

República de Colombia



*Tribunal Superior
Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil*

Exp. 11001-31-03-001-2017-00385-02

TEMA: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL/INCUMPLIMIENTO CONTRATO DE CONFECCION DE OBRA MATERIAL/TERMINACION DE ESA ESPECIE DE CONVENCION/INCUMPLIMIENTO DE AMBOS CONTRATANTES/MUTUO DISENSO TÁCITO-DESARROLLO JURISPRUDENCIA

COPIA TEXTO DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR

DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

Magistrada Ponente

NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN

Bogotá D.C., primero (1) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual de 14 de agosto de 2020.

Ref.: Exp. 11001-31-03-001-2017-00385-02

Se decide el recurso de apelación interpuesto por Proyektarte S.A.S. (demandada principal y demandante en reconvención) frente a la sentencia proferida el 17 de julio de 2019, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, dentro del juicio verbal adelantado en su contra por Lenguaje Urbano S.A., y su respectiva demanda de mutua petición.

I. LA DEMANDA PRINCIPAL

1.1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

La actora pidió declarar que la convocada incumplió el contrato de incumplió el contrato de mano de obra ajustado entre ellas [Folio 70, c. 1]; y, en consecuencia, condenarla, por una parte, a reintegrar \$293'884.438.50 -anticipo-, junto con el interés moratorio generado desde su entrega hasta el día de su cancelación; y, por la otra, pagar la cláusula penal pactada en cuantía de \$163.269.132.80.

Sustentó tales súplicas en los siguientes hechos:

1. El 18 de noviembre de 2015, las partes celebraron un contrato civil de mano de obra para la cimentación y estructura del edificio Laya 119 en la ciudad de Bogotá.
2. En aquél, Proyektarte S.A.S. se obligó a ejecutar la cimentación y estructura de la edificación, conforme a los requerimientos del proyecto y las respectivas normas de construcción.
3. La contratista suscribió las pólizas N° 310-45-994000001784 y N° 310-74-994-0000001706 con Aseguradora Solidaria, para garantizar el buen manejo del anticipo, el cumplimiento y la estabilidad de la obra, responsabilidad extracontractual y el pago de salarios y prestaciones sociales a su cargo.
4. El valor total de la obra contratada fue de \$1.632'691.328.
5. En la cláusula 5.1, los estipulantes convinieron el pago de un anticipo, equivalente al 20% del precio total de la obra, o sea \$326'538.265.60, cantidad ésta a cubrir así: a) En especie el 10% (\$32'653.826,56), suma que se tendrían por abonada a la separación del apartamento 205 del mismo proyecto, y para ello fue suscrito un contrato de vinculación de área en el Fideicomiso Unicentro 119,

constituido con Acción Fiduciaria; b) El 45% (\$146'942.219,52) a la firma del contrato; c) El 45% restante (\$146'942.219,52) con un cheque o transferencia, dentro de los 15 hábiles siguientes a la suscripción del negocio.

6. El plazo de entrega de la obra pactado fue 128 días calendario, obligándose el contratista a pagar al contratante una multa en caso de incumplimiento.

7. En el numeral 9.3 del Anexo 5 del susodicho contrato estipularon una cláusula penal, correspondiente al 10% del valor del contrato, sanción que la parte incumplida debía pagar a la cumplida. [Folio 9, c. 1]

8. La actora pagó a su contendora el monto del anticipo, una vez "legalizado" el contrato y presentadas las pólizas respectivas.

9. En acta del 18 de diciembre de 2015 fue modificada la forma y fecha de pago del último saldo del anticipo (\$146'942.220), acordando cancelarlo con concreto, hierro y efectivo a entregar el 12 de enero de 2016.

10. Desde un inicio la contratista evidenció su incumplimiento, tal como lo prueban los requerimientos enunciados, efectuados por la contratante en múltiples ocasiones, sin obtener respuesta a los mismos.

11. El 19 de abril y el 4 de mayo de 2016, Lenguaje Urbano requirió a Proyecktarte S.A.S. para liquidar el contrato, sin que a la fecha de presentación de la demanda haya accedido.

12. El 29 de abril de 2016, la actora pidió a Gestión Civil Ingenieros S.A.S. realizar un informe sobre las deficiencias de calidad de la obra, entidad que rindió su concepto el 4 de marzo de 2016.

13. La demandante dio aviso del siniestro a la Aseguradora Solidaria Colombia S.A., pero ésta inicialmente le atribuye la insatisfacción de sus compromisos

contractuales y, con posterioridad, aduce que en razón a la mutua imputación de incumplimiento de los estipulantes designa a la firma Ajustadores Públicos Ltda., para esclarecer esa situación.

14. El 5 de septiembre de 2016, Lenguaje Urbano terminó unilateralmente el contrato de fideicomiso por incumplimiento en los pagos de los aportes que le correspondía hacer como beneficiario de área.

1.2. La réplica y los medios exceptivos.

La convocada negó el incumplimiento imputado y se opuso a las pretensiones, esgrimiendo, en su defensa, la excepción “contrato no cumplido”, atribuyendo a su contendora la insatisfacción de las obligaciones a su cargo [folio 124, C. 1].

II. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

2.1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

La convocada en el litigio primigenio presentó, a su turno, demanda de reconvencción contra la actora principal, para que en el mismo proceso se declare que fue ésta quien incumplió las obligaciones del contrato; y, por contera, condenarla al pago de \$54'972.878, cantidad aún adeudada por las obras ejecutadas en el proyecto materia del contrato, como también de la cláusula penal (\$163'269.132.80), con su respectiva indexación a la fecha de su cancelación.

Fundó esa reclamación, en la situación fáctica siguiente:

1. Lenguaje Urbano incumplió el contrato desde su inicio, porque no pagó el anticipo en la forma y tiempo estipulados.

2. La contratante, además, incumplió al no entregar el estudio de suelos, planos estructurales, arquitectónicos, hidrosanitarios y eléctricos, ajustados al cumplimiento de las normas de construcción (incompletos, sin firma diseñador estructural, discrepancias estudio de suelo y sistema constructivo, detalles pendientes y errores); como tampoco aportó la programación de la obra, ni tuvo en la misma el personal a su cargo (maestro de obra y personal de replanteo) ni retiró el material proveniente de las excavaciones, escombros o residuos de las demoliciones.

