

RESOLUCIÓN DE CONTRATO – Presupuestos.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO - Legitimación por activa: Sólo está legitimado el contratante cumplido o que se allanó a cumplir.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO – Procedencia.

(...) en principio y por regla general, está legitimado para reclamar la resolución del contrato, el contratante cumplido o que se allanó a cumplir, es decir, quien atendió cabalmente la prestación a su cargo, o por lo menos realizó acciones inequívocas dirigidas a atender la obligación de acuerdo con lo convenido. (...)

(...) un estudio minucioso de la prueba y de las modificaciones que a lo largo de la relación contractual se presentaron, dentro del marco de la buena fe contractual, permite determinar que el demandante se allanó a cumplir su carga negocial (...) al revisar las acciones desplegadas por el contratista, atendidas las condiciones reales en las que se desarrolló el convenio, concluye el Tribunal que sí enfiló su voluntad a cumplir su carga prestacional, y lo hizo hasta el momento en que desaparecieron realmente las posibilidades de culminar su encargo, de donde deviene entonces su legitimación para impetrar la pretensión resolutoria del contrato. (...)

(...) Ahora bien, tratándose de relaciones entre comerciantes, es aplicable al asunto analizado la ley comercial, que plasma el principio de buena fe en el artículo 871 (...)

(...) La actitud asumida por la empresa constructora demandada denota que cuando las puertas llegaron en los meses de mayo y agosto de 2018, no se consideró necesario hacer una revisión de las condiciones de calidad de las mismas, tampoco se objetó que el suministro hubiera sido parcial pues ningún reclamo se hizo para que se entregara la totalidad de los materiales, y menos se requirió al contratista para que procediera a su instalación.

Si en verdad la obra hubiera estado en condiciones para instalar al menos las 635 puertas que ya estaban en las bodegas de la constructora demandada desde el mes de agosto de 2018, lo mínimo era que hubiera mediado de parte de esta, un llamado para que el contratista hubiera iniciado la instalación, dejando a su disposición el acceso a las bodegas cuyas llaves conservaba la compañía contratante. Por el contrario, el plazo para el cumplimiento de lo pactado se alargó hasta noviembre del mismo año, sin ninguna otra anotación, reclamo o requerimiento al contratista. (...)

(...) No desconoce el Tribunal que para el mes de septiembre de 2018, la empresa demandante no había completado el número de puertas y muebles al que se había comprometido, pero ello no puede tomarse como un incumplimiento cuando aún estaban en plazo de cumplir, porque el término se había extendido hasta 1º de noviembre de 2018; más bien esa era una clara muestra de la intención de cumplir.

Además, no puede soslayarse que de las 635 puertas puestas en obra por el contratista, sin su autorización la constructora tomó 159 puertas, hecho confirmado por la perito nombrada, y aceptado por personal de la constructora -quienes afirmaron haber sustraído 125 puertas para instalarlas en los apartamentos por ellos edificados-, de dónde puede colegirse que por lo menos estas, sin discusión, cumplían los estándares de calidad exigidos y hubieran podido ser instaladas sin mayor inconveniente por el contratista, de haber este recibido la orden o el requerimiento para que procediera a ello, lo que nunca ocurrió. (...)

(...) atendiendo las vicisitudes del contrato y la buena fe que debía primar durante su ejecución, pueda concluirse que el contratista demandante Grupo NDL S.A.S. se allanó a acometer la obligación que le correspondía, pues dirigió su voluntad a atender la prestación, a lo menos parcialmente, mientras que el contratante no cumplió con la carga inherente a la ejecución del contrato, porque se negó a suscribir acta de recibo a satisfacción del material que empezó a ingresar a la obra desde mayo de 2018, momento en el que nada manifestó sobre la calidad del mismo, cerrando así la posibilidad de que el contratista recibiera los pagos convenidos. (...)

