



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín primero de febrero de dos mil veintitrés

Tipo de pretensión:	Responsabilidad civil contractual
Procedencia:	Juzgado Doce Civil del Circuito de Medellín
Demandante:	Civitel Ingenieros S.A.S.
Demandados:	Sistemas y Telecomunicaciones del Oriente SISTECO
Radicado:	05001 31 03 012 2021 00041 01
Asunto:	Revoca

ASUNTO

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia de fecha 19 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La demanda (c.1 cfr. 02):

Civitel Ingenieros S.A.S. demandó a Sistemas y Telecomunicaciones del

Oriente S.A.S. -Sisteco S.A.S.-, con pretensión declarativa de condena por causa contractual.

Como fundamentos de hecho de la demanda se afirma lo siguiente:

La Concesión Costera de Cartagena – Barranquilla S.A.S contrató a Sisteco S.A.S. para actividades de suministro, custodia, instalación, configuración, actividades de integración de los sistemas inteligentes de transporte ITS, fibra óptica y obras civiles, a través del contrato denominado DJ-001-2019.

Para la ejecución de las obligaciones derivadas de ese contrato de obra, Sisteco S.A.S. contrató a Civitel Ingenieros S.A.S. Este contrato se plasmó en un documento denominado “acuerdo de cooperación comercial”. En él se estableció que la remuneración de Civitel Ingenieros S.A.S. se correspondería con el 35% “del valor total de la utilidad neta del producto de los ejercicios contables y tributarios” del contrato número DJ-001-2019.

Se alega que el precio del contrato de obra que pagó la Concesión Costera de Cartagena – Barranquilla S.A.S y Sisteco S.A.S. ascendió a la suma de \$930.000.100 por las obras inicialmente contratadas; y \$136.552.952 por obras adicionales.

Para calcular el “el valor de la utilidad neta”, en el acuerdo de cooperación se estableció que dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la terminación de la ejecución del contrato de obra DJ-001-2019, Sisteco liquidaría el contrato de colaboración a través de “un centro de costos

independiente” y lo pondría a disposición de Civitel, para que auditara y verificara el resultado. Éste se obtendría de restar del precio del contrato DJ-001-2019 pagado a Sisteco, los gastos que fueron necesarios para su ejecución y los impuestos.

Se afirma que la fecha de finalización de la ejecución del contrato obra, incluidas las obras adicionales, fue el 12 de diciembre de 2019, cuando se entregó a satisfacción del contratante. La parte demandante solicitó a la demandada, el 8 y el 24 de enero de 2020, por correo electrónico, la revisión y la auditoría del balance de costos y operaciones tributarias del contrato, con el fin de liquidar el acuerdo de cooperación. Sin embargo, no obtuvo respuesta.

Posteriormente, entre mayo y junio del 2020, las partes acordarían que Sisteco remitiría los soportes y el ejercicio contable para liquidar el contrato, con el fin de que este fuera revisado y avalado por Civitel. Sin embargo, este acuerdo también se incumplió.

Aunque se afirma que dada la renuencia de la parte demandada a presentar y permitir auditar el balance de costos y tributos, no es posible realizar una liquidación precisa del contrato, también se señala que a partir de los soportes disponibles es posible realizar una estimación para la liquidación del contrato de colaboración. Se realiza así:

- Precio total del contrato de obra y adicionales: \$1.074.919.508.
- Balance de utilidad del contrato: \$ 474.820.628
- Porcentaje utilidad Sisteco 65% \$ 308.633.408
- Porcentaje utilidad Civitel 35% \$ 166.187.220

La parte demandante reconoce haber recibido pagos hasta el 29 de octubre de 2019 -antes de la ejecución de las obras adicionales-, por valor de \$45.000.000.

Lo que se pretende es que se declare a la demandada contratante incumplida para el pago de los siguientes conceptos:

- \$118.258.960, saldo de la utilidad del 35% a favor de Civitel.
- \$89.927.422, por concepto de cláusula penal.
- \$393.605, daño emergente, trámite conciliación extrajudicial.
- \$10.000.000, honorarios abogado trámite de conciliación extrajudicial.

La contestación a la demanda (cfr. c.1. arch. 50):

La parte demandada se opuso a las pretensiones.

Se reconoce la existencia y ejecución tanto del contrato de obra como del acuerdo de colaboración. Sin embargo, se niega que haya un incumplimiento del acuerdo por parte de la demandada.

Sobre el supuesto incumplimiento por “falta de liquidación” de la “utilidad neta” del contrato de obra, se alega que esto no se ha logrado dada la negativa de la parte demandante a aceptar los conceptos que deben tenerse en cuenta para el efecto; especialmente, la deducción del pago de impuestos (IVA, declaración de renta e industria y comercio) y del precio de unos insumos que se entregaron a la demandante para la ejecución del

contrato, que no se utilizaron y que ésta no reintegró, por valor de \$16.380.362. Se afirma que ha sido la oposición de la parte actora a reconocer estas deducciones para fijar la utilidad neta, lo que ha impedido la terminación formal del acuerdo de cooperación, con la liquidación de la utilidad.

En conjunto con la contestación de la demanda (cfr. c.1. arch. 50.11), la parte opositora presenta un cuadro con la liquidación del acuerdo de cooperación.

- Precio total del contrato de obra y adicionales: \$1.044.685.009
- Balance de utilidad del contrato: \$ 287.103.419
- Porcentaje utilidad Sisteco 65% \$ 186.617.361
- **Porcentaje utilidad Civitel 35% \$ 100.486.271**

Sobre el porcentaje de utilidad de CIVITEL, en la liquidación se restan el valor del anticipo reconocido por la parte actora –\$45.000.000-; y el valor de “los materiales que le cobran” \$16.380.000. Es decir que, según la liquidación presentada por la parte demandada, SISTECO adeudaría a CIVITEL, \$39.106.271.

Por otro lado, se alega que, ante la imposibilidad de imputar un incumplimiento contractual a la parte demandada, no hay lugar al cobro de la cláusula penal.

En cuanto a las reclamaciones para el pago de honorarios de abogados y costos de la audiencia de conciliación extrajudicial, se alega que no hay lugar a su reconocimiento por ser un gasto en que incurrió la actora por

voluntad propia, dado su ánimo conflictivo y su decisión de no aceptar la liquidación propuesta por el demandante.

