

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente: EDUARDO GARCÍA SARMIENTO

Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés de enero de mil novecientos noventa y dos. (23/01/1992)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 10 de noviembre de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario promovido por "CONSORCIO COLOMBIANO DE LA CONSTRUCCIÓN (C.C.C.) M, integrado por Ingenieros Constructores GAYCO S.A., Vías y Construcciones Vicon S.A., Carrillo-Manrique y Asociados Limitada, Uricoechea y Cía Limitada y Nieto Reyes.....Limitada, frente a la OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. Corporación de Delaware, Estados Unidos de Norteamérica, Sucursal de Colombia.

I- ANTECEDENTES

1o. Mediante demanda repartida al Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, la parte actora solicita las siguientes declaraciones y condenas contra la demandada:

a) La Sociedad demandada está obligada a pagar a las actoras el valor de la indemnización pactada en la cláusula 18 del contrato identificado con el número M-14/85, estimada en \$100'000.000.00, o la suma mayor o menor que determinen los peritos, incluyendo los intereses corrientes y la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, "desde la fecha en que debió pagarse la indemnización, o sea inmediatamente se declaró, unilateralmente, terminado el contrato a partir del 31 de diciembre de 1985".

b) Se ordene el reconocimiento y pago de las facturas, cuentas o actas que están a un pendientes de cancelar, correspondientes a las prestaciones cumplidas por las -demandantes durante el año de 1985, en desarrollo del OTROSI -No.3, así como la depreciación de esos valores, y los intereses moratorios por el no

pago dentro de los 30 días siguientes a su presentación, conforme lo acordado en el contrato.

2. Las peticiones anteriores tienen como -apoyo los hechos que seguidamente se sintetizan:

a) Mediante contrato suscrito entre las partes el 28 de febrero de 1985, el Consorcio Colombiano de la Construcción, conformado por las entidades ya mencionadas, se encargó de la "Construcción por sistema de precios fijos unitarios de los terraplanes de facilidades de producción No. 2 según el alcance detallado del trabajo y de las especificaciones indicadas en el anexo B...".

b) En la cláusula 18 del convenio la sociedad contratante se reservó el derecho a dar por terminado el-contrato en cualquier momento antes de la terminación de los -trabajos contratados, sin necesidad de expresar causa alguna,-obligándose a indemnizar los perjuicios sufridos por el contratista con esa cancelación anticipada, tal como aparece en el-contrato.

c) Cumplido el objeto del contrato principal, las partes acordaron, mediante OTROSI No.3, mantener vigentes las condiciones generales del contrato principal, pero-modificando el objeto de dicha relación en el sentido de que -el contratista suministraría el servicio de "movimiento de tierras, mediante el sistema de tarifas horarias de maquinaria".

d) La cláusula cuarta del OTROSI dejó constancia expresa de que los trabajos contratados fueron concluí-dos reconociéndose así que las, demandantes-contratistas "no fueron objeto de reclamo alguno por parte de la OXY en relación con la ejecución total del contrato".

e) Según la cláusula sexta del OTROSI, el plazo final del contrato se prolongó hasta el lo. de julio de 1986, agregando que "sin perjuicio de lo cual OXICOL continúa-reservándose el derecho de dar por terminado unilateralmente -este contrato mediante aviso escrito dirigido al CONTRATISTA -con 24 horas de anticipación".

f) La iniciación de los trabajos objeto -del OTROSI por parte del contratista, quedó definida en la cláusula segunda, según la cual "los equipos se hallan a disposición de OXICOL en el sitio de la obra desde el primero (lo.) de julio de 1985, y los servicios objeto

de este OTROSI comenzaron a efectuarse a partir del dieciséis (16) de julio".

g) La cláusula novena estipuló que las "anteriores modificaciones no darán lugar a otros cambios en las condiciones y términos del contrato, las cuales continuarán con plena exigibilidad y vigencia entre las partes en la forma como originalmente se estipularon en cuanto no contradigan lo dispuesto en este otro si".