(...) Del anterior análisis se desprende que quedaron acreditados los elementos estructurales que habilitan la resolución del contrato pretendida en la demanda, pues se reitera, hubo allanamiento para cumplir parcialmente, por parte de la empresa demandante, mientras que se probó el incumplimiento de la empresa demandada CIEZ S.A.S., al obstaculizar la suscripción de las actas de recibo del material puesto en obra para proceder al pago según lo pactado, por lo cual se hace necesario determinar las restituciones mutuas correspondientes.(...)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrada Sustanciadora: Marcela Adriana Castillo Silva

Ref.: Declarativo No. 2019-00210 (481-01)

Pasto, veintidós (22) de julio de dos mil veintidós (2022)

Procede el Tribunal a proferir por escrito la decisión que resuelve el recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra la sentencia emitida el 8 de julio de 2021 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso declarativo de resolución de contrato propuesto por el Grupo NDL Colombia S.A.S. en contra de CIEZ S.A.S.

I. ANTECEDENTES

1. **Demanda.** El Grupo NDL Colombia S.A.S., por intermedio de apoderada judicial, solicitó que se decrete la resolución del contrato celebrado el 15 de septiembre de 2017 con CIEZ S.A.S., por incumplimiento de esta última, condenándola al pago del valor del contrato, sus intereses corrientes y la cláusula penal.

Para fundamentar sus pretensiones adujo que el 15 de septiembre de 2017 celebró contrato de suministro e instalación de puertas de alcobas y baños y muebles de cocina en el proyecto Torres del Cielo 2 Etapa 1, con la empresa CIEZ S.A.S., por la cuantía total de \$296.503.540, cuya fecha de terminación se pactó el 13 de marzo de 2018.

Señaló que en enero de 2018 se encontraba en plena disposición de entregar el 50% de la obra contratada, sin embargo, la demandada solicitó se postergara el suministro dado que por el avance de la obra no eran requeridas. Luego de varias comunicaciones se suscribió el Otrosí No. 1, en donde se modificó el precio de las puertas, elevando la cuantía del contrato a \$321.903.540, y se amplió el plazo hasta el 30 de agosto de 2018 “y no el 30 de marzo como se dejaba en el contrato inicial”.

Indicó que CIEZ S.A.S. en marzo 13 le envió un correo electrónico atestando lo pactado verbalmente, indicando que cuando las puertas fueran puestas en obra en

abril o mayo de ese año, se enviarían las facturas a la oficina, por lo que NDL radicó una cuenta de cobro que nunca fue pagada a pesar de haber sido recibida y aceptada, y que entre mayo y agosto dejó en la obra 635 puertas, pero no volvió a obtener alguna sobre el pago y se negó a suscribir el acta de entrega del suministro a satisfacción por la demandada, lo que estima ha generado graves perjuicios.

Arguyó que la entidad demandada se ha sustraído de cancelar cualquier suma de dinero, a pesar que el Grupo NDL Colombia S.A.S. mostró plena intención de cumplir sus obligaciones.

2. **Contestación.** La demandada CIEZ S.A.S., se opuso a las pretensiones, formulando como excepciones de mérito “contrato no cumplido”, “extinción de la obligación el evento de la condición resolutoria”, “inexistencia de relación jurídica contractual vigente entre las partes en litigio”, “cobro de lo no debido”, “mala fe del actor y buena de la pasiva” y la “innominada”, aunado a que objetó el juramento estimatorio.

El sustento de la defensa se concreta en que empresa demandante no cumplió el objeto contractual, pues el mismo no se limitaba al suministro de las puertas, de las cuales únicamente se entregaron 635, sino también a su instalación, como también a muebles de cocina, frente a los que no se presentó avance. Además, reprochó la calidad de los insumos en depósito y que la póliza de seguro sólo se haya constituido hasta el 15 de agosto de 2018.

Por ello considera, que ante el incumplimiento de sus obligaciones consensuadas no está llamada a reclamar la resolución del contrato, aunado que reclama el pago total, cuando sólo acreditó la entrega de 635 puertas.

