es competente para decidir el recurso de apelación en los términos y con las limitaciones que establece el artículo 328 del C.G.P y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia[[10]](#footnote-10).

**2.** En el caso que se analiza, quedaron al margen de la discusión los razonamientos que tuvo la primera instancia para, con fundamento en los efectos de cosa juzgada del laudo arbitral de 9 de mayo de 2011, relevarse de estudiar las pretensiones tendientes a obtener: **a)** el reconocimiento de la cesantía comercial que regula el artículo 1324 del C. de Co., **b)** ellevantamiento de los gravámenes hipotecarios reclamados y **c)** las comisiones o pagos no reconocidos por la demandada, que soportaron en los contratos (provistos de cláusula compromisoria) de promoción y comercialización de servicios de telefonía móvil y móvil celular (TMC) y de valor agregado (SVA) de 16 de enero de 1997, 26 de octubre de 1998 y 5 de octubre de 1999, en la medida en que, en estrictez, ningún reproche formularon, todo lo cual limita al Tribunal en los términos que establecen el precepto y la jurisprudencia en cita.

 **3.** Hechas estas precisiones, corresponde ahora resolver los reparos concretos formulados por los apelantes.

Para cumplir con ese propósito, el Tribunal abordará **primero**, por orden lógico, las alegaciones que formuló Conexcel, relacionadas con la existencia de una nulidad constitucional; en **segundo** lugar, si resulta viable estudiar las pretensiones con soporte en los contratos de promoción y comercialización de servicios de telefonía móvil y móvil celular (TMC) y de valor agregado (SVA) de 27 de julio de 1999, 11 de mayo de 2000, 13 de abril de 2002 y 3 de abril de 2003 (de la Costa Caribe) y los dos convenios de “**datos** para todo el país” y “de servicio y distribución de equipos BlackBerry” de 20 de junio de 2006; **en tercer término**, si de los negocios jurídicos a estudiar resulta dable señalar que fueron de adhesión, si se probó que la demandada los incumplió, para reconocer las “comisiones, residual”, “anticipos”, al igual que las prestaciones que regula el artículo 1324 del C.Co. y, **por último**, si la demandante probó que su opositora abusó de su posición contractual, o si hubo ineficacia y nulidad –en subsidio- de algunas cláusulas de los contratos, por todo lo cual debía declararse que no podía –ni pueden- diligenciarse los pagarés en blanco, ni hacerse efectiva la restante garantía hipotecaria contenida en la Escritura Pública n.° 1023 de 22 de abril de 2003 otorgada en la Notaría 25 de Bogotá, con la aclaratoria de la anterior contenida en la Escritura Pública n.° 1938 otorgada el 17 de julio de 2003 en la Notaría 25 de Bogotá, constituida para respaldar los saldos pendientes a cargo de la parte demandante, ni que el acta de liquidación que Comcel elaboró, no puede considerarse definitiva, ni presta mérito ejecutivo.

* 1. **De la nulidad constitucional.**

A pesar de que el recurso de alzada no es el escenario propicio para interponer nulidades, en el caso en estudio no se ha presentado el vicio exhibido por el censor.

En efecto, aduce Conexcel que en la primera instancia se configuró una nulidad por violación al “debido proceso”, en la medida en que el recurso de reposición formulado por su contraparte contra el auto admisorio de la demanda de 15 de enero de 2015, no ha sido resuelto.

Sin embargo, pasa por alto que las “irregularidades” a que aludió la apelante en su solicitud de nulidad, no se enmarcan en ninguna de las causales de invalidación que, **taxativamente**, previó el ordenamiento jurídico (artículo 133 del CGP), aserto que, contrario a lo que sostuvo la recurrente, no sufre mengua ni siquiera en virtud de las previsiones del artículo 29 de la Constitución Política, pues el supuesto de nulidad “supralegal” allí contenido, que constituye la **única** excepción a la regla de taxatividad a que ya se hizo mención (artículo 135, ídem), sólo tiene lugar en aquellos casos en que una decisión judicial se hubiera soportado, fundamentalmente, en una prueba obtenida en forma ilegal[[11]](#footnote-11), hipótesis que es por entero ajena a la solicitud de anulación que formuló Conexcel, quien, vuelve y se insiste, no denunció que el fallo de primera instancia se hubiera apoyado en un elemento de juicio de esa naturaleza.