h) En el OTROSI las partes no acordaron ex presamente indemnización por terminación anticipada, pero la intención fue la de que "quedara vigente la fórmula pactada en la cláusula 18 del contrato principal, como se desprende del texto de la cláusula NOVENA del otro si, y además porque al ratificarse expresamente la prerrogativa de OXY para declarar terminado unilateralmente el contrato en forma anticipada, quedaba indiscutiblemente vigente su complemento o fórmula indemnizatoria contractual

i) En oficio dirigido por B. Larsen al contratista el 26 de diciembre de 1985 y recibido por éste el 30 del mismo mes y año, el contratante dio aviso de terminación del contrato No.1485 y su correspondiente OTROSI, a partir del 31 de diciembre de 1985.

j) Producida la terminación unilateral del contrato, el contratista "ha requerido el reconocimiento-y pago de la indemnización pactada a su favor para el caso de terminación anticipada, sin que hasta la fecha haya sido posible obtener solución favorable a esos requerimientos".

k) Las cuentas presentadas por el contratista no han sido canceladas dentro de los 30 días siguientes a su presentación, como se pactó.

3. El extremo pasivo recorrió oportunamente el traslado de la demanda, aceptando como ciertos los fundamentos fácticos contenidos en los literales d), e), g) e i) del aparte anterior, refiriendo así mismo respecto del b), que es parcialmente cierto, pero negando todos los demás, al tiempo que se opuso a las pretensiones de la actora, referente a las cuales adujo las excepciones que llamó "inexistencia de la obligación reclamada; imposibilidad jurídica por delictuosa, de pretender dobles indemnizaciones; inexistencia de la cláusula penal aplicable al denominado OTROSI. No.3; y, la innominada".

4. Practicadas las pruebas y recepcionadas los alegatos de conclusión, el a-quo le puso término a la instancia por sentencia de 12 de enero de 1989, en la cual negó las súplicas del libelo por considerar ilegítimas en causa a las demandantes, a quien les impuso además las costas -del proceso.

5. Inconformes con lo así resuelto, las -demandantes recurrieron en apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien confirmó en todas sus partes aquella decisión, mediante sentencia de 10 de noviembre de 1989.

II-MOTIVACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

6. Señala que el 2 de octubre de 1985, a -través de un nuevo acto contractual (OtroSI No. 3 fls.33 a 35 C. 1), el contratista se obligó a suministrar al contratante -"Servicios de movimiento de tierras, mediante el sistema de tarifas de maquinaria", firmándose dicho acuerdo por Edgar Antonio Quiñones, como representante de Occidental de Colombia -INC.,y por Germán Alvarado Acevedo como representante del Consorcio Colombiano de la Construcción. Al celebrarse este -nuevo contrato de "suministro", prosigue, el Consorcio Colombiano de la Construcción ya estaba organizado como Sociedad -Anónima desde el 30 de agosto de 1985 (fls. 452 a 454 C. 1), - distinto de lo ocurrido para la fecha en que celebró el primer acto, pues para entonces el contratista no estaba aún provisto de esa calidad, lo que permitía que en este primer momento se "presentara como un consorcio", pero no al momento de suscribirse el "contrato de suministro", terminado unilateralmente -por el contratante, como quiera que el contratista ya existía-corno "persona jurídica", gracias al reconocimiento como sociedad, con un representante que firmó a nombre de ella el convenio, "y no en forma individual a nombre de cada uno de sus -miembros".