3. **Sentencia.** El Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, una vez agotadas las respectivas etapas procesales, en audiencia celebrada los días 7 y 8 de julio de 2021, denegó las pretensiones elevadas por la parte demandante, condenándola en costas. El sustento de su decisión se concretó en que el Grupo NDL Colombia S.A.S. carecía de legitimación en la causa por activa frente a la acción resolutoria, pues este medio judicial está habilitado únicamente para el contratante cumplido o que se allanó a cumplir en los términos pactados, sin que dentro del presente asunto se demostrara que con la entrega de una parte de las puertas convenidas en el negocio, se pueda tener por satisfecho el convenio contractual, pues el mismo incluía su instalación, que el contratista no realizó a pesar de que el avance de la

obra lo permitía, con lo que no demostró el allanamiento a cumplir. A esto agregó que los insumos fueron entregados de manera incompleta. Además, negó que se pudiera ordenar el pago de las puertas que la constructora demandada usó sin autorización del contratista, tomándolas de las que fueron depositadas en obra, porque sobre tal aspecto no versaba el litigio. En esas condiciones, consideró que el contrato continuaba conservando plena eficacia y validez hasta que se aniquile por cualquier medio legalmente válido.

4. **Apelación.** La apoderada judicial de la demandante sustentó su inconformidad aludiendo que (i) se hizo un análisis inadecuado sobre la legitimación en la causa por activa, dado que este presupuesto de la acción no depende del incumplimiento del contrato sino la aptitud que como parte del convenio tiene derecho a reclamar su resolución, (ii) hubo una indebida valoración probatoria de los documentos arrimados, las declaraciones y el dictamen pericial que de oficio se decretó, de los cuales se infiere que se allanó al cumplimiento de las obligaciones al depositar en obra 635 puertas, lo cual suponía un avance de obra, que nunca fue atestado en las actas que debía suscribir la constructora demandada, lo que impidió el pago parcial correspondiente. Afirmó que las puertas entregadas eran de buena calidad, lo que se demuestra con el hecho que la constructora tomó 159 de las 635 puertas, sin su autorización, y las instaló en la edificación, para luego reemplazarlas por otras de distinta calidad. Alegó que nunca fue requerida para la instalación porque el avance de la obra no lo permitía pues la obra se terminó completamente en agosto de 2019, y por ende no podía proceder a hacerlo sin una autorización expresa del contratante cuando se dieran las condiciones para ello. (iii) Afirmó que no debió negarse el pago de las puertas que usó la constructora de mala fe, con fundamento que no era lo solicitado en la demanda, dada la prevalencia del derecho sustancial, y (iv) debió compulsarse copias frente al representante legal de la constructora por faltar a la verdad.

En el término de traslado del recurso de apelación, la entidad demandada atacó los reproches de la actora, indicando que la sentencia de primer grado hizo un adecuado análisis sobre que no se acreditó los requisitos de la acción resolutoria, pues el Grupo NDL Colombia S.A.S. no se allanó al cumplimiento, dado que el contrato consistía en la instalación y suministro de las puertas y muebles de cocina; de estos últimos nunca se presentó ningún insumo, y frente a las primeras, se anotó que su calidad era inaceptable en la mayoría de ellas y la entrega fue incompleta pues tampoco se incluyeron las jampas y los dinteles completos, como tampoco ninguna chapa de la puerta, sin que se llegara a instalar alguna, por lo que sus

pretensiones desatienden que fue este extremo quien desatendió el convenio negocial. Además, solicitó que se impongan las sanciones que trata el artículo 206 del Código General del Proceso a la parte actora en virtud de la objeción al juramento estimatorio.

II.- CONSIDERACIONES.