Además, aunque ante el Tribunal Conexcel evocó tangencialmente los numerales 5° y 6° del artículo 133 del CGP, no puede pasarse por alto que Conexcel carece de legitimación para proponerla porque ella debe alegarla la persona afectada (artículo 143 del CPC, hoy 135 del CGP), en este caso Comcel S.A.

En todo caso, téngase en cuenta que mediante proveído de 14 de enero de 2016, el *a quo* sí hizo mención a la extemporaneidad de la formulación del aludido medio horizontal al haberse presentado hasta el 1° de septiembre de 2015, cuando debía hacerlo a más tardar el 26 de agosto anterior (fls. 964, cdno. 1B), postura que mantuvo incólume en auto de 18 de abril de 2016 al rechazar el incidente que para ese propósito presentó la interesada (Comcel), entre otras razones, porque con ese proceder, la interesada, se itera, Comcel, la saneó en los términos del artículo 144, numeral 4° del CPC, a lo que agregó que en la audiencia de conciliación evacuada el 6 anterior, lo que se pidió el apoderado de la demandada fue una suspensión de mutuo acuerdo y nada más (fl. 9, cdno. inc. nul.).

Es más, en audiencia celebrada el 15 de enero de 2018, la apoderada de la hoy parte recurrente fue quien pidió negar la nulidad invocada por su opositora porque tal pedimento ya había sido “objeto de pronunciamiento por parte del despacho”, pues “la reposición [contra el auto admisorio] **fue promovida fuera de tiempo**” (fl. 1246, cdno. 1B), de suerte que un planteamiento contrario a esa manifestación, raya con la **lealtad** a que alude el artículo 78 del CGP, razón por la cual no prospera el último de sus reparos concretos.

**3.2.** En cuanto a si resulta viable estudiar las pretensiones con soporte en los contratos de promoción y comercialización de servicios de telefonía móvil y móvil celular (TMC) y de valor agregado (SVA) de 27 de julio de 1999, 11 de mayo de 2000, 13 de abril de 2002 y 3 de abril de 2003 (de la Costa Caribe) y los dos convenios de “**datos** para todo el país” y “de servicio y distribución de equipos BlackBerry” de 20 de junio de 2006, debe decirse lo siguiente:

Tiene que admitirse que los demandantes probaron la existencia de los aludidos contratos, pues de ellos dan cuenta los documentos visibles a folios 223-277, cdno. 1, 740-813, cdno. 1B, los cuales cobraron autenticidad por obra del reconocimiento tácito que se produjo al no haber sido tachado de falso por el demandado (numeral 3º, artículo 252 y 276 del CPC). E igualmente se debe aceptar, que como Comcel no contestó oportunamente la demanda (fl. 957, cdno 1B), dio lugar a que en su contra se estructurara un indicio grave, por mandato del artículo 95 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, tal como lo consideró el *a quo*, la parte demandante no allegó al proceso todos los contratos fundamento de las pretensiones, entre ellos, los que se dicen suscritos los días 27 de julio de 1999, 11 de mayo de 2000 y 13 de abril de 2002, lo que por obvias razones releva al Tribunal de hacer pronunciamiento alguno, ante la ausencia necesaria de prueba de la existencia de un negocio jurídico vigente, a la par con la de cumplimiento de las obligaciones que le eran propias a una y otra parte.

Los que sí obran en el expediente son los convenios de servicios de telefonía móvil y móvil celular (TMC) y de valor agregado (SVA) de **3 de abril de 2003** y los dos convenios de “**datos** para todo el país” y “de servicio y distribución de equipos BlackBerry” de **20 de junio de 2006**, a los que acomete su estudio la Sala.

Para ello es importante señalar que la relación negocial entre Celcaribe S.A. (hoy Claro S.A.) y Conexcel referente a la **comercialización de aparatos y servicios** para la zona de la **Costa Atlántica** estuvo gobernada por el contrato de **3 de abril de 2003**, pues en su cláusula 28 las partes consignaron que ese “nuevo acuerdo total entre las partes con respecto al objeto materia del mismo reemplaza todos los acuerdo anteriores, si los hubiere”.

A su turno, los otros dos contratos de **datos** para todo el país y de servicio y distribución de equipos BlackBerry de **20 de junio de 2006** que se aportaron al momento de la subsanación de la demanda, tuvieron como consecuencia dejar sin efecto los convenios anteriores.