Con base en estos argumentos, se proponen las “excepciones” que se denominan “*abuso del derecho y mala fe*”, “*pago de lo no debido*” “*buena fe*” y “*falta de legitimación en la causa*”.

La sentencia de primera instancia (cfr. c.1 arch. 83):

La juez desestimó las pretensiones de la demanda.

Se consideró que la parte actora no cumplió con la carga de probar que la parte demandada debía pagar un valor mayor al efectivamente pagado (\$45.000.000), en atención a la regla contractual para determinar su remuneración, por su colaboración en la ejecución del contrato de colaboración DJ-001-2019; a saber, el 35% de la utilidad neta del contrato que celebró la Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. con la sociedad Sistema de Comunicaciones del Oriente S.A.S.

Según la sentencia, no se probó un acuerdo específico entre las partes sobre cómo debía liquidarse el contrato, con el fin de determinar “la utilidad neta”. La consecuencia de esta “insuficiencia probatoria” se atribuye a la parte demandante.

Para justificar lo anterior, se resaltan contradicciones entre lo afirmado en la demanda, la prueba documental, las declaraciones de parte y la declaración del testigo Edison Mayorquín (ingeniero director del proyecto,

quien llevaba el balance de costos), sobre rubros indispensables para otorgar claridad sobre la regla de liquidación del contrato, como el precio total del mismos o los costos.

-En los hechos de la demanda: Valor del contrato: \$1.066.553.052; costos: \$600.908.880; \$474.820.628 (utilidad neta; utilidad menos gastos e IVA); 35% a favor de la sociedad demandante, \$166.187.220

- En el juramento estimatorio: \$466.454.172 (utilidad neta; utilidad menos gastos e IVA); 35% a favor del demandante \$163.258.960 (- \$45.000.000, ya pagados).

La juez encuentra una diferencia de \$2.928.260 que no fue explicada, a pesar de que se indagó por ello en la audiencia de interrogatorio.

- Documento “centro de costo” (arch. 31) Valor total del contrato: \$1.074.919.508 (se encuentra una diferencia de \$8.366.456, respecto de la afirmación de la demanda). Costos: \$600.908.880 (diferencia con lo declarado por el testigo Edison Mayorquín: \$636.000.000, inconsistencias en la declaración). Utilidad: \$474.820.628; 35% \$166.187.220 (diferencia con el juramento).
- Prueba de oficio. Valor del contrato: \$1.044.685.009 (discrepancia con el actor, la prueba documental, inconsistencia de las declaraciones de los testigos). Utilidad neta: \$287.103.632 (utilidad neta, se deduce de la utilidad 32% \$107.653.268 por concepto de

impuesto de renta)

En síntesis, el razonamiento que justifica la decisión es la siguiente: ante las contradicciones entre las afirmaciones de la demanda y la prueba documental sobre los datos necesarios para liquidar la utilidad neta del contrato; más la ausencia de prueba de un procedimiento concreto para el efecto, se consideró que la parte actora no cumplió con sus cargas y por tanto se desestimó la pretensión.

La sustentación del recurso de apelación (cfr. c.2 arch. 12):

La parte demandante apeló la decisión alegando lo siguiente:

Se cuestiona que se haya valorado en contra de la pretensión las imprecisiones en la demanda y en las declaraciones sobre el precio del contrato DJ-001-2019, cuando este contrato es una prueba documental obrante en el expediente, que no ofrece ninguna duda sobre ese elemento. Además, presentó certificación la contadora de la entidad contratante Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S., discriminando sus rubros. El valor es: \$930.000.000.

Este precio se complementa con las órdenes de compra por valor de \$136.552.952, respaldados por prueba documental (archivos 10 a 27, carpeta 05, anexos a la demanda) y aceptados por la parte demandada.

Se alega que si se suman esos dos valores se tiene el precio total del contrato, plenamente coincidente con los estimado en el juramento de la demanda: \$1.066.553.052.

Se alega que la diferencia de los costos entre la demanda y la prueba documental aportada por el demandado, se debe a que el opositor incumplió con sus obligaciones contractuales de soportar debidamente los gastos, lo que sólo se realizó al interior del proceso.

Sobre la indeterminación respecto de la manera de liquidar el contrato entre las partes, se alega que esto está plenamente probado en la cláusula séptima del acuerdo escrito de cooperación y en las afirmaciones de la demanda parcialmente aceptadas por el opositor.

En cuanto al IVA, se afirma que es claro que éste se deduce de la bruta del precio total del contrato DJ-001-2019, y afecta la utilidad neta en las proporciones establecidas en el acuerdo de cooperación: 65% para la parte demandada; 35% para la parte demandante.

Sobre el incumplimiento contractual que se imputa a la sociedad demandada, se alega que:

- No suministró los soportes contables y tributarios que permitieran la liquidación cierta de la utilidad neta, con la respectiva verificación por parte de la demandada, a través del “centro de costos” independiente. Esto a pesar de los múltiples requerimientos de la parte. Incluso se desatendió la prueba de oficio requerida para el efecto en primera instancia.
- No liquidó el contrato dentro del término pactado.
- No ha pagado la remuneración convenida.

Respecto a la deducción del impuesto de renta por 32% para determinar la utilidad neta, por un lado, se alega que no hay soportes contables o tributarios de que se haya pagado ese valor. Por otro lado, se afirma que el impuesto de renta lo debe pagar cada contratante según su utilidad: 65% el demandado, 35% el demandante.

En cuanto al costo de los materiales que el demandado incluyó en su liquidación del contrato por valor de \$16.380.862, como un gasto deducible de la utilidad de la parte demandante, se alega lo siguiente: A. que ellos son de propiedad de ambas sociedades, 65% de la parte demandante; 35% parte demandada. B. que la gran mayoría son bienes consumibles que se utilizaron en la ejecución del proyecto. C. que no hay soportes de facturas o actas de entrega de los materiales. D. Algunos de los bienes relacionados se adjudicaron a la parte demandante en la ejecución del contrato.

La prueba en segunda instancia (cfr. c.2, arch. 18):

La parte demandante solicitó que se practicara la prueba decretada de oficio en primera instancia, mediante la cual se impuso a la sociedad demandada aportar los soportes contables y tributarios de los pagos por concepto de gastos e impuestos afirma haber realizado, en relación con el contrato de obra.