1.- Problemas Jurídicos

Corresponde a esta Corporación resolver los siguientes interrogantes:

1. ¿La legitimación en causa del demandante que reclama la resolución del contrato exige que este haya sido el contratante cumplido, o, que se allanó a cumplir?
2. ¿El demandante demostró que se allanó a cumplir la obligación pactada, al depositar 635 puertas en las bodegas que la constructora demandada dispuso para ese efecto?, o, ¿para entender que hubo allanamiento a cumplir por parte del contratista, este debió suministrar la totalidad del material e instalarlo?
3. ¿Las puertas depositadas cumplían los estándares de calidad para poder ser instaladas, de conformidad con lo pactado, o la determinación de la calidad solo podía ser evaluada una vez se instalaran?

2.- Análisis del caso.

1. Para resolver los anteriores aspectos, debe partirse del artículo 870 del Código de Comercio, según la cual *“En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”*.

En esa perspectiva, la respuesta a la primera pregunta planteada, es afirmativa, o sea que en principio y por regla general, está legitimado para reclamar la resolución del contrato, el contratante cumplido o que se allanó a cumplir, es decir, quien atendió cabalmente la prestación a su cargo, o por lo menos realizó acciones inequívocas dirigidas a atender la obligación de acuerdo con lo convenido.

De allí que pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia han admitido que cuando la pretensión de la demanda sea obtener la resolución del contrato, por lo general, se requiere que quien la reclama sea el contratante cumplido, o que se allanó al cumplimiento, pues es esa circunstancia la que lo legitima para reclamar judicialmente la terminación del contrato frente a su contraparte negocial.

Al respecto, en inveterada jurisprudencia la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sobre la legitimación por activa en este tipo de litigios ha referido:

“Sólo está legitimado para incoar la acción resolutoria el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir. *Ha sido doctrina constante de esta Corporación, dentro del ámbito de la preceptiva legal contenida en el art. 1546 del Código Civil, la de que solamente el contratante cumplidor de las obligaciones a su cargo, nacidas de un acuerdo de voluntades, o por lo menos que se haya allanado a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, puede pedir la resolución del contrato y el retorno de las cosas al estado anterior con indemnización de perjuicios cuando la otra no ha cumplido las suyas”¹ (Énfasis fuera del texto).*

Bajo dicho entendido, la reciprocidad de los derechos y obligaciones surgidos del acuerdo de voluntades es el apoyo sobre el cual se sustenta la acción resolutoria en el caso de que una de las partes haya dejado de cumplir lo pactado, siempre y cuando la otra, haya cumplido o al menos haya demostrado allanarse a ello. Ante dicha circunstancia, el pactante que demuestre que ejecutó cabalmente sus cargas o inició el camino de cumplimiento, está facultado para solicitar ante la jurisdicción ya sea el cumplimiento o la resolución junto con la indemnización de perjuicios como sanción.

La anterior posición se encuentra sustentada en lo que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, viene sosteniendo de vieja data respecto de la acción que nos ocupa, realizó el siguiente análisis en lo referido a este específico tópico:

*“Desde luego la viabilidad de la acción de que se trata requiere sine qua non que el contratante contra el cual se promueve haya incurrido en mora y que **el actor por***

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 12 de agosto de 1974. M.P. Humberto Murcia Ballén.

su parte, haya cumplido o allanándose a cumplir las obligaciones a su cargo “en la forma y tiempo debidos”². (Énfasis fuera del texto).

Todo lo expuesto en precedencia, ha permitido que a través de pronunciamientos jurisprudenciales, se decanten los presupuestos para la viabilidad y procedencia de la acción resolutoria, mismos que se pueden compendiar así: **a)** existencia de un contrato bilateral válido; **b)** incumplimiento del demandado de las obligaciones que para él generó el pacto, porque en eso consiste la realización de la condición tácita; **y c) que el demandante, por su parte, haya cumplido los deberes que le impone la convención, o cuando menos se haya allanado a cumplirlos en la forma y tiempo debidos**, como más adelante se abordará de forma pormenorizada.