Así se colige de las cláusulas 28 y 30 de los contratos de 20 de junio de 2006, según las cuales: “Este nuevo acuerdo total entre las partes con respecto al objeto materia del mismo reemplaza todos los acuerdo anteriores, si los hubiere”, lo que permite establecer que los términos de la misma se rigieron para todo el país, a partir de su firma y de manera exclusiva por los acuerdo de 2006.

Esa quizás la razón por la que desde la demanda la parte actora haya dado cuenta que “**la denominación otorgada a los documentos suscritos, las partes ejecutaron un solo contrato sin solución de continuidad de agencia comercial**” (hecho 3.4. de la demanda; fl. 826, cdno. 1B).

**3.3.** Los reparos concretos que las demandantes argumentaron frente al fallo de primera instancia, permiten afirmar que el estudio de la Sala está circunscrito a determinar si de esos negocios jurídicos (de 3 de abril de 2003 y 20 de junio de 2006) resulta dable señalar que fueron de adhesión y si se probó que la demandada los incumplió, para reconocer las “comisiones, residual”, “anticipos”, al igual que las prestaciones que regula el artículo 1324 del C.Co.

La respuesta es negativa, porque con prescindencia de que la Sala pueda considerar que en este caso se configuraron los elementos de la agencia comercial que prevé el artículo 1317 del Código de Comercio, esto es: independencia, autonomía, actuación en nombre y por cuenta del empresario, promoción y estabilidad, lo cierto es que la parte actora no probó, como era de su incumbencia conforme lo regula el artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP, que los reseñados acuerdos fueron de **adhesión.**

No olvida la Sala el reparo concreto que al unísono sustentaron las apelantes al pretender deducir para su opositora los efectos que consagran los artículos 95 y 211 del CGP, por la contestación extemporánea (aunque para soportar la nulidad que atrás se estudió considerara lo contrario) y la ausencia de objeción al juramento estimatorio; sin embargo, ya esta Sala ha considerado que

“las conductas endoprocesales que pudieran presentarse al tenor de lo previsto en los artículos 97, 241 y 206 del CGP por su omisión **en contestar la “demanda…”, no… objetar el juramento estimatorio** de ese libelo…, **no puede obviarse que el acervo que así surge no necesariamente conduce a un fallo favorable, muy a pesar de la ventaja probativa que se tiene frente al opositor inactivo, por cuanto ese material debe valorarse en consonancia con las reglas de la sana crítica,****sopesándolo con las demás probanzas para sentar en el proceso la realidad de los elementos axiológicos de la pretensión.**

La anterior orientación, desde luego, es avalada por la Corte Constitucional al señalar, en el estudio de exequibilidad de las normas que regulan esta clase de prueba indiciaria, que ‘En otras palabras, **la mera circunstancia de que no se conteste la demanda o no se acuda a los interrogatorios decretados como prueba en el proceso, no implica *ipso facto*, que la presunción o el indicio que esta conducta implica, según la ley, conduzca a que el juez se vea impelido a dictar sentencia desfavorable a los intereses de quien actuó de esa manera’**[[12]](#footnote-12)**”**. (Sentencia de 6 de febrero de 2018, exp. n.° 201501196 01. M.P. Manuel Alfonso Zamudio Mora).

**3.3.1.** Destácase que las estipulaciones de los aludidos contratos (de 3 de abril de 2003 y 20 de junio de 2006) no siempre fueron las mismas, al punto que en unos, por ejemplo, tuvieron objetos distintos; en otros eventos se pactó cláusula arbitral y en otros no; otros convenios fueron de “datos” y otros de “servicio y distribución de equipos BlackBerry”; y en otra oportunidad, se acordó para una zona del país (Caribe) y en otras a nivel nacional, de ahí que no por ello todos obedecieron al mismo tipo negocial, o tuvieron el mismo objeto, fines, contenido, etc., de suerte que sin haberse aceptado tal afirmación por el representante legal de la demandada en su interrogatorio, no puede menos que considerarse que, como lo sostuvo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al “participar en el tráfico de bienes y servicios” los acá contendientes, autorregularon

“sus intereses, en desarrollo de la **autonomía privada**, mediante la celebración específica de negocios jurídicos que, de ordinario, son el fiel reflejo de la inequívoca intención -o querer- que tienen aquellas de vincularse en una determinada operación jurídico-negocial, disciplinada o no expresamente por la ley” y “deba el hermeneuta atenerse más a la intención de aquellos que al tenor literal de tales estipulaciones (arts. 1602 y 1618 del C.C.) (…) Por eso es que la ley señaló como primer criterio en punto a la hermenéutica contractual -siguiendo el señor Bello el referido plan desarrollado por R.J. Pothier-, que la intención de los contratantes prevalece sobre el texto (art. 1618 C.C.)”[[13]](#footnote-13).