Este despacho decretó la prueba de oficio.

Durante el término otorgado, la apoderada remitió archivo ZIP con relación de costos y gastos, declaración de renta de 2019, constancia de

pago “industria y comercio” 2019.

Los alegatos de la parte demandada (cfr. c.2. arch. 29):

Se solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, con base en las siguientes razones:

- Se afirma que la parte demandada incurrió en contradicciones sobre el precio del contrato, quedando este elemento indeterminado.
- Se alega que la parte demandada no probó el valor de la “utilidad neta”, pues sus afirmaciones carecen de “precisión, claridad y exhaustividad”.
- Se manifiesta que el contrato no es claro y que no se ajusta a un contrato de cuentas por participación, como pretende la parte actora.
- Se expresa que no se presenta un incumplimiento del contrato imputable a la parte demandada.
- Se alega que no es procedente el cobro de la cláusula penal, por no existir claridad sobre la forma de determinar su precio.

CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos:

En los contratos de cooperación empresarial con partícipes figurantes y ocultos ¿quién tiene la carga de acreditar elementos contables y tributarios para la determinación del precio? ¿Se probó un incumplimiento de las obligaciones contractuales de SISTECO por su acuerdo de cooperación

con CIVITEL, consistente en liquidar y pagar totalmente la remuneración pactada?

También se abordará el estudio relativo a las peticiones de la demanda sobre cláusula penal e indemnización de perjuicios:

¿Cuál es la consecuencia de la indeterminación de la obligación principal y/o de la pena, en relación con la validez de la cláusula penal?

¿Deben reconocerse gastos para audiencia de conciliación judicial como un daño emergente?

Fundamentos jurídicos:

I.

El artículo 1602 y s.s. del Código Civil es la fuente de la responsabilidad contractual. Quien celebra un contrato está obligado a cumplirlo. El incumplimiento de las obligaciones contractuales, origina la facultad del acreedor para solicitar su resolución o su cumplimiento, con la respectiva indemnización de perjuicios –art. 1546 ibídem-. Para ello el actor tiene la carga de acreditar la existencia de un contrato válido y un incumplimiento imputable al demandado de sus obligaciones contractuales.

¿Cómo deben comprenderse las cargas argumentativas y probatorias, cuando el incumplimiento contractual que se imputa al demandado consiste en haber incumplido con la carga contractual de determinar el precio de la remuneración del contratista demandante?

El precio de un contrato –remuneración en dinero por un bien o servicio- puede ser determinado o determinable -1864 del Código Civil que regula la compraventa, aplicable analógicamente a otros contratos-. El precio es determinado cuando las partes lo establecen concreta y expresamente en el contrato. Determinable, cuando faltando la expresión expresa y concreta del precio, se acuerdan los medios o las indicaciones para determinarlo. En este evento, es posible que la actividad necesaria para la determinación precio suponga para las partes asumir ciertas cargas como obligaciones contractuales, cuyo incumplimiento daría lugar a la responsabilidad contractual.

Por ejemplo, si en un contrato de compraventa se establece que el precio de la cosa lo determinará un tercero evaluador, conviniéndose que tanto el comprador como el vendedor deberán pagar las expensas correspondientes, se establece una obligación de dar –los honorarios del evaluador-, cuyo incumplimiento podría ser fuente de responsabilidad contractual.

Consideremos otro ejemplo. A contrata a B para que colabore con él en la ejecución de una obra, encargada a A por C. El precio de la remuneración de B no se determina concretamente, sino que se establece que será un porcentaje -35%- de la “utilidad neta” que A obtenga de la ejecución del contrato con C. Para calcular la “utilidad neta”, se acuerda que una vez ejecutado el contrato de obra, en un plazo determinado, A realizará los ejercicios contables pertinentes para calcular la utilidad neta y procederá a pagar el precio así determinado.

Este supuesto fáctico puede contrastarse con el supuesto normativo del

artículo 507 del C. Comercio:

ARTÍCULO 507. <DEFINICIÓN DE CUENTAS DE PARTICIPACIÓN>. La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

Se considera que son supuestos asimilables porque la relación que existe entre A y B es una relación comercial de colaboración, para ejecutar el contrato que A celebró con C, figurando A como único deudor, obligado a la obra bajo su nombre y crédito personal. Asimismo, se asimila en el modo de remuneración típico de los contratos de cuentas de participación, que es un porcentaje de participación en razón a una proporción convenida.

Adviértase que, en el supuesto fáctico del ejemplo, el contratante A asume dos obligaciones en relación con el precio del contrato de colaboración con B: primero, una obligación de hacer, consistente en realizar los ejercicios contables pertinentes para determinar el precio; segundo, una obligación de dar, consistente en pagar el precio. En consecuencia, incumple con sus obligaciones contractuales y compromete su responsabilidad tanto si se abstiene de cumplir con las cargas contractuales para determinar el precio, como si se abstiene de realizar el pago, en los términos del contrato.

Ahora bien, bajo este supuesto, si B demandara a A alegando que éste no cumplió con la obligación de liquidar el contrato, pretendiendo el pago del precio y la indemnización de los perjuicios ¿cuáles son las cargas argumentativas y probatorias que le corresponden como demandante?

Como en toda responsabilidad contractual, bajo este supuesto, el demandante debe acreditar la existencia y validez del contrato, así como el cumplimiento de sus propias obligaciones. Asimismo, debe afirmar y probar el incumplimiento de su contraparte.

En el supuesto bajo análisis, la imputación de incumplimiento presenta una particularidad: se trata de analizar el incumplimiento de unas obligaciones consecuenciales a cargo del demandado: liquidar el contrato (obligación de hacer), para establecer el precio que se reclama la pretensión (obligación de dar).

La ley establece varias posibilidades para gestionar esta particularidad. Por un lado, el actor está facultado para reclamar del demandado la obligación de hacer, en los términos del artículo 1610 del Código Civil. Es decir, a. que se apremie al deudor a cumplir sus cargas para la liquidación del contrato; b. que se autorice a contratar a un tercero para que a expensas del deudor liquide el contrato c. que el deudor indemnice los perjuicios resultantes de no haber liquidado el contrato.