3. Los incumplimientos de la contratante generaron el retraso de las obras que estaban a cargo de la contratada.

2.2. Contestación y excepciones.

Lenguaje Urbano insistió en que quien incumplió el susodicho contrato fue su contendora y, en su defensa, alegó “contrato no cumplido”, inexistencia del incumplimiento imputado, “mala fe de Proyektarte S.A.S.”, “inexistencia de la deuda” invocada por la contrademandante y de perjuicios para cobrar la penalidad, y la “falta de causalidad” [Folio 121, c. 2]

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Resolvió acoger las pretensiones solicitadas de la demanda principal y, a su vez, negó las súplicas de la reconvención; subsecuentemente, condenó a Proyektarte S.A.S. a reintegrar a la contratante la cantidad de \$172'233.525, diferencia entre la obra ejecutada y el valor cancelado como anticipo, junto con el interés moratorio, causado desde el 16 de abril de 2016 hasta la solución del capital. Asimismo, asumir el monto de la cláusula penal y las costas del proceso.

Para arribar a esa decisión, consideró:

En primer lugar, tuvo por indiscutida la existencia del contrato e, igualmente, la celebración del encargo fiduciario para la ejecución del pago en especie del 10%

del anticipo, mediante un porcentaje de área del edificio, correspondiente a un apartamento.

Reparó en el contrato de fideicomiso y en la ejecución de las obligaciones allí pactadas, concluyendo su incumplimiento por la beneficiaria de área -Proyektarte- y que, en consecuencia, había lugar a aplicarle la cláusula penal allí estipulada, es decir, la entrega al fideicomitente de los saldos que el beneficiario de área hubiere destinado para la separación del apartamento 205 del Proyecto Laya 119.

Arguyó, también, que aun cuando estaba demostrado que la demandante no consignó ninguna cantidad al fideicomiso por aquel concepto, ello no era óbice para considerar incumplida a su contraparte, porque tal omisión fue un asunto meramente contable, pues tales dineros *“tarde o temprano iban a parar a manos de Lenguaje Urbano”*.

De igual modo, dio por demostrado la insatisfacción por la “contratista” de sus compromisos contractuales, con el interrogatorio absuelto por su representante legal, pues admitió retrasos significativos y su imposibilidad de entregar la obra, por lo que tomó la decisión de retirarse de la misma el 16 de abril de 2016.

Infirió, entonces, que Proyektarte no ejecutó la totalidad de la obra por el valor del anticipo pagado por Lenguaje Urbano, retirándose de ella sin haber concluido el objeto del contrato, lo cual corroboró el hecho de que la “contratante” terminó ejecutando la obra y reafirman las actas obrantes en el proceso y la aludida confesión de la representante legal de la convocada principal.

Por otra parte, abordó los pagos realizados por Lenguaje Urbano a Proyektarte, excluyendo unos rubros, de los cuales estimó no había prueba de su pago como anticipo.

Por último, consideró que las súplicas y fundamentos fácticos de la demanda de reconvencción no encontraban asidero en el acervo probatorio recaudado, por lo que debían negarse.

Por lo demás, ningún valor probatorio le concedió a los dictámenes periciales presentados por las partes, por cuanto estimó que carecían de objetividad, solidez y claridad, y solo reflejaban los puntos de vista subjetivos de los contendientes; de tal suerte que pareció que las expertas actuaron en causa propia y no con imparcialidad.

IV. LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA

Sólo apeló Proyektarte S.A.S., quien formuló sus reparos concretos oralmente y por escrito, los cuales, en síntesis, se contraen a los aspectos siguientes:

4.1. Frente a la primera condena, consistente en devolver el valor del anticipo no ejecutado (\$172'233.525), reprochó su falta de sustento probatorio, pues si bien ambas partes coinciden en que el valor de la obra ejecutada por la contratista fue de \$651'420.005, también lo es que el acervo probativo no evidencia el monto reconocido en el fallo como anticipo pagado por la contratante (\$810'680.238), correspondiendo a una mera afirmación de la demandante principal. En efecto:

a) El *a quo* incluyó en ese rubro \$79'249.072, por concepto del pago en especie con el apartamento 205 del Proyecto Laya 119, pero está acreditado que la contratante no consignó esa suma de la manera establecida en el parágrafo 3 del numeral 5 del contrato de obra, según emerge de la declaración rendida por la experta que rindió el dictamen aportado por Lenguaje Urbano S.A., como también del interrogatorio de su representante Legal y de la certificación expedida por Acción Fiduciaria.

Luego -agregó-, no hay razón para condenar a Proyektarte a devolver dineros que nunca entraron a su patrimonio, en efectivo ni en especie.

b) La retención de garantía (\$35.105.772.00) no fue autorizada por Proyektarte S.A.S. para ser abonada al precitado apartamento; y, en todo caso, ese valor fue reintegrado por Acción Fiduciaria a Lenguaje Urbano, como lo confesó el representante legal de la contratante; y jamás entró al patrimonio de la contratista.

c) La contratante no giró a Acción Fiduciaria \$32.653.826.00, como abono de área del apartamento en cuestión, conforme lo evidencia la certificación visible a folio 137.

d) Dio por demostrado que su contendor le pagó \$174'.628.974, incluyendo valores ajenos al anticipo, así: **a)** La cantidad de \$22'238.000 la contabilizó dos veces, como anticipo y pago en hormigón o concreto para la obra; **b)** \$1'117.949 que correspondían a un pago a la concretera Tremix, el cual excede en 3 m³ la cantidad de material efectivamente recibida; **c)** \$13'240.731, por concepto de un material que no fue recibido ni ejecutado por Proyektarte; **d)** \$1'345.600 por el costo de un concreto para pilotaje, el cual, como quedó acreditado no estuvo a cargo de Proyektarte S.A.S.

En últimas, alegó que la contratante le pagó por la obra ejecutada \$647'950.604.00, por lo que resulta incomprensible haber sido condenado a reintegrarle \$172'233.525, excedente que no está probado en el plenario.

4.2. El fallador se equivocó al condenarla a pagar un interés moratorio, por cuanto no hay prueba de cuándo surgió la obligación de reintegrar al contratante ese dinero.

4.3. No está demostrado el incumplimiento imputado a la contratista y, por ende, tampoco había lugar a condenarla a cubrir la cláusula penal pactada.

Para sustentar ese reproche expuso que en la cláusula 5ª del contrato quedó estipulada la forma de pago del anticipo: **a)** \$32'653.826,56 en especie, mediante un porcentaje de área correspondiente al apartamento 205 del Proyecto Laya; **b)**

\$146'942.219,52 el día de perfeccionamiento del contrato; y **c)** \$146'942.219,52 dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de la firma del contrato.

Y ninguno de esos rubros se pagó en la fecha y forma acordadas. Luego, fue la contratante quien incumplió su obligación de pagar el anticipo.