En este orden de ideas, continua aseverando expresamente el Tribunal, "entiende esta Corporación, que -no se puede confundir el CONTRATO DE OBRA con el OTROSI No.3,-contentivo del contrato de SUMINISTRO, porque son distintos los objetos sobre los que recae cada una de las relaciones. El contrato de obra, únicamente es una referencia del nuevo con—trato. Si bien en el primero, no se podía hablar de la existencia de una persona jurídica, sino de una organización que, eventualmente podría

tener en forma individualizada a sus miembros, en el nuevo acto la situación se presenta en forma diferente, sin que los supuestos miembros de la SOCIEDAD ANÓNIMA,-hubieran suscrito el contrato de suministro de manera individual o colectiva, bajo la presentación de aquellos, tomando la vocería alguno de ellos. El contrato aparece firmado por el -CONSORCIO COLOMBIANO DE LA CONSTRUCCIÓN y no por los miembros-de aquel Siendo así, el nuevo contrato (sic), resulta celebrado cuando ya el CONSORCIO COLOMBIANO DE LA CONSTRUCCION-CCC S.A., se encuentra debidamente organizado como sociedad -anónima y, por lo tanto, su actuación se regula por los preceptos del Código de Comercio que no permiten confundir a la Sociedad constituida legalmente con los socios individualmente considerados".

Concluye diciendo el sentenciador que, -"por lo tanto, si la Sociedad anónima aparecía firmando, a través de su representante legal, el contrato protagónico de la acción, era ella la única legitimada para accionar y no sus miembros, que fueron los que en el presente caso tomaron-la vocería del consorcio demandando para sí y para aquella, -lo que impone la confirmación del acto apelado".

III - LA DEMANDA DE CASACIÓN

Un único cargo, con fundamento en la causal primera de Casación, formula el recurrente a la sentencia del Tribunal, el cual hace consistir en el quebranto indirecto de los artículos 1505, 1687, 1693-1, 2079 del C.C., 98, 832, -833 del C. de Co., por aplicación indebida; 1602, 1603, 1604, 1613, 1614, 1615, 1616, 1617, del c.c. , 2o. y 822 del C. de -Co., por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el sentenciador en la apreciación de las -pruebas.

7. Lo sustenta el recurrente manifestando que el hecho de haber estipulado las partes un nuevo objeto -de sus obligaciones en el OTROSI, no hace que se trate de dos contratos distintos, pues sus cláusulas primera, sexta y novena, que transcribe, no demuestran novación del convenio inicial, pues las partes solo acordaron modificar unos aspectos-de éste, y que, además, la afirmación hecha por el Tribunal en el sentido de que el contrato inicial y el posterior fueron -suscritos por personas distintas, es falsa, porque en el primer acuerdo se describió textualmente al

contratista como el "CONSORCIO COLOMBIANO DE LA CONSTRUCCIÓN (CCC), compuesto por los siguientes miembros: Nieto Reyes Limitada, Vías y Construcciones Vicon S.A., Ingenieros Constructores Gayco S.A., Uricoechea Calderón & Cía Limitada y Carrillo Manrique y Asociados Limitada, quienes serán responsables solidaria y mancomunadamente por el trabajo, bajo el liderazgo de INGENIEROS CONSTRUCTORES GAYCO S.A. . ."; y en el OTROSI No. 3 "se reiteró -lo dispuesto en el contrato primigenio" respecto a la identidad del contratista, resultando del examen de estos documentos que ellos demuestran lo contrario de lo que en ellos ve el fallador.

Sigue mencionando el impugnante, que quienes declararon su voluntad para producir las obligaciones en -el primer contrato "son exactamente las mismas cinco Sociedades que convienen y firman el convenio llamado OTROSI No.3, representadas por el señor Germán Acevedo, quien en ambos documentos aparece obrando su calidad (sic) de Gerente (sic) de la sociedad Constructores Gayco S.A., la cual representa a su vez a todas las Sociedades que allí se mencionan como integrantes-del Consorcio contratista ... Por consiguiente, la aserción del Tribunal de Bogotá relativa a que los contratos celebrados son distintos porque se celebraron entre personas diferentes,-es totalmente contraevidente".