Asimismo, dada la obligación legal de rendir cuentas que tiene el partícipe figurante en relación con el partícipe oculto –art. 507 del C. Comercio-, también podría acudir al proceso de rendición provocada de cuentas para que primero se determine el precio con base en la liquidación del

crédito, y luego se disponga el pago de las sumas que se adeuden.

Ahora bien, estos supuestos de exigibilidad de la obligación de hacer pueden interpretarse en relación con la obligación de pagar el precio de la remuneración del contratista acreedor, es decir de la obligación de dar. En efecto, la consecuencia directa del incumplimiento de la obligación de establecer el precio según lo acordado en el contrato, es un potencial *lucro cesante* para el deudor, pues dejaría de recibir el pago de su remuneración, por mantenerse ésta indeterminada.

Así las cosas, si lo que pretende el demandante en su demanda es el pago del precio de la remuneración, su carga consiste en estimar los perjuicios por sí mismo o a través de un tercero, como condición para establecer el valor de la obligación a cargo del deudor, y con base en esa estimación pretender el pago.

En términos procesales, esta posibilidad se habilita con el juramento estimatorio que regula el artículo 206 del CGP. La carga del actor consiste en afirmar razonadamente en la demanda cuál es el precio de la indemnización. Ese juramento haría prueba del perjuicio, mientras no sea razonablemente objetado por la parte demandada. Si ese es el caso, debe abrirse un debate probatorio para definir el punto.

Con ese propósito resulta razonable considerar lo siguiente: 1. Que el artículo 206 establece que las objeciones al juramento estimatorio por el demandado deben ser *razonadas*, lo que en ciertos casos supone asumir cargas probatorias; 2. Que, realizadas las objeciones por el opositor, el actor debe aportar o pedir las pruebas que soporten su estimación inicial.

3. Que las anteriores cargas concurren con la potestad oficiosa del juez en materia probatoria; y, 4. Que, en casos como el supuesto hipotético que se analiza, resulta pertinente distribuir las cargas probatorias, en atención a lo previsto en el artículo 167 del CGP.

Este último punto es importante. Si la obligación de liquidar el contrato la tiene el deudor –demandado-, como ocurren con el participante figurante en el contrato de cuentas por participación, es éste quien está en mejor posición de probar si la estimación que hace el actor en la demanda de la “utilidad neta” es o no adecuada. Lo anterior, no sólo por la obligación de fuente contractual atribuible al deudor de determinar el precio, sino principalmente porque la “utilidad neta” a partir de los datos y los soportes que el deudor está obligado a llevar en su contabilidad, como participante figurante.

En este orden de ideas, siempre en supuesto hipotético objeto de análisis, tenemos lo siguiente:

- Es carga del demandante estimar el precio del contrato para presentar la demanda. Esta estimación debe ser razonable: esto es, corresponderse con los acuerdos contractuales para su determinación y basarse en la evidencia que esté en poder del actor para el efecto. La estimación hace prueba del perjuicio mientras no se objete.
- Si el demandado objeta la estimación, su carga consiste en hacerlo *razonadamente*; esto supone cargas afirmativas y probatorias.

- En cualquier caso, el juez tiene el deber-poder de decretar pruebas de oficio y distribuir cargas probatorias.
- Como la liquidación del contrato supone un ejercicio contable, a partir de datos y soportes que están en poder del demandado como participante figurante, es éste quien debe asumir esa carga por disposición de ley especial, así como las consecuencias negativas de la ausencia o insuficiencia probatoria, que sería la desestimación de la objeción y la fijación de la estimación del actor como el precio del contrato.

Podría argumentarse que, como la certeza sobre el precio del contrato es un elemento necesario para estimar la pretensión de cumplimiento o indemnizatoria, la insuficiencia probatoria sobre el punto debe cargarse al pretensor.

Sin embargo, se considera que este razonamiento es inadecuado, si la posibilidad de llegar a esa certeza supone confrontar la contabilidad del demandado, con datos y soportes que están o deberían estar en su custodia, y a los cuales el demandante no tiene acceso. Esto concuerda mejor con la obligación legal de la norma especial –art. 507-, de que es el figurante el obligado a rendir cuentas. Debe probar quien esté en mejor posición de probar, y para ello es indispensable una adecuada conducción probatoria por parte del juez director, utilizando sus potestades oficiosas y la distribución de cargas.

Adviértase que este razonamiento sobre la carga de la prueba es adecuado en lo que se refiere a los gastos y a los impuestos efectivamente causados

y pagados, que deban considerarse para liquidar el contrato, por ser emolumentos que según el acuerdo deben deducirse de la utilidad para obtener la “utilidad neta”.

En efecto, como la evidencia contable y tributaria de estos gastos e impuestos están en poder del demandado-deudor, es éste quien debe aportarlos para que sean reconocidos e incluidos en la liquidación, con el objetivo de fijar el monto de la acreencia a su cargo. La ausencia o insuficiencia probatoria sobre este punto debería correr también a su cargo.

Otro problema es el conflicto que pueda existir entre las partes sobre los gastos y los impuestos que efectivamente deban tenerse en cuenta para calcular la “utilidad neta”. Este es un problema típico de las rendiciones de cuenta.

Así, por ejemplo, dado que A está obligado a declarar y pagar impuestos de renta sobre la “utilidad” de su contrato con C como figurante, las partes podrían controvertir sobre el punto con posiciones contrarias: el deudor demandado A, sosteniendo que del total de la utilidad del contrato de obra entre él y C, debe restarse el porcentaje correspondiente al impuesto de renta anual por la utilidad que debe pagar A, antes de restar la remuneración de B. El acreedor demandante B, por su parte, puede sostener que su remuneración no debe calcularse después de restar ese porcentaje, puesto que la utilidad gravable a cargo de A en razón del contrato con C, se obtiene luego de restar lo que debe pagarle como costo por su participación en la ejecución del contrato.

A diferencia del problema probatorio anteriormente considerado, esta cuestión no plantea un problema fáctico sino jurídico; en consecuencia, no se resuelve aplicando las reglas sobre cargas probatorias de las partes, sino interpretando el contrato, según los criterios legales.

En efecto, puede existir certeza de que el deudor demandado debe pagar impuestos de renta sobre la utilidad, e incluso puede haber prueba de su pago efectivo. Sin embargo, esto no resuelve la controversia sobre si ese concepto debe incluirse o no en el cálculo de la utilidad neta, para determinar el precio de la remuneración del acreedor. Es un punto jurídico y no fáctico.