No obstante, el juez de primera instancia decidió de manera generalizada que fue la demandada quien incumplió su obligación al haber incurrido en “unos retrasos de obra”, sin especificar los mismos.

Además, Lenguaje Urbano firmó las actas en las que constaban los retrasos sin hacer objeciones, tal circunstancia fue aceptada por la contratante, por lo que no puede ahora reclamar un incumplimiento con el que estuvo de acuerdo.

4.4 Acusó de incongruente el fallo, porque en la demanda principal se pidió la devolución del monto pagado como anticipo, mientras que aquel ordenó el reintegro de una cantidad cancelada en exceso respecto del valor de la obra ejecutada por la convocada.

V. CONSIDERACIONES

1. Están cumplidos los presupuestos procesales y no se advierte irregularidad alguna que vicie la actuación, por lo que procede dirimir el mérito de la controversia, dentro del ámbito de competencia de esta instancia, la cual está delimitada por los reparos formulados por el apelante, lo que, por contera, deja al margen del escrutinio cualesquier cuestión que no hubiere suscitado inconformidad y que no esté íntimamente relacionada con las eventuales modificaciones frente a lo resuelto en primera instancia (artículo 328 del C.G.P.).

2. De entrada, conviene aclarar que la controversia jurídica aquí planteada versa, exclusivamente, sobre las obligaciones derivadas del contrato de confección de

obra suscrito por las partes, pues ese fue el objeto del litigio que delinearon las partes en sus respectivas demandas y contestaciones; de ahí que esta sede carece de competencia para adoptar decisiones frente al contrato de vinculación al fideicomiso Recursos Proyecto Unicentro 119, pues cualquier alusión al mismo que exceda la de un simple hecho probatorio orientado al esclarecimiento del presente proceso constituye una extralimitación de la potestad judicial por *extra petita*.

3. Ninguna discusión suscitó entre las partes la naturaleza del contrato ajustado entre ellas, esto es, un “contrato para la confección de una obra material”, instituido en el Código Civil en el artículo 2053 y s.s., y definido por la doctrina así: *“el contrato de obra a precio alzado o por ajuste cerrado es el contrato por el que una persona llamada ‘empresario’ se obliga a ejecutar, bajo su dirección y con materiales propios, una obra que le encarga otra persona llamada ‘dueño de la obra’, la cual se obliga a pagarle un precio global”*.¹

3.1 La terminación de esa especie de convención, entre otras, puede acaecer, y dar lugar a exigir las consecuencias de su incumplimiento, por resolución o por resiliación, alternativas con presupuestos sustanciales disímiles.

3.1.1 Por sabido se tiene que el artículo 1546 del Código Civil consagra una facultad implícita en los contratos bilaterales, según la cual todo contrato puede resolverse en caso de que uno de los contratantes no cumpla lo pactado. Mas, esa potestad sólo se concede a la parte que ha ajustado su conducta a los términos de la respectiva convención, pues, como lo ha advertido la jurisprudencia de la Corte Suprema, *“el titular de dicha acción indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden”*.²

Así se deduce del contenido literal, claro e inequívoco de la disposición, según la cual la condición resolutoria contractual opera en caso de que lo pactado no se cumpla *“por uno de los contratantes”*; de lo cual se infiere que la parte que reclama la resolución o el cumplimiento del contrato, con la consecuente indemnización de

¹ Ramón SÁNCHEZ MEDAL. *De los contratos civiles*. México: Porrúa, 1978. p. 291.

² CSJ SC del 7 de noviembre de 2003. Ref.: Exp. 5319.

perjuicios, tiene que haber cumplido con su parte del convenio, pues no puede escudarse en esta figura para pretender liberarse de las obligaciones que contrajo.

De lo anterior se sigue que no hay lugar a la resolución del contrato por la figura que se viene analizando, cuando la parte que la alega también ha incurrido en falta y se encuentra, por tanto, en situación de incumplimiento jurídicamente relevante.

La solución que en un principio dio la jurisprudencia para cuando se demostraba en el proceso que ambas partes incumplieron sus obligaciones, consistió en declarar improcedentes cada una de las acciones por no poderse considerar morosa a ninguna de las partes. Esta tesis fue sostenida por la Corte Suprema hasta el año de 1971,³ condicionando la prosperidad de la acción resolutoria prescrita en el artículo 1546 del Código Civil a la demostración de que el demandado incumplió sus obligaciones y el demandante cumplió las suyas o se allanó a cumplirlas. De ahí que la resolución sólo era predicable en los eventos de incumplimiento unilateral. Esta interpretación tradicional, textual y rígida de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil conducía a la declaración de la excepción de contrato no cumplido y la negación de las pretensiones, con lo que no se ofrecía una tutela jurídica efectiva a los intereses de los contratantes, pues dejaba su relación jurídico-sustancial son una solución de fondo.

3.1.2. Esa postura cambió a partir de un fallo de casación proferido el 23 de septiembre de 1974,⁴ en el que introdujo la figura del “mutuo disenso tácito” luego de comprobar que ambas partes incumplieron sus obligaciones contractuales. En aquélla oportunidad argumentó: *“la voluntad de las partes no solo es susceptible de manifestarse a través de la declaración expresa, sino que también puede serlo mediante actos que implícitamente la dan a conocer”*, agregando que *“...las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando por el contrario, la intención y los fines perseguidos por quien los ejecuta”*, por lo cual *“es preciso darle a la recíproca*

³ proceso ordinario promovido por Antonio María Gutiérrez Aguilar contra Jorge Restrepo Idarraga y Hernando Isaza Sierra. Gaceta Judicial, CXXXVIII (2340-2341), 373-383.

⁴ Sentencia dentro del proceso de Antonio María Gutiérrez Aguilar contra Jorge Restrepo Idarraga y Hernando Isaza Sierra. Gaceta Judicial, CXXXVIII (2340-2341), 373-383.

inejecución de las obligaciones contractuales la significación exacta de la desistencia (sic) tácita, a la manera como podría producirse mediante el mutuo disenso expreso”.

De esa forma, la Corte admitió la configuración del mutuo desistimiento tácito ante el recíproco y simultáneo incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en un contrato bilateral vigente, dando por supuesto que el simple incumplimiento recíproco se entendía como voluntad de no continuar con el vínculo contractual.

Se dio, entonces, una solución similar a la que aparejaba la figura de la condición resolutoria prevista en el artículo 1546, pero a partir de presupuestos jurídicos y fácticos distintos, pues el mutuo disenso, distracto contractual o resiliación, encuentra su sustento en la autonomía de la voluntad consagrada en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil.