Refiere el casacionista en otro aparte de su censura, que el sentenciador novio que el OTROSI No.3 (fls, 33 y ss. del c. 1) fue firmado por Germán A. Alvarado Acevedo, quien declaró allí obrar para el Consorcio Colombiano de la -Construcción, integrado por las cinco sociedades que aquí aparecen demandando; y tampoco se percató de que no aparece en el citado documento que dicho señor lo hubiera suscrito en calidad de gerente o como representante legal de la sociedad Consorcio Colombiano de la Construcción S.A....., ni que éste no declaró, por parte alguna, obrar en esa calidad; o con representación exclusiva de la sociedad anónima en mención y que, por consiguiente, no solo deja de ver el Tribunal que el 0-TROSI No.3 fue firmado por el señor Germán Alvarado Acevedo -en representación de las cinco sociedades que se agruparon con el mote de "Consorcio Colombiano de la Construcción", sino que adiciona el contenido de la prueba para suponer lo que el documentó no muestra, o sea, que quien lo suscribió lo hizo invocando el título de gerente

de la Sociedad Anónima denominada: Consorcio Colombiano de la construcción S.A."..

Acota luego el impugnante, que no basta -que alguien sea representante de una sociedad para que todos-sus actos redunden en provecho o en perjuicio de ella, lo que solo puede entenderse en la medida en que declare ante terceros que obra en esa calidad, como lo disponen los artículos -1505 del C.C., 832 y 833 del C. de Co. y que el Tribunal tala bien erró al considerar que por haberse constituido la sociedad Consorcio Colombiano de la Construcción con anticipación-a la suscripción del OTROSI No.3, fue dicha entidad la que suscribió y no las personas que habían firmado el contrato inicial, pues en los certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá que obran a folios 152 y 452 del cuaderno 1, reza que-se designó como gerente de la misma a Héctor Alvarez Vargas,-no a Germán Acevedo como lo supone el sentenciador, pues éste solo, aparece como suplente del anterior. Sigue diciendo el -censor que de esos certificados no se desprende que el consorcio y las sociedades que suscribieron el otrosí No.3, fueran-la misma persona "premisa que era necesario acreditar para poder concluir a continuación que fue la citada sociedad la que suscribió el contrato y no las compañías expresamente identificadas en el mismo...., como responsables de las obligaciones que de él nacían", pues la existencia de la sociedad anónima que acreditan, no prueba quiénes son sus accionistas. En cambio, prosigue, el sentenciador no vio que al folio 137 del cuaderno 1 obra carta dirigida por José Antonio Lema, a nombre del consorcio, a la Occidental de Colombia Inc., en la cual le hace saber que la primera es mandataria de las compañías que -la integran y "que el hecho de haber sido constituida esa sociedad no significa cesión del contrato ni exonera a los integrantes del Consorcio de la responsabilidad solidaria en lo relacionado con el cumplimiento del contrato"; y tampoco vio que en comunicación que actúa al folio 143 del cuaderno 1, el Consorcio aclara a la OXY que con su constitución "no se pretende alterar la responsabilidad que solidaria y mancomunadamente han asumido los socios en el manejo del contrato en referencia .. .

SE CONSIDERA

8. La novación es un modo de extinción de las obligaciones (artículo 1625 del C.C.), consistente en la sustitución de una por otra de ellas, en virtud de lo cual la primitiva queda extinguida (artículo 1687 C.C.). Al tenor del artículo 1690 del C.C., la novación reviste dos modalidades: subjetiva y objetiva, según que el cambio de obligación esté -determinado por el reemplazo del acreedor o del deudor, o bien por el objeto de la misma.

La novación supone, pues, de manera invariable, tanto la subjetiva como la objetiva, la sustitución de una obligación por otra, esta última fruto del acuerdo de voluntades de las partes en orden a dar por extinguida la obligación primitiva, para reemplazarla por otra nueva que difiere sustancialmente de aquella y en relación con la cual el deudor queda exclusivamente vinculado.