Una de las maneras de interpretar los contratos es atenerse a su naturaleza, o a la naturaleza del contrato típico que más se le asimile, con el propósito de contar con reglas más objetivas para la interpretación –art. 1621 C. Civil-.

Así, por ejemplo, para los contratos comerciales donde dos sociedades colaboran para ejecutar una determinada operación comercial, pero sólo una de ellas figura como contratante, y además se pacta que la parte no figurante se remunerará con un porcentaje de remuneración a la ganancia, la DIAN ha conceptuado (Oficio 1025 -906718- de 2021-07-07) lo siguiente:

“Así las cosas, se puede concluir que el objeto principal de los contratos de colaboración empresarial es la asociación para realizar operaciones mercantiles. El contrato de colaboración empresarial es el género de las modalidades contractuales que se pueden presentar, entre las cuales se encuentra las cuentas

en participación. Ahora bien, teniendo en cuenta que los contratos de colaboración empresarial no son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, cada partícipe es considerado como independiente fiscalmente. Por ende, deberán registrar de manera independiente, el porcentaje de su participación respecto de cada activo, pasivo, ingresos, costos y gastos que contraigan en el marco del contrato independientemente de su modalidad." (Subrayado fuera de texto).

i. A efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, las partes de un contrato de cuentas en participación deben declarar de manera independiente los diferentes conceptos que se generen con ocasión del mismo (en proporción al porcentaje de participación). Para ello, el partícipe gestor deberá emitir certificación informando al partícipe oculto los diferentes conceptos a efectos de su registro y declaración (en los términos del artículo 18 del Estatuto Tributario).

Así las cosas, resulta claro que, para efectos tributarios, retomando el supuesto del ejemplo: A debió declarar renta sobre el total del activo que constituye los ingresos por el contrato con C, y declarar como utilidad para efectos de renta lo que le corresponda después de la remuneración de B, en razón del contrato de colaboración. Lo mismo debe hacer B para calcular la renta que debe pagar en razón de ese contrato.

Esto además es apenas lógico: Lo que A tenga que pagar a B en razón de su colaboración en la ejecución del contrato con C, no hace parte de su ganancia. La utilidad real de A se obtiene después de que pague la remuneración del partícipe no figurante.

II.

Según el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal es aquella a través de la cual se busca asegurar el cumplimiento de una obligación, imponiendo al deudor una prestación alternativa de dar o hacer a título de pena, en caso de incumplimiento de la obligación principal.

Lo anterior supone que son elementos esenciales de la pena: a. la existencia de una obligación principal *determinada* que se asegura; b. y el acuerdo sobre una obligación alternativa en caso de *incumplimiento*.

En otras palabras: si la obligación principal es indeterminada o si no resulta completamente claro cuál es la pena alternativa, falta un elemento esencial de la cláusula penal, por lo que se apareja la consecuencia prevista en el artículo 1501 del Código Civil: o degenera en un contrato distinto, no produce efecto alguno.

III.

Los gastos en los que incurre un sujeto para agotar el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial ¿deben ser reconocidos como un daño emergente derivado del incumplimiento contractual que se imputa al demandado?

La facultad de reclamar la indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento de un contrato es una facultad legal –art. 1546 del Código Civil-, que en principio no se relaciona directamente con las prestaciones

contractuales, sino con el detrimento patrimonial que se derive de su incumplimiento.

Sobre los “perjuicios indemnizables”, la Sala Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (SC780-2020, que recopila y sistematiza) acoge el criterio normativo que rige la indemnización de perjuicios patrimoniales en la responsabilidad civil es el principio de reparación integral, de carácter indemnizatorio (no sancionatorio). Según el sentido de la Corte *“la reparación tiene concretarse al monto de los daños que resulten probados –ni más, ni menos”*.

Tratándose del daño emergente, en razón del principio de reparación integral, puede afirmarse que la persona que haya sufrido una disminución patrimonial cierta a raíz de un incumplimiento contractual, tiene derecho a su resarcimiento en el sentido que debe ser reintegrada a una situación lo más semejante posible a aquella en que se habría encontrado si el incumplimiento contractual no hubiese ocurrido.

Ahora bien, por disposición legal, quien se vea obligado a acudir a un proceso civil para obtener la reparación de un daño, tiene que acudir antes a una audiencia de conciliación extrajudicial. Esto puede generar costos y honorarios de abogado ¿Estos conceptos deben reconocerse como daño emergente e indemnizarse?

Esta Sala considera que sí, siempre que el gasto: a. se haya reclamado en la demanda; b. sea personal, es decir, que haya afectado el patrimonio de quien lo reclama; c. sea cierto, es decir, debidamente acreditado; d. haya sido proporcional.

En efecto, dado que la ley impone cargas extra-procesales de agotar conciliaciones extrajudiciales con el fin de pretender una responsabilidad por incumplimiento contractual, los gastos en que se incurra para esa finalidad tienen una relación clara de causalidad con el incumplimiento imputable al deudor demandado. En otras palabras, si no se hubiera incumplido el contrato, o si se hubiera llegado a un arreglo directo, el contratante cumplido no hubiera tenido que incurrir en los gastos que supone el agotamiento de la audiencia de conciliación.

Siendo así, el derecho del contratante cumplido consiste en obtener la indemnización de todos los perjuicios derivados de ese incumplimiento, con el fin de restituir su patrimonio a una situación lo más semejante posible a aquella en que se habría encontrado si el contrato no se hubiera incumplido. Esto incluye los gastos de audiencias de conciliación extraprocesal, cuando son un requisito de procedibilidad.

Una interpretación contraria, según la cual estos gastos deben excluirse de la reparación integral, conllevaría a una situación claramente inequitativa: a saber, que ante la negativa del contratante incumplido de pagar la indemnización extraprocesalmente, supondría para el contratante cumplido un detrimento patrimonial completamente injustificado para lograr una condena judicial.

Ahora bien, este razonamiento encontraría un límite cuando pueda verificarse un abuso o una extralimitación de la parte demandante al momento de incurrir en este tipo de gastos, de modo que resulte desproporcional respecto de la finalidad que se persigue.