En fallos posteriores, la Corte reiteró su postura, la cual mantiene vigente hasta hoy; pero, a partir de una decisión del 20 de septiembre de 1978,⁵ no volvió a suponer que el mutuo disenso se infería automáticamente a partir del mero incumplimiento recíproco, sino enfatizando en que la conducta de los contratantes debía reflejar esa voluntad inequívoca dirigida a disolver o extinguir el negocio jurídico, conforme también lo asentó en la sentencia de 7 de diciembre de 1982⁶, entre otras.

Mientras que, con relación a la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609, el alto tribunal consideró: *“Si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos está en mora. En parte alguna del artículo dice que en los contratos bilaterales los contratantes pierden la acción resolutoria o ejecutiva dejando de cumplir”.*

⁵ Corte Suprema de Justicia, Cas Civ., 20 de septiembre de 1978, juicio de Francisco Barragán contra Dimas Alberto Gómez. Gaceta Judicial de 1978, CLVIII (2399), 215-218.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ. 7 de diciembre de 1982, juicio de Luis Guillermo Aconcha contra Antonio Escobar. ID344700. Gaceta Judicial, CLXV 2406, 341-350.

En consecuencia, si ambos contratantes han incumplido, no les son aplicables los efectos de la mora, pero es posible que sí puedan demandar alternativamente el cumplimiento de la obligación principal o la resolución del contrato. La *exceptio non adimpleti contractus*, en suma, opera de manera parcial, permitiendo la extinción del vínculo contractual.

De igual modo aclaró que, en el evento en que el cumplimiento de una de las partes deba darse primero en el tiempo, de suerte que sea un requisito para que la otra parte esté en capacidad de cumplir, tal incumplimiento puede ser constitutivo de mutuo disenso tácito cuando, a pesar de haber sido recíproco, logra inferirse con certeza la voluntad de las partes dirigida inequívocamente a no continuar con la ejecución del contrato.

En sentencia del 16 de julio de 1985, la Corte siguió la línea argumental que exige la prueba de una voluntad inequívoca de disolver el vínculo contractual como presupuesto para que se configure el mutuo disenso tácito. De igual forma, aclaró que el mutuo disenso tácito requiere de declaración judicial en vista a que sea el juez quien verifique la configuración de sus elementos definitorios:

“Si el mutuo disenso quedare excluido de cualquier intervención judicial, haría difícil que las prestaciones se restituyeran recíprocamente, con el mantenimiento de un negocio en que las partes han dado muestra de todo lo contrario; de no conservarlo, de deshacerlo. Así, pues, se ha de encontrar el camino para que el contrato se disuelva por los medios judiciales”.

La Corte, en suma, a partir de las previsiones contenidas en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, se ha mantenido firme en su postura respecto de la posibilidad de extinguir un contrato bilateral por mutuo disenso tácito, al quedar demostrado tanto el incumplimiento recíproco como la voluntad inequívoca de disolver el vínculo.⁷

⁷ Sentencias del 2 de febrero de 1994, 19 de octubre de 2000, 26 de julio de 2005, 5 de junio de 2007, 12 de febrero de 2007, 14 de diciembre de 2010, 3 de junio de 2014 y 14 de noviembre de 2014.

4. Planteados de ese modo los contornos jurídicos del debate, hay que concluir que no es posible acceder a las pretensiones formuladas por las partes en sus respectivas demandas principal y de reconvención, por no haberse demostrado los supuestos de hecho de los institutos jurídicos o acciones sustanciales sobre las que pudo versar el proceso.

4.1 Llama la atención la extraña manera en que se formularon las pretensiones de ambos libelos, pues en ninguno de ellos se solicitó la declaración de terminación del contrato ni, mucho menos, la fuente jurídica de la que podían emanar las consecuencias pretendidas.

En efecto, en ambas demandas se solicitó la declaración de incumplimiento de la contraparte, cumplimiento propio, devolución de saldos a favor con intereses moratorios y pago de la cláusula penal, sin indicar la fuente de la obligación. La actora principal invocó el artículo 2008, alusivo a la terminación del contrato de arrendamiento, completamente inatinerante a la materia; mientras que la demandante en reconvención aludió a “las normas del Código Civil y de Comercio aplicables a la materia”.

La falta de enunciación de la norma sustancial aplicable al caso no eximía al juzgador de suplir esa deficiencia y calificar la demanda para adecuar la controversia y el debate probatorio a la demostración de los supuestos de hecho previstos por el instituto jurídico que rige el caso, pues ese deber-obligación se lo impone el numeral 5º del artículo 42 del Código General del Proceso, tal como lo ha explicado la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema.⁸

En ese orden, si se entendiera que la acción sustancial incoada sobre la que se sustentaron las pretensiones fue la de resolución del contrato de confección de obra, habría que concluir sin ambages que sendas acciones están destinadas al fracaso, pues el primer presupuesto sustancial para acceder a esa declaración consiste en que el contrato a resolver se encuentre vigente.

⁸ SC780-2020 del 10 de marzo de 2020. Rad.: 18001-31-03-001-2010-00053-01.

Desde luego que la terminación del contrato por incumplimiento de lo pactado y las consecuencias patrimoniales de tal declaración presupone, necesariamente, que la convención que se va a dar por concluida exista y esté vigente, pues ningún sentido tiene terminar lo que ya se ha extinguido. Mas, de la simple revisión del acervo probatorio surge diáfano que la voluntad inequívoca de ambas partes fue dar por concluido el vínculo contractual.

Ciertamente, tanto las declaraciones de las partes en audiencia, como los testimonios y la documental adosada, evidencian que la voluntad de la actora, por los motivos que fueren, fue concluir su relación civil con la demandada, a tal punto que la obra que le encomendó terminó siendo realizada por otra empresaria, como lo constató el testigo José Jair Loaiza, quien asegura que cuando Lenguaje Urbano no iba a dar los resultados esperados, decidió cambiar al contratista.

La empresaria, por su parte, dejó consignada su intención por escrito, en el “*acta de terminación y liquidación unilateral del contrato civil de obra*”, de fecha 15 de abril de 2016, visible a folio 105 del cuaderno 2, frente a la cual la parte actora no formuló ninguna objeción.

Es más, en sus alegaciones finales, las partes admitieron, mediante apoderado, que la fecha de terminación de la relación contractual fue el 15 de abril de 2016, tanto así que ese fue el extremo temporal final para calcular los rubros que había que restituir, según la demandante, por pagos realizados a obras no ejecutadas; y, según la demandada, por valor de obra construida de más respecto del anticipo que recibió. Así lo reconoció el juzgador *a quo*, sin que ese punto fuera materia del recurso de apelación.