Querer los efectos de la nueva obligación es, entonces, condición fundamental de la novación, ya subjetiva o ya objetiva, bien sea porque así lo declaren expresamente las partes o porque sea circunstancia claramente deducible de la intención de las mismas.

"... No hay novación si no hay sustitución de una obligación a otra anterior..." dijo la Corte en sentencia de 14 de septiembre de 1927 (G. J. XXXIV, 336); y, sobre el mismo particular, expresa el artículo 1693, inciso lo, del C.C. que para que ésta se de "es necesario que lo declaren

A las partes o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua". De igual forma, la Corte señaló en sentencia de 10 de abril de 1970 que "conviene especialmente aquí hacer énfasis sobre el factor nuevo que, para que pueda hablarse de novación, debe importar la segunda obligación en relación con la primitiva, con el fin de destacar al respecto que ese factor nuevo debe presentarse como consecuencia del cambio de alma de justicia algunos de los elementos constitutivos o esenciales de la obligación anterior: Cambio de uno de sus sujetos, tratándose de la novación subjetiva, y cambio del objeto de la causa, si la novación es objetiva (G. J. CXXXIV, pag. 16).

De suerte que si la sustitución obligacional no está acompañada de la declaración expresa de las partes para que se entienda operada la novación, ni ésta es deducción que surja claramente

de la intención de las mismas, no se produce la novación, como tampoco tiene lugar ella cuando, aún mediando ese acuerdo o siendo circunstancia deducible sin asomo-de duda del convenio de las partes, la modificación se refiera-a aspectos no esenciales sino accidentales o accesorios de la obligación. Por eso dispone el inciso 2o del artículo 1693 del C.C. que "Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación -primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones -de la primera".

9. Para decidir en la forma como lo hizo,-el Tribunal tuvo en cuenta que en el presente litigio se produjo la novación del contrato celebrado entre las partes, bajo -la suposición de que, en el OTROSI No.3, se varió el objeto del contrato inicial e intervino un contratista diferente al -que suscribió con la Occidental de Colombia Inc. el contrato -M-14/85, esto último por cuanto, para la fecha en que él se suscribió, el Consorcio Colombiano de la Construcción ya estaba constituido como sociedad.

Al razonar de ese modo, el sentenciador concluyó que como el nuevo contrato fue suscrito por el Consorcio Colombiano de la Construcción S.A. y no por las sociedades actoras, éstas carecen de legitimación en causa, razón que lo llevó a confirmar la sentencia absolutoria dictada por el a quo.

Forzoso es, entonces, examinar algunas de las cláusulas del otro si No. 3 al contrato M-14/85, para conocer la declaración que en ellos hicieron los contratantes, o cual la intención de éstos que de allí se pueda deducir nítidamente.

"PRIMERO: Por motivo de la terminación del objeto inicial del contrato, las partes mediante el presente -otro si están de acuerdo en mantener vigentes las condiciones -generales pactadas en el contrato principal, modificando el objeto de dicha relación. En consecuencia (sic) el nuevo objeto-consiste en el suministro por parte del CONTRATISTA de servicios de movimiento de tierra, mediante el sistema de tarifas -honorarias de maquinaria.

SEXTO - PLAZO Y TERMINACIÓN: Por virtud de los nuevos servicios el plazo final del contrato se prolonga hasta el día primero (lo) de julio.de 1986, sin perjuicio de lo cual OXYC0L

continúa reservándose el derecho de dar por terminado unilateralmente este contrato mediante aviso escrito dirigido al CONTRATISTA con 24 horas de anticipación.

"... NOVENO - VIGENCIA DEL CONTRATO PRINCIPAL: Las anteriores modificaciones no darán lugar a otros cambios en las condiciones y términos del contrato, los cuales continuarán con plena exigibilidad y vigencia entre las partes en la forma como originalmente se estipularon en cuanto no contradigan lo dispuesto en este otrosí".