Lo anterior, sin desconocer que recientemente la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema ha venido admitiendo que también existen situaciones en las que es necesario aniquilar aquellas relaciones negociales en las cuales ambos contratantes han perdido interés en el cumplimiento contractual y por ende a uno y a otro se les imputa el incumplimiento de las prestaciones a su cargo.

De allí que, en principio sería admisible la decisión de la juez de primera instancia de considerar que la demandante no tenía legitimación en causa para demandar la resolución del convenio porque no había demostrado el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, o al menos su allanamiento a cumplir de conformidad con el clausulado contractual varias veces modificado a lo largo de su ejecución, pues para llegar a dicha inferencia realizó un análisis de las prestaciones a las que se había comprometido la parte actora y que no llegó a cumplir, añadiendo que en ese escenario, la prestación de pago no era exigible a la compañía demandada, y por ende quedaban vigentes las estipulaciones negociales.

Queda claro entonces, que es erróneo el postulado planteado por la parte apelante respecto a que para el estudio de la legitimación en causa por activa en la acción resolutoria intentada bastaba con verificar que uno de los extremos del contrato era la compañía Grupo NDL Colombia S.A.S., pues la norma aplicable, así como la jurisprudencia patria han establecido como regla la necesidad de que quien reclame la resolución sea el contratante que demuestre el cumplimiento de lo pactado, o mínimamente su allanamiento a cumplir.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 2 de noviembre de 1964.

Sin embargo, como se analizará en apartados posteriores de este proveído, en este caso particular un estudio minucioso de la prueba y de las modificaciones que a lo largo de la relación contractual se presentaron, dentro del marco de la buena fe contractual, permite determinar que el demandante se allanó a cumplir su carga negocial Obra en el expediente solicitud del Grupo NDL dirigida al contratista donde solicitó se suscriba acta de entrega de recibo a satisfacción del material suministrado, que para el caso son 635 puertas para alcoba y baño con sus respectivas jampas de acuerdo a contrato suscrito el día 15 de septiembre de 2017³. quedando así legitimado para reclamar la resolución del convenio suscrito con la parte demandada.

En suma, aunque el juzgado de primera instancia acertadamente indicó que tratándose de la demanda para obtener la resolución de un contrato, únicamente estaba legitimado en causa el contratante cumplido o que se allanó a cumplir las obligaciones a su cargo, al revisar las acciones desplegadas por el contratista, atendidas las condiciones reales en las que se desarrolló el convenio, concluye el Tribunal que sí enfiló su voluntad a cumplir su carga prestacional, y lo hizo hasta el momento en que desaparecieron realmente las posibilidades de culminar su encargo, de donde deviene entonces su legitimación para impetrar la pretensión resolutoria del contrato.

2. Ahora, para abordar el segundo problema jurídico planteado, el Tribunal procede a determinar cronológicamente las vicisitudes del contrato a lo largo de su ejecución:

a. En julio 25 de 2017, el representante legal de grupo NDL presenta a la constructora CIEZ propuesta económica sobre *puerta laminada lisa sin diseño, con chapas de acero pulido, bisagras e instalación completa, por valor de \$205.000 cada una. También cotizó muebles en melamínico, puertas con bisagra de parche y cantos en PVC, por valores de \$450.440 y \$531.350 cada uno, de acuerdo con medidas.*

b. El 15 de septiembre de 2017, CIEZ SAS (contratante) pacta con Grupo NDL Colombia SAS (contratista), en los siguientes términos:

³ Folios 73 a 91, Archivo 01Cuaderno1.