Si, como lo admitieron ambas partes, la relación contractual concluyó el 15 de abril de 2016, porque esa fue la voluntad inequívoca de los contratantes, no es de ninguna manera admisible interpretar la demanda principal y la de reconvencción en el sentido de suponer que la acción sustancial en que se fundaron las pretensiones

fue la de terminación del contrato por incumplimiento de una de las partes, en virtud de la condición resolutoria prevista en el artículo 1546 del Código Civil.

Independientemente de que el incumplimiento se haya producido por una de las partes o por ambas, lo cierto es que no fue la condición resolutoria tácita el fundamento jurídico de la extinción del contrato, sino la voluntad de los contratantes de no continuar su relación civil, es decir, que terminaron el contrato por mutuo disenso tácito.

4.2 Ahora bien, no sólo quedó demostrada la recíproca intención de no continuar la relación contractual, como se explicó con precedencia, sino que, además, se probó en el proceso que ambas partes incumplieron sus obligaciones; por lo que al no estar ninguna de ellas en mora frente a la otra, no es posible establecer una condena a cargo de una de ellas por concepto de indemnización de perjuicios o de pago de la cláusula penal.

4.2.1 La obligación principal del dueño de la obra es pagar el precio en la forma y monto estipulados en el contrato.

En la cláusula quinta del contrato se estipuló:

“Forma de pago. A título de anticipo se cancelará el 20% del total del contrato, valor que asciende a la suma de TRESCIENTOS VEINTISEIS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$326'358.265,60), pagaderos de la siguiente manera: a. El 10% en especie, a título de separación abonados al apartamento N° 205 por valor de TREINTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS VEINTISEIS PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS (\$32'653.826,56); b) El saldo del anticipo se partirá en dos: un 50%, CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON 52 CENTAVOS (\$146'942.219,52) se cancelará una vez perfeccionado el contrato, y el otro 50% CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON 52 CENTAVOS (\$146'942.219,52) se cancelará en cheque o se transferirá a los quince días hábiles contados a partir de la fecha de la firma del presente contrato. Este anticipo se amortizará en cada uno de los cortes

de obra que se le realicen a EL CONTRATISTA, y será del 20%”. [Folio 9, cuaderno 1]

Quedó suficientemente demostrado que el dueño de la obra nunca pagó el 10% del anticipo en la forma estipulada en el contrato, pues jamás consignó en el encargo fiduciario la cantidad convenida; tal como lo prueban la certificación de Acción Fiduciaria, el dictamen pericial aducido por la actora, y la declaración del representante legal de la demandante. Este hecho, por sí mismo, implica el incumplimiento de la obligación asumida por la demandante y le impide acceder a la prosperidad de sus pretensiones, puesto que da lugar a la declaración de la excepción de contrato no cumplido.

Lo extraño es que, siendo el incumplimiento evidente, Lenguaje Urbano S.A. lo haya incluido en su contabilidad no como un débito a favor de su contraparte, sino como un crédito como parte de pago del anticipo. Y, más extraño aun, es que el juez de primera instancia le hubiera dado la razón, aseverando que, si bien es cierto que esa cantidad nunca se pagó, ello no prueba el incumplimiento de la actora porque se trató *“de un asunto contable”*.

Desde luego que se trató de un asunto contable, que de suyo refleja una contabilidad errada y constitutiva de mala fe, pues la sana lógica y las reglas de la contabilidad indican que una obligación que no se paga es una deuda, no un crédito.

A pesar de que el perito contable no supo explicar la razón y el fundamento de su conclusión, y de que el juez reconoció la falta de objetividad y rigor de ese medio de prueba, la tuvo en cuenta no sólo para inferir de la nada que la demandante sí cumplió su obligación, sino, lo que es peor, para ordenarle a la demandada la restitución de una suma de dinero que jamás ingresó a su patrimonio, prohijando de esa manera el pago de lo no debido y el enriquecimiento injustificado de la parte actora.

Mas, ese desafuero no terminó ahí, pues el juez también pasó por alto que la controversia a definir versaba sobre las declaraciones inherentes al contrato de obra, se adentró en el análisis, interpretación y efectos jurídicos del contrato de fideicomiso, concluyendo que la demandada incumplió el encargo fiduciario y que, por tanto, era merecedora de la cláusula penal en virtud de la cual debía perder las sumas que, de manera virtual o imaginaria, fueron abonadas al apartamento 205 del Proyecto Laya 119. De esa manera, le atribuyó al beneficiario de área un incumplimiento al que no dio origen, pues quedó demostrado que quien tenía la obligación de pagar las cuotas correspondientes al encargo fiduciario, y no lo hizo, fue el fideicomitente (Lenguaje Urbano) y no el beneficiario del área (Proyektarte).

El fallo de primera instancia, en suma, se alejó de la realidad probatoria, al tener como parte del anticipo pagado al empresario por el dueño de la obra una suma de dinero, de cuya efectiva cancelación ninguna certidumbre ofrece el acervo probatorio.

Pero la parte demandante no sólo incumplió con su parte de pago en especie, sino que nunca demostró, siendo su carga probatoria, que pagó el resto del anticipo en la forma y tiempo estipulados por las partes. Memórese, para tal efecto, que la defensa de la demandada se sustentó en una negación indefinida, al señalar que la dueña de la obra no le pagó a tiempo las sumas acordadas. Luego, al no requerir prueba esa negación, en virtud de lo previsto en el inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso, era la actora quien tenía la carga de probar que sí cumplió a cabalidad su obligación, es decir dentro de los plazos convenidos y en la forma acordada.

Tal prueba nunca se aportó al proceso, sobre todo si se tiene en cuenta que ni siquiera hubo claridad sobre cuáles fueron los plazos convenidos para realizar los pagos, pues los términos inicialmente pactados en el contrato fueron frecuentemente modificados de manera poco clara.

Así, en acta del 18 de diciembre de 2015 [folio 37, c. 1], se acordó hacer pagos de la siguiente manera: “\$37’584.000 para concreto”, pero no se aclaró de qué manera y en qué plazos se haría ese pago en especie; “\$25’000.000 para hierro”, adoleciendo ese rubro de igual grado de indeterminación; “\$20’000.000 para mano de obra”, desconociéndose la fecha y forma de pago de este último rubro.

Seguidamente se estipuló en ese mismo documento: “Un segundo pago para el hierro de \$25’000.000 que será cancelado el 24 de diciembre”, y “el saldo por valor de \$39’358.220 para el día 12 de enero de 2016”, sin que se aportara prueba de ellos.