**3.3.2.** La parte actora tampoco acreditó el incumplimiento de Comcel en el pago de las comisiones por activación y residual, bonificaciones e incentivos, o la provisión de anticipos o indemnizaciones.

Ello, por cuanto la “**experticia financiera**” que aportó la parte actora obrante a folios 3 a 58 del cuaderno 1C (medio de prueba que permite el artículo 165 del CGP), tendiente a dilucidar esos propósitos, con la que según los recurrentes podrían “ilustrar la envergadura de la operación de Conexcel, los perjuicios causados por Comcel y las cuantificaciones y metodología de cálculo”, como bien lo sostuvieron sus apoderados en escrito de 29 de enero de 2018 (fl. 120, ib.), “**no pudieron ser aportadas o solicitadas**” en las “oportunidades probatorias”, lo que depara en que no pueda ser valorada, en tanto toda “decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y **oportunamente allegadas al proceso**” (artículo 164 del CGP).

Aunque pudieran tenerse en cuenta los montos que recogió esa experticia, no existe soporte probatorio de ellos, al punto que la firma que lo elaboró no mencionó siquiera que acudió a los libros de contabilidad de Conexcel a través de la exhibición de los mismos prevista para ese tipo de documentos, como medio adecuado para recaudar la prueba.

 Memórese que los libros y papeles de un comerciante pueden servir como medio de convicción en un asunto como el que nos ocupa, para lo cual es necesaria una exhibición ordenada por el juez, a petición de parte legítima, como se deduce de los artículos 61, 63, 64 a 66 del Código de Comercio y 288 del CPC, hoy 268 del CGP. Su valoración, en buena medida, depende de que se ajusten a las prescripciones legales (artículos 48 a 60 del Estatuto Mercantil), al punto que el juez, como primer acto, debe hacer constar cuál es su estado general, “con el fin de apreciar si se llevan conforme a la ley, y en consecuencia, reconocerles el valor probatorio correspondiente” (artículo 66, *ib*.), vicisitud que aquí no hizo presencia.

Ahora, en cuanto a los testimonios de Hilda María Prado Hashe, Juan Lúcas González, Jaime Garcés Santamaría, Mario Suárez Melo y Jairo Jaramillo, los ahora recurrentes, en la audiencia del artículo 101 del CPC celebrada el 15 de enero de 2018, desistieron de los mismos (fl. 1251, cdno. 1B), cuya ausencia de relatos deja desprovistos de prueba los demás hechos que soportaron buena parte de las restantes pretensiones.

Además, pese a lo fundamental que consideró la parte actora la declaración del abogado Juan Zea, según lo advertido en la audiencia prevista en el artículo 373 del CGP, tampoco fue posible evacuar su testimonio con miras a acreditar los hechos que fundamentaron las pretensiones, sin que ante este Tribunal echaran mano de lo previsto en el artículo 327, *ídem*, si es que en realidad consideraba de valía su exposición sobre las circunstancias que rodearon la celebración –y desatención- de los convenios.

En estas condiciones, tal como en lo sostuvo esta Sala en un asunto de similares contornos, “para asumir el estudio del incumplimiento en los términos propuestos en la demanda, era necesario que en el proceso se determinara el total de activaciones que hubo en el tiempo de vigencia de los contratos y los afiliados que generaron la comisión residual[[14]](#footnote-14), y multiplicar esos resultados con los porcentajes de comisión que se establecieron en los contratos y las modificaciones que anualmente Comcel S.A. realizaba, para después constatar si en su momento se pagaron todas las comisiones o quedaron algunas pendientes, pero esa certeza no se encuentra en el expediente, carga demostrativa que recaía sobre la parte demandante y que –ser reitera- impide la prosperidad de esa pretensión”[[15]](#footnote-15).

**3.3.3.** En cuanto a la cesantía comercial y la indemnización equitativa establecida en los incisos primero y segundo del artículo 1324 del Código de Comercio, debe decirse que la parte demandante renunció a esas facultades.