1. *Objeto:* la elaboración e instalación de 72 muebles alto y bajo de cocina y de 1270 puertas para alcoba y baños con chapa.
2. *Precio total:* \$296.503.540.
3. *Forma de pago:* *contra entrega de avances de obra mensuales, aprobadas por la dirección de obra; las actas se elaborarán el último día de cada mes y el pago se realizará a los 15 días contados a partir de la presentación de la factura con el detalle del **material entregado en obra.***
4. *plazo:* a. El 10 de enero de 2018 el contratista entregará en obra 635 unidades de puertas en madera y 36 unidades de muebles de cocina. B. el 7 de febrero de 2018 el contratista entregará en obra la totalidad de las puertas y muebles contratados. C. el 13 de marzo de 2018 hará la entrega total de la obra (elaboración e instalación de muebles de cocina y puertas para alcobas y baños)⁴.

El 13 de marzo de 2018, María Fernanda Portilla, quien fungía como jefe de compras de SALVA CONSTRUCCIONES – empresa mandataria de CIEZ para el manejo de la obra-, envió un correo al contratista Francisco Ordoñez, de NDL, en los siguientes términos: *“Hola Pacho, buenas tardes. De acuerdo a lo que hemos hablado con Jesús la decisión respecto a las facturas de las puertas, es no enviarlas a la oficina. Estas facturas se van a enviar en cuanto las puertas estén en la obra. Como se pactó la fecha de entrega finales de abril o principios de mayo, se tomará esa fecha para el envío de las facturas. Quedo pendiente”*⁵.

El 22 de marzo de 2018 las partes firmaron el otro sí No. 1, mediante el cual, en lo básico, modifican el **precio** del contrato que asciende a \$321.903.540, y se pacta que la **fecha de terminación del contrato** será el 30 de agosto de 2018 y no el 30 de marzo como se había previsto inicialmente⁶.

El 26 de marzo de 2018 Grupo NDL presentó a CIEZ, cuenta de cobro por 100 millones de pesos por concepto de anticipo de suministro e instalación de puertas. La entidad demandada atesta el recibido de la cuenta⁷.

Consta certificación emitida por el Coordinador del Área Jurídica de CIEZ S.A.S., a solicitud de la entidad demandante, en la que se indica que el término para la ejecución del contrato se extiende a tres meses contados a partir del primero de

⁴ Folios 43 a 51, Archivo 01Cuaderno1.

⁵ Folio 53, Archivo 01Cuaderno1.

⁶ Folios 55 a 57, Archivo 01Cuaderno1.

⁷ Folio 59, Archivo 01Cuaderno1.

agosto de 2018⁸, es decir que se había otorgado un nuevo plazo hasta el 1º de noviembre.

Obra en el expediente solicitud escrita del Grupo NDL dirigida al contratista reclamando la suscripción de acta de recibo a satisfacción del material suministrado, que para el caso son 635 puertas para alcoba y baño con sus respectivas jampas de acuerdo a contrato suscrito el día 15 de septiembre de 2017⁹.

Además, consta la petición de conciliación elevada ante la Cámara de Comercio de Pasto, radicada el 21 de septiembre de 2018, en desarrollo de la cual, si bien hubo diferentes aproximaciones entre los contratantes para buscar una salida negociada al conflicto presentado, finalmente no hubo acuerdo según acta No. 01854-2018¹⁰.

De igual forma, consta el oficio de 21 de noviembre de 2018 suscrito por Luis Arellano Yanguas, en calidad de Representante Legal de CIEZ, donde anota que no existe ánimo de conciliar las diferencias y requiere a NDL para que retire de la obra los elementos depositados, petición que reiteró posteriormente¹¹.

Aunado a ello, en el marco de la audiencia de conciliación que se adelantó ante este Tribunal se enunció por ambos extremos procesales que todo el material que había sido depositado en la obra ya había sido retirado de las instalaciones de la construcción por el Grupo NDL, incluidas las puertas de diferente calidad que con antelación la constructora demandada había tomado para su uso, y repuesto posteriormente.

La buena fe contractual

Ahora bien, tratándose de relaciones entre comerciantes, es aplicable al asunto analizado la ley comercial, que plasma el principio de buena fe en el artículo 871 *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*.

⁸ Folio 171, Archivo 01Cuaderno1.