No hay manera de saber si estas modificaciones se hicieron al primer o al segundo anticipo pactado, pues ni en ese documento ni en ningún otro medio de prueba se aclaró esa situación.

En comunicación del 19 de noviembre de 2015, la representante legal de Proyecktarte S.A.S. autorizó un descuento por \$9’000.000 al primer anticipo, sin quedar claro por cual concepto se hacía ni cuándo debía ser aplicado. [Folio 46]

En acta del 15 de enero de 2016 Lenguaje Urbano afirmó haber pagado a Proyecktarte la suma de \$284’570.000, pero, a juzgar por lo convenido en la cláusula quinta del contrato de obra, para esa fecha la contratante debía haber pagado el valor del 90% del anticipo, es decir la suma de \$293’884.439439,07; lo que, de suyo, evidencia el incumplimiento de la demandante para ese momento.

En acta del 21 de enero de 2016 [folio 55] las partes acordaron unas modificaciones a la ejecución del contrato, al descuento en porcentaje del apartamento y retención de la garantía, sin que exista claridad sobre qué fue lo que convinieron, a qué parte del precio debía aplicarse la modificación (si a anticipo o al saldo del valor de la obra); ni en qué fechas y de qué manera debían hacerse esos pagos. La indeterminación y desorganización de las partes en sus cuentas fue, de ese modo,

una constante en toda la ejecución del contrato, como lo evidenció su contabilidad; por lo que no resulta extraño que el negocio que celebraron hubiera fracasado.

La demandante, en suma, no demostró que honró su obligación de pagar el anticipo en la forma y términos estipulados en el contrato; ni probó cuáles fueron los plazos en los que, finalmente, debió realizar los pagos en virtud de las modificaciones acordadas por las partes. Y, por el contrario, quedó debidamente comprobado que nunca pagó el porcentaje en especie con destino a la separación del apartamento 205 del Proyecto Laya 119.

De ese modo, al no estar demostrado en el proceso que se trató de un contratante cumplido, no es posible predicar de su adversario que estuvo en mora; ni, mucho menos, imputarle responsabilidad por incumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicios y pago de la penalidad contractual.

4.2.2. El incumplimiento de la empresaria, por su parte, quedó suficientemente evidenciado en el proceso. De ello dieron cuenta los testimonios de Sergio Espejo Niño y de José Loaiza, quienes relataron en audiencia que presenciaron las irregularidades en la ejecución de la obra.

Así, el ingeniero Sergio Espejo, quien fue supervisor técnico de la obra y era el encargado de verificar que la construcción se adelantase de conformidad con los planos y demás requerimientos técnicos, relató que en el costado suroccidental de la cimentación se tuvo que hacer una excavación mayor a la proyectada porque había material no competente, el cual hubo que retirar para poner en su lugar un concreto diferente. También señaló que las columnas del costado sur no tenían el hierro adecuado para la obra. Indicó que la losa del primero piso (de aproximadamente 700 m²) quedó con huecos y hubo que retirarla. De igual modo, refirió que hubo necesidad de demoler y reconstruir unas viguetas; y que no se vertió el concreto de manera correcta en las columnas de los pisos 1º y 2º, por lo que debieron ser demolidas. A todo lo anterior, se sumaron los retrasos en la obra como por mes y medio.

Por su parte, el arquitecto José Jair Loaiza, director y supervisor de obra del Edificio Laya 119, aseguró que hubo retrasos en el suministro de los materiales, mala ejecución, problemas de calidad y poco personal. Señaló que en diciembre Proyektarte no había entregado el porcentaje de la obra acordado; no tenía maestro de obra; hubo problemas en placas y columnas; no se usó el acero de refuerzo que se había establecido en los planos estructurales; debieron demolerse las columnas, lo que generó retrasos en la programación de la obra; y se presentaron problemas de cimentación.

De igual modo, en el informe presentado por Sergio Espejo Niño, en calidad de representante legal de la firma Gestión Civil, encargada de realizar la supervisión técnica de la obra, constan los incumplimientos y deficiencias en que incurrió la empresaria. [Folio 145 y siguientes, cuaderno 1]

Finalmente, la misma representante legal confesó en su interrogatorio que incumplió sus obligaciones contractuales; sin admitir, claro está, su responsabilidad, pues atribuyó su incumplimiento al correlativo y anterior incumplimiento de su contraparte.

4.3. Es cierto que el incumplimiento recíproco no implica necesariamente la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido, pues ello sólo ocurre cuando las partes asumen obligaciones simultáneas, concomitantes o coetáneas (dando y dando); pero no cuando se trata de obligaciones sucesivas, es decir cuando uno de los contratantes debe pagar primero su prestación para que su contraparte pueda cumplir con la suya.

Así ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema, que en fallo reciente reiteró que *“... en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino sucesiva, se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, quien primero incumple automáticamente*

*exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque esta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada”.*⁹

La empresaria, en suma, tenía la posibilidad de ganar su demanda, a pesar de estar probado su incumplimiento, si hubiera demostrado que su obligación no era simultánea o concomitante, sino sucesiva; es decir, que la ejecución del contrato a su cargo dependía del cumplimiento previo de las obligaciones del dueño de la obra. Pero no cumplió con su carga demostrativa, pues no hay en todo el acervo probatorio el más mínimo indicio que permita colegir que se trató de una obligación de esas características; por el contrario, según se advierte en el clausulado del contrato, la sociedad contratante se obligó a cancelar una parte del anticipo al perfeccionarse aquel y a, su vez, la contratista le correspondía iniciar la obra encomendada, pues el término pactado empezaba a correr “a partir de la firma” del mismo.

Probado, entonces, que ambas partes incumplieron sus obligaciones, tratándose de prestaciones recíprocas y simultáneas, hay que concluir de manera necesaria que ninguna de ellas estuvo en mora frente a la otra, por lo que no hay manera de ordenar el pago de perjuicios, en caso de que las pretensiones de devolución de saldos formuladas en ambas demandas se llegaren a interpretar como una especie de indemnización de perjuicios, dada la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido propuesta por ambas partes.

Mas, si llegara a interpretarse la pretensión de devolución de saldos, no como indemnización de perjuicios, sino como restitución en virtud de las prestaciones recíprocas que surgen (aún de oficio) a partir de la declaración judicial de terminación o extinción del contrato, en todo caso no hay manera de saber cuánto fue la cantidad de dinero que realmente la dueña de la obra pagó a la empresaria.