Caso concreto:

I.

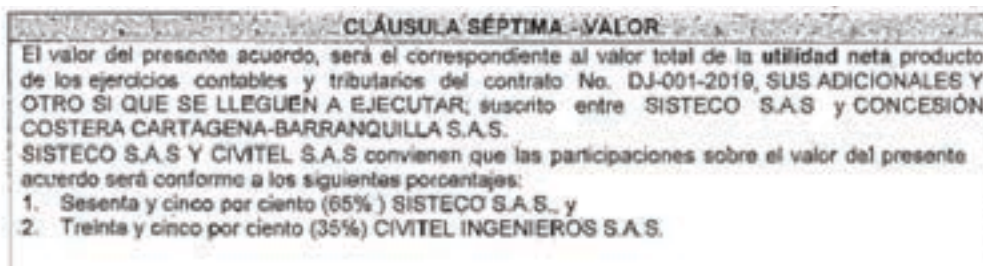
En este caso no se discute, y está plenamente acreditado con la prueba documental, que entre Civitel Ingenieros S.A.S. –en adelante, Civitel- y Sistemas y Telecomunicaciones del Orienta S.A.S. -Sisteco.-, se celebró un contrato de cooperación o colaboración para ejecutar las obligaciones que Sisteco adquirió con la Concesión Costera de Cartagena, para actividades de suministro, custodia, instalación, configuración, actividades de integración de los sistemas inteligentes de transporte ITS, fibra óptica y obras civiles, a través del contrato denominado DJ-001-2019.

Tampoco se discute que la colaboración empresarial entre Civitel y Sisteco cumplió plenamente con la obligación del contrato DJ-001-2019, y que haciéndolo Civitel cumplió plenamente su obligación con Sisteco, en razón del contrato de colaboración empresarial.

Los cuestionamientos de la parte apelante, el conflicto entre las partes, se centra en *determinar* el precio de la remuneración que por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales a favor de Civitel y a cargo de Sisteco. En la sentencia de primera instancia se concluyó que la parte demandante no probó este supuesto. Esta versión es apoyada por la parte demandada, no apelante. El actor la cuestiona.

Al evaluar la prueba se tiene lo siguiente:

Con la demanda se acompañó el “Acuerdo de cooperación comercial” entre Civitel y Sisteco. En este contrato se estipula que Civitel colaborará con Sisteco en la ejecución del contrato de obra que Sisteco celebró con la Concesión Costera de Cartagena. La remuneración de Civitel se pacta así:



Esta cláusula se relaciona también con la cláusula 3, 8 y 9. Esas cláusulas imponen a Sisteco, en calidad de socio partícipe, generar un centro de costos independiente con el fin de liquidar el contrato “con el fin de facilitar el seguimiento y manejo de los recursos”. Se pacta que el pago debía hacerse 30 días después de ejecutado el contrato DJ-001-2019.

Este contrato, tanto por sus expresiones literales –“participantes”-, como por su objeto –ejecutar colaborativamente un tercer contrato, donde sólo uno de los participantes figura como contratante- y la forma de remuneración –porcentaje de utilidad-, son elementos típicos del contrato de colaboración empresarial, que es un género cuya especie se encuentra típicamente regulado en el artículo 507 del C. Comercio como “contrato de cuentas de participación”.

En consecuencia, se considera que como el contrato típico que más se asimila al acuerdo entre las partes es precisamente el contrato regulado en

esa disposición, deben tomarse esa regla como referente para resolver el litigio.

Esto a pesar de la débil oposición de la parte demandada en sus alegatos, quien sostiene que no debe considerarse así porque no se incluyó textualmente en el objeto del contrato, y porque Civitel no hizo “aportes patrimoniales” para su ejecución, siendo este su rol como partícipe oculto. Sin embargo, ni lo uno ni lo otro son condiciones de validez de este tipo específico de acuerdo, ni de su género “cooperación empresarial”. En contrario a estos sentidos, el artículo 508 expresa no sólo la libertad de solemnidades sino también que la participación de los artífices se define según su acuerdo, lo que en principio permite aportes distintos los realizados en dinero o bienes, como puede ser la experiencia o la capacidad de trabajo.

Ahora bien, si el contrato de colaboración impone a Sisteco la obligación de realizar cálculos contables para determinar del precio de la remuneración de Civitel; y si esta obligación se corresponde con la naturaleza de un contrato de cooperación empresarial donde solo Sisteco es figurante, y los soportes de contabilidad reposan en libros bajo su guarda, sería desproporcional imponer a esa carga a Civitel.

Esto en principio se comprendió en primera instancia, puesto que a través de una prueba de oficio se trasladó al demandado Sisteco la carga de liquidar el contrato para establecer el precio de la remuneración de Civitel y presentar los soportes contables respectivos –cfr. C.1 arch 75 – Cabe anotar que, citando las expresas facultades del artículo 167 del CGP, en segunda instancia el sustanciador insistió en asignar esa carga al

demandado.

En consecuencia, dada la carga contractual, legal y la distribución procesal de cargas probatorias, la duda o insuficiencia probatoria respecto del precio del contrato, debe resolverse en contra de Sisteco.

Ahora bien, estas son las pruebas que se tienen sobre este punto:

1. La estimación juramentada de la parte demandante, quien hace el siguiente calculo:

a. Ingresos contrato DJ-001-2019	\$1.066.553.052
b. Costos e impuestos:	\$ 600.098.880
c. Utilidad neta:	\$ 466.454.172
d. 35%	\$ 163.258.960
e. Menos anticipo:	\$ 45.000.000
f. Saldo a pagar:	\$ 118.258.960

La parte demandada objetó esta estimación y de su liquidación (cfr. C.1 arch. 50.11) pueden extraerse los siguientes datos la siguiente liquidación:

a. Ingresos contrato DJ-001-2019	\$1.044.685.009
b. Gastos, costos e impuestos	\$ 757.581.377
c. Utilidad neta:	\$ 287.103.632
d. 35%	\$ 100.486.271
e. Menos anticipo:	\$ 45.000.000
f. Menos materiales:	\$ 16.380.862
g. Saldo a pagar	\$ 39.105.409

Obsérvese que las partes están de acuerdo en la metodología para calcular el precio de la remuneración de Civitel: al precio del contrato DJ-001-2019, se le sustrae gastos, costos y ciertos impuestos para calcular la utilidad neta, y de allí sacar el 35%.