10. No es necesario esfuerzo alguno para comprender que los contratantes, lejos de tener la intención de novar la relación contractual que ellos llaman inicial, lo que claramente quisieron, porque así lo declararon expresamente en el otrosí No.3, fue que aquella coexistiera con la convertida en este último acuerdo, en todo aquello que no fuera incompatible con éste; incompatibilidad que, en verdad, no se -aprecia.

11. No obstante a que lo hasta aquí expresado es suficiente para establecer la evidencia del error fáctico cometido por el Tribunal al concluir que en el presente caso se operó la novación de la obligación, es de ver además que, en lo que atañe a la parte contratista que intervino en el contrato de 28 de febrero de 1985 (fl. 6 y ss. C. 1) y su otrosí No.3, basta observar estas piezas del acuerdo para colegir claramente que, en uno y otro caso, quien intervino fue el Consorcio Colombiano de la Construcción, compuesto invariablemente por los siguientes miembros: Nieto Reyes Limitada, Vías-y Construcciones Vicon S.A., Ingenieros Constructores Gayco S. A., Uricoechea Calderón y Cía Limitada y Carrillo Manrique y -Asociados Limitada, quienes, bajo el liderazgo de Ingenieros-Constructores Gayco S.A., se hacen responsables solidaria y mancomunadamente frente al contratante. En ambos casos se expresa que el miembro líder está representado por Germán Alvarado. Por tanto, el hecho de que el Consorcio se hubiera constituido en sociedad no significa en manera alguna la alteración-de los sujetos del contrato; y de ahí que nada distinto a la-conclusión anterior pueda extractarse del certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá que obra a folios 145 y ss. del cuaderno 1.

Las consideraciones precedentes ponen de manifiesto que la conclusión del Tribunal en el sentido de que la relación contractual

fue novada por otra en la que la parte contratista es también diferente, es contraria a la realidad -ofrecida por el proceso, como quiera que el llamado contrato -inicial y el otrosí No.3 conforman un solo cuerpo, suscrito por unas mismas partes. Por ende, la deducción a que llegó el el fallo del ad-quem respecto de que las sociedades actoras -carecen de legitimación en causa para iniciar este proceso, -es contraevidente.

El cargo, por lo consiguiente, es próspero.

Con todo, la Corte no dictará en esta oportunidad la sentencia de reemplazo que corresponde, por estimar, con fundamento en el inciso 2o. del art. 375 del C. de Procedimiento Civil, que es pertinente decretar oficiosamente la prueba que se indicará en la parte dispositiva de esta sentencia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 10 de noviembre de 1989, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Antes de dictar la sentencia sustitutiva que corresponde, se decreta oficiosamente el dictamen de peritos a efecto de que se establezca por ellos el valor de la indemnización a que tendría derecho la parte contraria, conforme a cada una de las dos alternativas previstas por los contratantes en las cláusulas 18 del anexo A del contrato M-14/85 (fl. 16 C. 1) y sexta del otrosí No. 3 al citado contrato (fl. 35 C. 1), para el caso de rompimiento unilateral del pacto por-parte del contratante.

Con el propósito en mención se designan-peritos a los doctores JAIME ARIAS RESTREPO y MARIO ALBORNOZ-RANGEL, a quienes se les posesionará a la hora de las ocho de la mañana (8 a.m.) del quinto (5o.) día hábil siguiente al en que se notifique esta sentencia. Rendirán su dictamen dentro-de los veinte (20) días siguientes a su posesión. El costo -de esta prueba es de cargo de ambas partes por igual.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese y notifíquese.

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS

EDUARDO GARCÍA SARMIENTO

PEDRO LAFONT PIANETTA

HÉCTOR MARÍN NARANJO

ALBERTO OSPINA BOTERO

RAFAEL ROMERO SIERRA