La actora solicitó reintegrar a su poderdante “*los dineros entregados a título de anticipo, esto es la suma de \$293'884.438,50*” [folio 69]. Pero jamás explicó la razón

⁹ SC1209-2018 del 20 de abril de 2018. Exp.: 11001-31-03-025-2004-00602-01.

jurídica de su pretensión, pues se probó que ese adelanto fue invertido por la empresaria en la construcción de la obra que finalmente le entregó. De manera que al haber admitido en sus alegatos de conclusión que la demandada ejecutó la obra por valor de \$651'420.005, no se advierte por ninguna parte cuál fue el perjuicio económico que sufrió ni se justifica la devolución del aludido anticipo.

De manera intempestiva, es decir por fuera del término legalmente permitido para reformar la demanda, la actora fue cambiando de parecer. En ese orden, a lo largo del proceso y sin que el juez director del proceso la interpelara a tal respecto, mutó su solicitud, ya no encaminada a obtener la devolución del anticipo de \$293'884.438,50, sino a que se le devolviera la suma que pagó en exceso con relación al valor de la obra que recibió.

Para justificar la abrupta variación de su pedimento, adujo como hecho nuevo no mencionado en la demanda ni en la fijación del litigio, que el total que le pagó a la empresaria fue de \$810'680.238, por lo que la diferencia respecto al valor de la obra que recibió (\$651'420.005) denotaba –en su sentir– el incumplimiento de las obligaciones de la demandada. En la misma falacia incurrió el juez de la primera instancia al dictar su sentencia.

Tal razonamiento es errado porque el incumplimiento de la obligación del dueño de la obra quedó probado al no haber pagado el anticipo en la forma y plazos acordados. Y tal situación no cambia por el hecho de que hubiera pagado a la empresaria una cantidad de dinero superior a la que inicialmente se estipuló como adelanto, pues el incumplimiento que le atribuyó la demandada –y que se probó en el proceso– radicó en un pago extemporáneo, pero no incompleto. Si la dueña de la obra pagó más de ese valor, ello no purga su incumplimiento, y sólo indica la desorganización de los contratantes al no tener claridad sobre las prestaciones a su cargo.

Ambas partes deshonraron sus obligaciones recíprocas y concomitantes, y se escudaban bajo el pretexto del incumplimiento de la parte contraria para no atender

sus obligaciones; se reunieron varias veces para modificar los plazos de entrega y los términos y formas de pago para, nuevamente, incumplir. Esa fue la constante de la relación contractual tal como quedó en evidencia, hasta que, finalmente, al volverse la situación insostenible para ambos, dieron por terminada la relación contractual: la dueña de la obra no pagando más y contratando a otro empresario; y Proyecktarte S.A.S. expresando por escrito la terminación “unilateral” del contrato. Eso fue lo que realmente sucedió.

Que entre incumplimiento e incumplimiento de parte y parte se llegara a pagar más del valor estipulado como anticipo, y que la empresaria lograra ejecutar la obra valorada por ambos contratantes en la suma de \$651'420.005, en nada cambia la situación antes descrita y, por el contrario, sólo evidencia el desorden y falta de profesionalismo de los negociantes, pues un constructor responsable no llega a tal estado de negligencia; sobre todo cuando en el proceso quedó demostrado que no era la primera vez que entre la empresaria y Lenguaje Urbano se presentaban situaciones de incumplimiento, pues ya en ocasiones pretéritas se había presentado un escenario similar. [Ver testimonio de José Jai Loaiza]

De manera que, aun en el caso hipotético de que hubiera existido una diferencia entre el precio pagado y el valor de la obra ejecutada –lo cual no se probó–, ello no cambia para nada el hecho probado del incumplimiento recíproco; y tan sólo evidenciaría que la parte que tuviera un saldo a favor sufrió un detrimento en su patrimonio que debe ser restituido, no como indemnización de un perjuicio derivado del incumplimiento de la contraparte, pues –se insiste– al no haber parte cumplida, no hay manera de imputarle mora al deudor ni daños ocasionados por su tardanza; sino en virtud de las restituciones mutuas que se hubieren ocasionado con la extinción del contrato.

Pero más allá de que las partes no concretaron a título de qué debía devolverseles el saldo a favor que resultare probado –falencia que podía enmendarse de oficio–, lo cierto es que no hay manera de establecer cuánto fue la cantidad que verdaderamente la dueña de la obra pagó a la empresaria. Ni los documentos

adosados al proceso ni los dictámenes rendidos por las peritas contables lograron determinar esa cifra.

La representante legal de Proyecktarte S.A.S., en su declaración de parte, nunca tuvo claro cuánto se le pagó; y el dictamen contable que allegó a la actuación, lejos de establecer con objetividad, claridad y precisión el monto del dinero que en realidad entró al patrimonio de la empresaria por concepto de pago del precio de la obra, se dedicó a reiterar el desconocimiento que la parte demandada hizo de los conceptos señalados por la actora.

No obstante, la carga de la prueba del pago del precio recayó, exclusivamente, sobre la parte que alegó el cumplimiento de esa obligación, es decir Lenguaje Urbano; quien se caracterizó por variar el monto de esa cantidad durante todo el proceso y, aun, después de emitida la sentencia, cuando se pronunció frente a la solicitud de corrección de errores aritméticos formulada por la demandada.

Tampoco el dictamen pericial presentado por la actora arrojó luces sobre el total del dinero pagado; pues la contadora que lo rindió no supo explicar de dónde sacó las sumas que consideró como partes del pago del precio.

En ese orden, carece de sentido -como se explicó con anterioridad- incluir como parte del precio pagado cualquier cifra por concepto de pago en especie para ser abonado al encargo fiduciario, pues nada se abonó para la separación del apartamento 205 de proyecto. De ahí que la suma de \$79'249.072 que se incluyó por esa referencia no tiene ningún sustento.

Tampoco se supo nunca cuál fue la suma autorizada por concepto de retregarantía, ni cuánto se devolvió por ese concepto.

Mucho menos hubo precisión sobre cuál fue la cantidad que se pagó en especie por concepto de concreto, pues se atribuyó a Proyecktarte un material que ésta no pudo haber recibido, como el que se destinó para la construcción de los pilotes del

edificio, a pesar de haberse demostrado que la empresaria no construyó los pilotes ni fue contratada para ello; al igual que facturas generadas después de que las partes dieran por terminado el contrato. Según las cuentas de la demandada, esa suma cobrada de más asciende a \$13'240.731.

Hay, asimismo, una suma de \$22'238.000, que aparece cobrada doblemente, pues se incluyó como pago de anticipo en especie con concreto y, además, como pago por fuera del anticipo.

La suma de \$1'117.949 que la Concretera Tremix descontó de la factura correspondiente [folio 383] por haber entregado una cantidad menor de concreto de la que fuera inicialmente cobrada.