En efecto, la cláusula 4ª del **“anexo F”** (**acta de conciliación, compensación y transacción**) del contrato de 3 de abril de 2003, da cuenta que las “partes reiteran que la relación jurídica contractual que existió entre ellas…, cualquiera que sea su naturaleza, renuncian expresa, espontánea e irrevocablemente a toda prestación diferente… En particular, si la relación jurídica contractual se tipificare como de agencia comercial, que las partes han excluido expresamente en el contrato celebrado y, que hoy reiteran no se estructuró entre ellas, sin embargo, recíprocamente **renuncian a las prestaciones que la ley disciplina al respecto y, en especial, a la consagrada por el artículo 1.314 del C. de Co.**” (fl. 269, cdno. 1; negrillas y subrayas fuera de texto).

En cuanto al contrato de distribución de los productos y la comercialización de los servicios BlackBerry de 20 de junio de 2006 (fl. 773, cdno. 1B), debe decirse que en la cláusula segunda igualmente se tuvo como parte integral de ese convenio el **anexo “F”** (**acta de conciliación, compensación y transacción)**; sin embargo, inexplicablemente la parte actora no allegó ese documento una vez requerida para que subsanara la demanda, lo que implique que deba asumir las consecuencias por esa conducta procesal, se deduce del artículo 249 del CPC, entonces vigente.

Respecto al contrato de servicio de la misma fecha (20 de junio de 2006; fl. 742, *ib*.), en su cláusula 16 las partes acordaron que Conexcel “reconoce que el uso de las marcas comerciales de Comcel, la cooperación de Comcel con respecto a la publicidad, la promoción por parte de Comcel de las ventas del contratista y el acceso a la tecnología de Comcel, tiene un impacto positivo, directo y sustancial en sus ingresos”, a lo que añadieron que “Por consiguiente, en pago de ello, el contratista promete expresa e irrevocablemente que, una vez termine este contrato por cualquier causa, procederá inmediatamente a renunciar a cualquier derecho que le pueda otorgar la ley a su favor debido a la terminación de este contrato, incluyendo pero no limitando a los derechos que hace mención al artículo 1324 del Código de Comercio]” (fl. 755, cdno. 1B).

Por manera que en cuanto hace relación a ambas prestaciones (cesantía comercial e indemnización equitativa), la legalidad y eficacia de las aquellas estipulaciones contractuales no merece reproche alguno, en primer lugar, porque el expediente no devela que la incorporación de ese clausulado “estuvo motivada por condicionamientos subjetivos que de alguna manera comprometieron la autonomía de la voluntad y la libertad de disposición de la sociedad demandante [tales como error, fuerza, dolo, etc.]” [[16]](#footnote-16), todo lo cual con miramiento en el replanteamiento que hizo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 8 de marzo de 2010, exp. 2001 00847 01; citada en sent. de 19 de octubre de 2011 exp. 2001 00847, al señalar que no veía “cómo una relación patrimonial de interés circunscrito a las partes de un negocio jurídico, pueda afectar el orden público, social o económico, o al gremio de los agentes, como si uno pudiere comprometer a otro u otros en un negocio jurídico que solo lo ata a él” “y el criterio de la debilidad del agente, es tan relativo que, en algunas ocasiones, es o puede ser más poderoso, económica, jurídica o empresarialmente que el empresario”. (Se subraya).

Por las anteriores razones, para el momento en que inició este asunto, la parte actora ya había renunciado a su facultad de reclamar de su contraparte la cesantía comercial e indemnización equitativa de que trata artículo 1324 del Código de Comercio, vicisitud que imponía negar igualmente el reconocimiento de esas prestaciones económicas.

 **3.4.** En cuanto a que la demandada abusó de su posición contractual, o hubo ineficacia y nulidad –en subsidio- de algunas cláusulas de los contratos.

 Ya se vio que la parte actora no demostró que al “participar en el tráfico de bienes y servicios” con Comcel, ésta última le impuso su voluntad para la suscripción de los acuerdos, cuando lo que hizo fue autorregular “sus intereses, en desarrollo de la **autonomía privada**”, y que más bien esos acuerdos lo que muestran es el genuino propósito de los contratantes, ni que la incorporación de esas cláusulas estuvo motivada por condicionamientos subjetivos que de alguna manera comprometieron esa autonomía de la voluntad y la libertad de disposición de la sociedad demandante, tales como error, fuerza, dolo, etc., lo que impide acoger igualmente esa pretensión.