⁹ Folios 73 a 91, Archivo 01Cuaderno1.

¹⁰ Folio 185 a 197, Archivo 01Cuaderno1.

¹¹ Folio 145, Archivo 08ContestaciónDemanda.

A este respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"La institución es comprendida como el deber de las partes de obrar con lealtad en las relaciones jurídicas y respetar lo textualmente pactado en los negocios y actos jurídicos. También, la de propender, recíprocamente, la realización de las expectativas legítimas que tiene su contraparte frente al acuerdo, aun cuando para ello, deban desplegar conductas no señaladas literalmente en él, pero sí afines a este. De tal forma, el principio reviste importancia analítica en los contratos en todas sus etapas y adquiere una actividad (i) integradora, (ii) interpretativa y (iii) equilibradora. Para la Sala, la buena fe contractual "es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas". (Cas. Sentencia 105 de 9 de agosto de 2007, exp. 2000-0025; Cas. 23 de agosto de 2011, exp. No. 2002-00297-01; Cas. 2 de agosto de 2001, exp. No. 6146, citada en Cas. 16/12/2010. Cfr. cas. junio 23 de 1958"¹².

Por ello, en el estudio de este caso en particular, la buena fe contractual y las condiciones reales de la ejecución del contrato, serán tenidas como elementos fundamentales para delimitar los contornos de las prestaciones de las partes. Especial importancia tiene este precepto en el análisis que se abordará, porque ambos litigantes han manifestado que entre ellos existían relaciones de confianza durante la ejecución de contrataciones previas similares en otras edificaciones, en las cuales NDL había sido contratista, culminando a satisfacción y recibiendo los pagos a su favor en su totalidad sin inconveniente alguno.

Entonces, para el Tribunal es claro que la relación comercial se llevó a cabo, en principio, en el marco de la confianza generada por los negocios previos celebrados entre las partes del contrato, que culminaron satisfactoriamente y que en este caso los llevaron a ir modificando informalmente las condiciones iniciales acordadas, lo que explica que no existan nuevos escritos atestando tales cambios. Así que son las pruebas aportadas al expediente, los insumos para esclarecer la realidad de la ejecución contractual, las que permitirán llevar al convencimiento de si la entrega parcial del material puesto en obra puede tomarse como un principio de cumplimiento del contratista demandante, y por otra parte, si la conducta

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3273-2020 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

desplegada por la constructora es demostrativa de desconocimiento de las obligaciones a su cargo.

En esa dirección, cabe señalar que aunque inicialmente se pactó que el suministro de las puertas y los demás materiales debía cumplirse en 2 fechas: 10 de enero y 7 de febrero de 2018, en las cuales el contratista debía suministrar la totalidad del material y culminar su instalación, las mismas partes dejaron sin efecto ese plazo, lo que se reflejó primeramente en el correo que envió la jefe de compras de Salva Construcciones- en su calidad de mandataria de CIEZ S.A.S., a Francisco Ordoñez de NDL SAS, en el que modifica los términos del convenio en relación con el nuevo plazo para **entrega de las puertas** determinando que sería en abril o mayo, momento en que radicarían las facturas para el pago, todo ello, de acuerdo con lo hablado con el señor Jesús Salvador Agorreta¹³.

Días más tarde, el 22 de marzo, las partes firmaron un *otro sí* pactando como fecha de terminación del contrato el 30 de agosto de 2018 y dejaron incólumes las estipulaciones iniciales. Posteriormente ampliaron el plazo de cumplimiento para el 1º de noviembre del mismo año, de acuerdo con certificación expedida por el señor José Paz, de la constructora¹⁴. En ninguno de estos convenios adicionales se hizo referencia al incumplimiento del contratista NDL, ni obra prueba de alguna solicitud o requerimiento para que procediera a instalar las puertas y los muebles de cocina, ni se hizo un llamado de atención por la mora, ni se anunció la aplicación de las cláusulas sancionarias pactadas en el convenio inicial, relativas a la terminación inmediata del contrato y su liquidación definitiva. De allí, se puede colegir entonces, que el contratista contaba con un término hasta el primero de noviembre de 2018 para culminar el objeto convenido, es decir, el suministro y la instalación del material contratado.