La diferencia entre las partes que se refleja en el saldo a pagar es de \$79.153.551. Pasa la sala a analizar la diferencia.

- a. El valor de base para calcular la utilidad neta es \$1.044.685.009, valor reportado por el propio demandado. En sus alegaciones ante esta instancia, la demandante reconoció que este es el valor, en razón de la detracción del IVA, por lo cual esta base es aceptada por ambas partes.
- b. Gastos y costos. La parte calcula este rubro en \$640.055.690, y aportando la constancia de los respectivos soportes.

A ese valor se restarán los siguientes conceptos:

- \$10.607.325, factura 63366, por relacionarse dos veces.
- \$28.144.705, factura 47730, por relacionarse dos veces.

Frente a los demás cuestionamientos de la parte actora, sobre falta de soportes (aunque no se niega la compra), devoluciones u operaciones de reintegro, se considera que no fueron adecuadamente explicadas ni argumentadas; la parte objetante

debió evidenciar su afirmación y reliquidar el concepto. En consecuencia, no se descontarán.

Así las cosas, por gastos y costos para la liquidación de la utilidad neta, se fijará una suma de \$601.303.660

- c. El impuesto “renta anual por la utilidad”, por valor de \$107.653.268, que el demandado detrae como parte de los “costos e impuestos”.

En consonancia con los argumentos de la parte demandante, se considera que este concepto no debe incluirse en la liquidación de la “utilidad neta”, dada la naturaleza del contrato y por cuestiones de equidad.

En efecto, como se consideró en los fundamentos jurídicos, tratándose de contratos de colaboración empresarial con un participante figurante y otro oculto, la DIAN ha conceptualizado que la declaración debe de manera independiente por cada uno de los participantes, atendiendo el porcentaje de su participación respecto de cada activo, pasivo, ingresos, costos y gastos que contraigan en el marco del contrato, independientemente de su modalidad.

Así, la utilidad gravable de SISTECO no es sobre el 100% de la utilidad neta del contrato DJ-001-2019, sino sobre el porcentaje de su participación en la utilidad del mismo según al acuerdo de cooperación; a saber, un 65%, que se calcula después de establecer la participación en la utilidad de Civitel.

Esto parece obvio desde un simple criterio de equidad: lo que Sisteco debe pagar a Civitel no es parte de su utilidad y por tanto no está obligado a pagar impuestos sobre ello. Del mismo modo, la remuneración de Civitel no debe verse disminuida por un impuesto a la “utilidad” que no se causó y que no le corresponde asumir.

Si en gracia de discusión se aceptara que este concepto debe incluirse, lo cierto es que a pesar de las pruebas de oficio en ambas instancias, Sisteco no asumió la carga de probar que pagó efectivamente \$107.653.268 por impuesto de renta a la utilidad derivado de la utilidad del contrato DJ-001-2019. Si bien se allegó copia de la declaración de renta, tal documento no hace prueba efectiva de ese pago, en la medida que no contiene el detalle de la liquidación, ni de los conceptos que se incluyen.

En consecuencia, se considera que este emolumento no debe tenerse en cuenta en para el cálculo de la remuneración de Civitel.

- d. El impuesto de industria y comercio por valor de \$9.872.419. Este concepto no se cuestiona por la parte demandante.
- e. Los materiales por \$16.380.862

Este valor se reportó por la parte demandada como bienes y materiales propiedad de Sisteco que se suministraron a Civitel para la ejecución del contrato. El documento que los relaciona se encuentra en el archivo 50.12

Este valor no se reconocerá porque:

- a. Según se lee en la misma relación presentada por la demandada, los bienes no son de propiedad de Sisteco, sino que se adquirieron para la ejecución del contrato, y su propiedad se relaciona según el porcentaje de participación: 35% civitel; 65% sisteco.
- b. Muchos de esos bienes son fungibles y, según afirma la demandante y aceptó parcialmente en audiencia el demandado, se utilizaron en la obra. Tal es el caso, por ejemplo, de los rollos de cinta plástica, las hebillas, las limas, la manila, los colchones.
- c. Además, aunque se realiza la relación de los bienes, no hay prueba de que estos hayan sido efectivamente entregados a Civitel.

Del anterior razonamiento, se excluye los bienes y valores expresamente aceptados por el demandante –y por tanto, confesados-, por valor de \$704.000

Así las cosas, tenemos que el precio de la remuneración de Civitel se fija así:

a.	Ingresos contrato DJ-001-2019	\$1.044.685.009
b.	Gastos, costos:	\$ 601.303.660

c.	Impuesto de Industria y Comercio:	\$ 9.872.419
c.	Utilidad neta:	\$ 433.508.930
d.	35%	\$ 151.728.126
e.	Menos anticipo:	\$ 45.000.000
f.	Menos materiales:	\$ 704.000
g.	Saldo a pagar a CIVITEL:	\$ 106.024.126

Según el contrato de cooperación, Sisteco debió pagar el 35% del valor de las utilidades netas “30 días siguientes a la notificación de terminación y cumplimiento”, del contrato de obra DJ-001-2019. El acta de finalización de este contrato se habría firmado el 18 de septiembre de 2019, según el acta que se aportó con la demanda (cfr. c.1 arch. 08 anexos).

Sin embargo, como se ejecutaron de común acuerdo obras adicionales que hasta el 7 de diciembre de 2019 –hecho confesado en la contestación a la demanda, en la respuesta al hecho 10 (cfr. arch. 50 fl. 2)-, para efectos de corrección monetarias sobre capital calculado -\$106.024.126-, se tomará como fecha de inicio el 7 de enero de 2020.