 Por último, destaca la Sala que los apelantes abandonaron la sustentación de los reparos concretos fundados en que: (i) si otros escenarios judiciales concluyeron estar en presencia de un “contrato de agencia comercial”, aquí debían correr la misma suerte, sin perjuicio del **decreto oficioso de pruebas** para acreditarlo; (ii) no fue afortunado el argumento del fallo de primer grado en cuanto reprochó la falta de registro del contrato en el registro mercantil conforme al artículo 1320 de. C. de Co., y (iii) que el representante legal de Comcel, al momento de rendir su interrogatorio, faltó a la verdad, pues negó ser cierto que la relación comercial que los unió fue de adhesión, cuyos ataques, en todo caso, no fueron suficientes para derruir los fundamentos de la sentencia recurrida, por todo lo dicho en líneas precedentes.

 En conclusión, como los demandantes no probaron en los términos del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP, los hechos que soportaron sus pretensiones declarativas concernientes a la “naturaleza y condiciones de ejecución contractual”, el “incumplimiento contractual”, la “terminación unilateral del contrato” y el “abuso de la posición contractual dominante, de derechos y prerrogativas pactadas a favor de sí mismo por parte de Comcel y a la ineficacia y nulidad –en subsidio- de algunas cláusulas del contrato” y, por obvias razones, tampoco las pretensiones de condena por depender de las primeras, se impone confirmar la sentencia apelada, con la consecuente condena en costas en esta instancia a cargo de la parte demandante ante la improsperidad de la sustentación (num. 5°, art. 365 del CGP).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**

**MP DR. MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

**RADICADO:** [**110013103030201800034 01**](file:///H%3A%5CSCIA%20BOLETIN%20DE%20OCTUBRE%5C110013103030201800034%2001%20REVOCA%20PARCIAL.docx)

**ASPECTO FÁCTICO**

**1.** En el reformado libelo[[17]](#footnote-17),Aga + Estudios S.A.S. (en adelante Aga) demandó a Contact Point 360 S.A.S. (en adelante Contact), para que se declare el “incumplimiento”[[18]](#footnote-18) tanto el contrato de obra que celebraron el 18 de julio de 2017, como el “otrosí” de 22 de septiembre siguiente, por negarse a pagar parte del precio pactado y, en consecuencia, se le condene, de manera principal, a cancelarle la suma de **$465’841.654,oo** ($243’343.800,oo de saldo por el referido convenio y $222’497.854,oo por las actividades adicionales que recogió la modificación), exigible desde el 31 de octubre de 2017, fecha en la cual “venció el plazo para efectuar el pago”, junto con los intereses de mora de acuerdo a la tasa regulada por la Superintendencia Financiera, por retardo causados hasta el momento en que se verifique el pago; en subsidio de la pretensión de condena, ordenar el “pago de los valores del contrato y el otrosí debidamente indexados”[[19]](#footnote-19).

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

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

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

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

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

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

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

**5. Los recursos de apelación.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**CONSIDERACIONES**

 La Sala encuentra que la actuación se desarrolló normalmente, no hay causal de nulidad que se tenga que declarar, se hallan presentes los presupuestos procesales y este tribunal es competente para decidir el recurso de apelación en los términos y con las limitaciones que establece el artículo 328 del C.G.P y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia[[21]](#footnote-21).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Puestas así las cosas, ha de resaltarse lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

A propósito de la argumentación del Contact en la pasada audiencia, es verdad que dentro de la autonomía de la voluntad de las partes, éstas pueden fijar el orden en que deben ejecutarse sus obligaciones recíprocas; sin embargo, la excepción de contrato no cumplido solo se abre paso “**en la medida en que la parte excepcionante no se encuentre obligada a cumplir primero con sus obligaciones**, de acuerdo con lo estipulado o con la naturaleza de la convención, punto sobre el que ha dicho la Corte que ‘el principio básico sobre el cual reposa la *exceptio non adimpleti  contractus*, es la equidad. Por consiguiente, para que tenga cabida la excepción de inejecución, se requiere en primer lugar, que exista entre las partes una relación bilateral obligatoria, en la que la parte perseguida sea efectivamente deudora de una prestación emanada de esa relación, y al mismo tiempo acreedora de una contraprestación no efectuada aún por la otra. En segundo lugar, se requiere que el contratante a quien se demanda la ejecución, no se halle forzado por el contrato a satisfacer primero su obligación”. (G.J. Tomo CXLVII, pág. 163)”[[22]](#footnote-22).