La actora, en fin, no supo explicar cuánto fue la suma que efectivamente pagó a la empresaria; por lo que mal podría pretender que se le reconociera un saldo a su favor.

Razón tuvo el juez de primer grado cuando desconoció el valor material de los dictámenes periciales por estar plagados de inconsistencias, consideraciones subjetivas, inexactitudes y ausencia de fundamentos. Lo contradictorio de su decisión consistió en concluir, a pesar la completa indeterminación del precio pagado, que la parte actora cumplió su obligación y, además, que le quedó un saldo a su favor.

Ante la falta de elementos de conocimiento que permitan establecer con certeza a cuánto ascendió la suma de dinero que Lenguaje Urbano pagó a Proyektarte por la fracción de la obra que ejecutó, no puede el funcionario judicial suplir la negligencia demostrativa de las partes; ni mucho menos determinar qué rubros deben tenerse en cuenta y cuáles deben ser descontados, pues esa era la misión de los peritos contables; o, peor aún, inventarse una suma de la nada para satisfacer los caprichos de las partes, pues no otra cosa fue la solicitud de unas pretensiones que no probaron las afirmaciones en que quisieron apoyarse.

Por sustracción de materia, nada hay que decir con relación a la solicitud de pago de intereses moratorios.

5. Por último, en lo que respecta a la cláusula penal, no hay manera de concederla a favor de ninguna de las partes; no sólo porque –como ya se demostró con suficiencia– ambas partes incumplieron, de suerte que no es posible atribuirle mora a una sola de ellas; sino, además, por una razón aún más radical, consistente en que la terminación del contrato por mutuo disenso tácito aparejó la extinción de la cláusula penal.

En efecto, siendo la cláusula penal una prestación de carácter accesorio destinada a reforzar el cumplimiento de la obligación principal, como sin dudas se infiere del tenor literal del artículo 1593 del Código Civil, la consecuencia que se produce cuando deja de existir la obligación primigenia, es la extinción indefectible de la penalidad convencional.

Ello es así –explica PEIRANO FACIO– *“por cuanto si la cláusula penal es una obligación accesoria, no puede existir aisladamente sin una obligación que revista respecto de ella la calidad de principal, y a la cual ella acceda”*. Aun cuando materialmente pudiera continuar existiendo –explica el mencionado autor– *“no tendría ninguna razón para continuar produciendo sus efectos, ya que si la cláusula penal es un medio compulsivo para hacer ejecutar al deudor la obligación principal, pierde su razón lógica de ser por el solo hecho de que la obligación principal no exista: si esto sucede desaparece su utilidad y finalidad”*.¹⁰

La alusión exclusiva a la nulidad, no es más que un error de redacción del artículo 1593, pues la doctrina concuerda en que la extinción de la cláusula penal por aniquilación de la obligación principal no se limita a la nulidad, sino a cualquier otra forma de terminación del contrato, como lo es el pago, la compensación, la remisión, la novación, la confusión, la imposibilidad de pago, la anulación, la

¹⁰ Jorge PEIRANO FACIO. *La cláusula penal*. Bogotá: Temis, 1982. p. 310.

prescripción, la condición resolutoria, o la resiliación por mutuo disenso tácito, pues no hay ninguna razón para afirmar que sólo la nulidad declarada genera la extinción de las obligaciones.¹¹

“La cláusula penal –explica VALENCIA ZEA– constituye una obligación accesoria a la obligación principal cuyo cumplimiento pretende asegurarse en forma eficaz (ENNECERUS – LEHMANN). En consecuencia, todo lo que influye sobre la obligación principal asegurada influye sobre la obligación penal; pero no todo lo que influye sobre la obligación penal alcanza a influir sobre la obligación principal”. Así, por ejemplo, “si no alcanzó a nacer la obligación principal es totalmente ineficaz la cláusula penal”; “si se extingue la obligación principal, se extingue la obligación penal”; “en general, la cesión del crédito principal implica cesión de la cláusula penal”.¹²

La única excepción a la anterior regla, es la que consagra el segundo inciso del artículo 1593, a cuyo tenor: *“Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndole una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona”*.

A partir de las anteriores consideraciones, no se aviene a discusión el hecho de que, una vez se extinguió la obligación por mutuo disenso tácito, al haberla dado por terminada la dueña de la obra cuando contrató a otro empresario; y al haberla abandonado la demandada, al punto de dejar consignado en acta su deseo de extinguir la relación negocial, tal como lo admitieron ambas partes al afirmar que el contrato concluyó el 16 de abril de 2016, la única conclusión que se impone es declarar que, junto con la obligación principal, se extinguió la obligación accesoria contenida en la cláusula penal. Su falta de vigencia, en suma, impide cualquier pronunciamiento al respecto.

¹¹ *Ibid*, pp. 311 y siguientes.

¹² Arturo VALENCIA ZEA. *Derecho civil, tomo III. De las obligaciones*, 4ª ed. Bogotá: Temis, 1974. pp. 421-423.

6. Siendo así, la única declaración que se hará será la concerniente al reconocimiento judicial de la extinción del contrato por mutuo disenso tácito; que, si bien no fue solicitada por ninguna de las partes, es la única consecuencia jurídica que se deduce de los supuestos de hecho que quedaron demostrados; debiéndose declarar de oficio, no sólo por ser una materia íntimamente ligada con lo que fue objeto del litigio –por lo que no podría tildarse esa decisión de incongruente– sino, principalmente, porque la figura que se analizó generalmente ha sido declarada de oficio por la Corte Suprema para ofrecer una tutela judicial efectiva y no dejar la controversia en la más completa indeterminación.

Ante la prosperidad parcial del recurso de apelación, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

En tal virtud, se revocará la decisión apelada para, en su remplazo, reconocer de oficio la terminación del contrato de obra celebrado entre las partes por mutuo disenso tácito, negar las pretensiones de la demanda principal y de reconvención, y declarar la excepción de contrato no cumplido formulada en sendas contestaciones.

VI. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 17 de julio de 2019 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá en el proceso de la referencia.

SEGUNDO. En su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda principal, así como las de la demanda de reconvención.

TERCERO. DECLARAR la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido, formuladas en sendas contestaciones.

CUARTO. RECONOCER la terminación del contrato de obra celebrado entre Lenguaje Urbano S.A. y Proyecktarte S.A.S., por mutuo disenso tácito de las partes.

Sin costas en ninguna de las instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN

Magistrada

CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA

Magistrada

-Con aclaración de voto-

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada

FIRMADO ORIGINAL