Se aplica la siguiente fórmula:

$$Va = Vh \cdot \frac{\text{IPC Final}}{\text{IPC Inicial}}$$

Valor histórico:	\$106.024.126
IPC diciembre 2022	126.03
IPC enero de 2020	104,24

Valor actualizado: \$128.187.074, 01

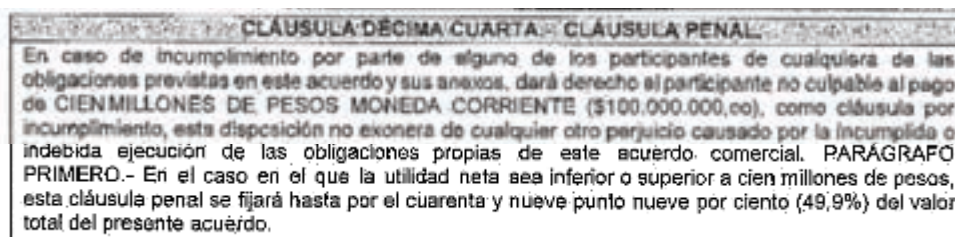
Conclusión:

Sisteco incumplió el acuerdo de cooperación comercial con Civitel porque: se abstuvo de liquidar el contrato y rendir cuentas de su gestión contable como partícipe figurante, en los plazos establecidos en el contrato. Esto a pesar de sus obligaciones contractuales expresas y de que esto dependía establecer el precio de la remuneración de Civitel. Como consecuencia de este incumplimiento, se incumplió también con la obligación de pagar tal remuneración. El valor actualizado de la obligación de esa remuneración es: \$128.187.074, 01.

Así las cosas, se acogerá la pretensión principal por ese valor y se analizarán las pretensiones consecuenciales por incumplimiento.

II.

Civitel también pretende que se condene a Sisteco al pago de la pena que se pactó en el acuerdo de cooperación, de este modo:



CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA.- CLÁUSULA PENAL.
En caso de incumplimiento por parte de alguno de los participantes de cualquiera de las obligaciones previstas en este acuerdo y sus anexos, dará derecho al participante no culpable al pago de CIENTMILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$100.000.000,00), como cláusula por incumplimiento, esta disposición no exonera de cualquier otro perjuicio causado por la incumplida o indebida ejecución de las obligaciones propias de este acuerdo comercial. PARÁGRAFO PRIMERO.- En el caso en el que la utilidad neta sea inferior o superior a cien millones de pesos, esta cláusula penal se fijará hasta por el cuarenta y nueve punto nueve por ciento (49,9%) del valor total del presente acuerdo.

Esta cláusula es ineficaz porque lo que se expresa en el parágrafo en cuanto al valor de la pena es confuso en sí mismo y contradice lo anterior. No se

sabe si la pena son cien millones, o el 49% de la utilidad neta “sea inferior o superior” a cien millones –es decir, en todos los casos-. Además, el valor de la “utilidad neta”, con base en la cual se calculan las obligaciones principales aseguradas por la pena, es indeterminado; por lo cual no puede calcularse su valor con certeza desde la lectura de la cláusula.

Siendo así, se considera que a esta le falta un elemento esencial, por lo cual no produce ningún efecto –art. 1501 Código Civil-

III.

En este caso la parte demandante probó documentalmente que incurrió en gastos para la audiencia de conciliación extrajudicial. 1. \$10.000.000, como honorarios para su abogado (cfr. c.1. arch. 36, anexos demanda). 2. \$393.605 por concepto de pago en la Cámara de Comercio de Bucaramanga para la atención de la audiencia cfr. c.1. arch. 35, anexos demanda).

Cabe anotar que, por ser gastos extraprocesales, estos emolumentos no están incluidos en las costas procesales que regulan los artículos 361 y s.s. del CGP.

La parte demandante incurrió en estos gastos como consecuencia del incumplimiento contractual del demandado, pues dado el incumplimiento de Sisteco a honrar sus obligaciones contractuales, Civitel tuvo que acudir a la jurisdicción. A su vez, para demandar, tuvo que agotar antes el requisito de procedibilidad de intento de conciliación. En otras palabras: Civitel no hubiera tenido que incurrir en esos gastos, si Sisteco hubiera

cumplido sus obligaciones. En consecuencia, deben repararse como daño emergente, atendiendo el principio de reparación integral.

Sin embargo, la Sala considera que condenar al demandado a esta suma es desproporcional. Según las reglas procesales para fijación de honorarios, las agencias en derecho dependen del valor de la pretensión de condena, cuando esta es de contenido patrimonial. En este caso las pretensiones de condena prosperaron sólo parcialmente, con lo cual no sería proporcional reconocer una tarifa plena del valor de las agencias en derecho a cargo del demandado.

Estas consideraciones sobre las agencias en derecho de carácter procesal, son aplicables por analogía a un daño emergente por honorarios de abogados en razón de diligencias extraprocesales, por obedecer a la misma lógica de cuantificación. El demandado no tiene que responder por el pago pleno de una tarifa de honorarios extraprocesales que depende del valor de una pretensión de condena, cuando éstas prosperaron sólo parcialmente.

En este sentido, se reconocerá sólo un 50% del valor de los honorarios del abogado, por \$5.000.000.

COSTAS

Con base en lo dispuesto en el artículo 365.4 del CGP, se condenará en costas a la parte demandada en ambas instancias.

Como agencias en derecho, teniendo en cuenta los parámetros reglamentarios del Acuerdo No. PSAA16-10554 del CSJ, la complejidad de esta instancia con solicitudes y prácticas probatorias, así como la pertinencia de la actuación de la apoderada apelante, y el hecho de que sólo prosperaran parcialmente sus pretensiones de condena, se fijará una suma equivalente a un (1) salario mínimo legal.

Se advierte al juzgado que al momento de liquidar las agencias en derecho a cargo de la sociedad demandada en primera instancia, no debe imponerse una tarifa plena, sino aplicar una disminución proporcional al acogimiento parcial de las pretensiones de condena en esta sentencia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión en Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Primero: Revocar la sentencia de fecha 19 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Medellín.

Segundo: Condenar a la sociedad Sistemas y Telecomunicaciones del Orienta S.A.S. -Sisteco S.A.S.- a pagar a favor de Civitel Ingenieros S.A.S., las siguientes sumas de dinero:

- \$128.187.074, como saldo de la obligación principal incumplida del contrato de cooperación.

Rdo. 05001 31 03 012 2021 00041 01
MP. Martín Agudelo Ramírez
Revoca y estima pretensión.

- \$5.393.605, como daño emergente derivado del incumplimiento contractual.

Tercero: Condenar en costas a Sistemas y Telecomunicaciones del Orienta S.A.S. -Sisteco S.A.S.-. Como agencias en derecho para esta instancia, se fija una suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ



JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS



SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