Tampoco ofrece discusión que la **culpa** del deudor se encuentra acreditada, tras presumirse en esta materia contractual cuando existe mora[[23]](#footnote-23), al igual que el **daño** que se le generó a Aga por efecto de la infracción contractual y su relación de causalidad, por lo que las defensas de la demandada principal denominadas “contrato no cumplido”, “existencia de incumplimiento de contrato por parte de la sociedad Aga” y “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, tampoco están llamadas a prosperar.

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

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

**(iv). La condena.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Ver folios 824-856, cdno. 1A. [↑](#footnote-ref-1)
2. A partir del 23 de septiembre de 2014, según se deduce del auto de la Superintendencia de Insolvencia de la Supersociedades, obrante a folios 73-75, cdno. 1C. [↑](#footnote-ref-2)
3. Antes Conexcel Boulevar Ltda. (fl. 699, cdno. 1). [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver folio 824, cdno. 1A. [↑](#footnote-ref-4)
5. Se trata del laudo de 9 de mayo de 2011 y su complementación de 1° de junio siguiente, proferido por los árbitros Sergio Rodríguez Azuero, Luis Fernando Alvarado Ortiz y Nicolás Gamboa Morales; folio 831, cdno. 1A*.* [↑](#footnote-ref-5)
6. Fl. 136, cdno. 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver folio 196, cdno. 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Dice la parte actora que el contrato para esa **zona costera** compartía las mismas cláusulas diseñadas por las partes para las zonas de **Oriente** y **Occidente** respecto de las cuales la justicia arbitral concluyó la existencia de **contrato de agencia comercial** (fl. 308, cdno. 1C). [↑](#footnote-ref-8)
9. Con ponencia de los Magistrados Óscar Humberto Ramírez Cardona y Julia María Botero Larrate, respectivamente. [↑](#footnote-ref-9)
10. “el apelante debe formular los cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse, porque aquello que no sea objeto del recurso, no puede ser materia de decisión, salvo las autorizaciones legales necesarias y forzosas (art. 357 del C. de P. C., y 328 del C. G. del P.).” (CSJ, sentencia del 1° de agosto de 2014, expediente SC10223-2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona). [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional, sentencia C - 491 de 1995 [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentencia C-102 de 8 de febrero de 2005. [↑](#footnote-ref-12)
13. C.S.J. sentencia de 14 de agosto de 2000. Exp. 5577. [↑](#footnote-ref-13)
14. Retribución a favor del distribuidor que corresponde a un porcentaje sobre los ingresos que generen efectivamente comisión y que hubieren sido efectivamente recaudados por Comcel por el uso del servicio por parte del suscriptor o abonado correspondiente, el cual se denominara RESIDUAL. [↑](#footnote-ref-14)
15. TSB. Sala Civil, fallo de 20 de junio de 2019, exp. 44 2015 00415 01. M.P. Germán Valenzuela Valbuena. [↑](#footnote-ref-15)
16. TSB. Sala Civil, fallo de 20 de junio de 2019, exp. 44 2015 00415 01. M.P. Germán Valenzuela Valbuena. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ver folios 701 y ss., cdno. 1, tomo V. [↑](#footnote-ref-17)
18. Ver folio 703, *ib*. [↑](#footnote-ref-18)
19. Ver folio 704, *ib*. [↑](#footnote-ref-19)
20. Según se deduce de la cláusula primera del contrato de 18 de julio de 2018; fl. 92, cdno. 1. [↑](#footnote-ref-20)
21. “el apelante debe formular los cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse, porque aquello que no sea objeto del recurso, no puede ser materia de decisión, salvo las autorizaciones legales necesarias y forzosas (art. 357 del C. de P. C., y 328 del C. G. del P.).” (CSJ, sentencia del 1° de agosto de 2014, expediente SC10223-2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona). [↑](#footnote-ref-21)
22. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL, Sentencia de 16 de mayo de 2002, Exp. 6877. M.P. Jorge Santos Ballesteros. [↑](#footnote-ref-22)
23. CSJ, Cas. Civ. Sentencia de 3 de agosto de 2012, exp. 11001311030092003-00526-01. [↑](#footnote-ref-23)