3. Ahora, el contratista afirmó haber dejado en las instalaciones de la obra 635 puertas durante los meses de mayo y agosto. En la primera oportunidad, 345 puertas, y los días 6 y 9 de agosto las siguientes 290 puertas y jampas, lo anterior evidenciando su intención de ejecutar la prestación a su cargo. Por disposición del contratante el recibo de este material en la obra y su depósito en las bodegas que el contratante determinó, lo firmó el señor Camilo Toro, encargado de la empresa de seguridad Sincercol Ltda., atestando que los materiales almacenados “*cumplen*”¹⁵.

¹³ Min. 1:17:10, Audiencia Instrucción y Juzgamiento.

¹⁴ Folio 171, Archivo 01Cuaderno1.

¹⁵ Folios 61 a 63, Archivo 01Cuaderno1.

El material entregado quedó bajo custodia de la mencionada empresa, pues las bodegas fueron cerradas, conservando las llaves los empleados de Sincercol, se reitera, por haberlo dispuesto así el encargado de la constructora, no obstante, que en la cláusula 13 del contrato inicial, se había designado al arquitecto Arellano Yanguas para la supervisión de la ejecución del “*suministro*”.

Para el mes de septiembre de 2018, luego de permanecer el mencionado material en bodega un tiempo considerable, sin reclamo alguno sobre su calidad, y sin que hubiera mediado orden o solicitud para su instalación, ante la exigencia del contratista que se firmara el recibido del material dejado en la construcción, la constructora solicitó al interventor de la Fiduciaria Bancolombia, -Andrés Enrique Hidalgo López- que efectuara una revisión de las puertas y conceptuara sobre su calidad, en cumplimiento de lo cual éste documentó, el 20 de septiembre de 2018, que las puertas no cumplían con las condiciones de calidad necesarias para ser instaladas¹⁶.

Finalmente, en “*atención a la demanda*” el 26 de septiembre el señor Iván Marroquín adelantó una minuciosa inspección sobre las puertas llevadas a la obra, concluyendo que muchas de ellas no estaban en condiciones de ser instaladas debido a los defectos que presentaban¹⁷. Además, en el curso de la conciliación prejudicial la constructora en el mes de octubre de 2018 realizó una exhaustiva revisión de las puertas, en la que intervinieron varias personas vinculadas a la CIEZ, proceso que concluyó con la solicitud de retiro de las puertas de las instalaciones de la edificación, lo que ocurrió a partir del 21 de noviembre de 2018¹⁸, y dicha petición se reiteró en enero¹⁹ y marzo de 2019²⁰.

La actitud asumida por la empresa constructora demandada denota que cuando las puertas llegaron en los meses de mayo y agosto de 2018, no se consideró necesario hacer una revisión de las condiciones de calidad de las mismas, tampoco se objetó que el suministro hubiera sido parcial pues ningún reclamo se hizo para que se entregara la totalidad de los materiales, y menos se requirió al contratista para que procediera a su instalación.

¹⁶ Folios 39 y 40, Archivo 08ContestaciónDemanda.

¹⁷ Folios 41 y 45, Archivo 08ContestaciónDemanda.

¹⁸ Folio 145, Archivo 08ContestaciónDemanda.

¹⁹ Folio 147, Archivo 08ContestaciónDemanda.

²⁰ Folio 149, Archivo 08ContestaciónDemanda.

Si en verdad la obra hubiera estado en condiciones para instalar al menos las 635 puertas que ya estaban en las bodegas de la constructora demandada desde el mes de agosto de 2018, lo mínimo era que hubiera mediado de parte de esta, un llamado para que el contratista hubiera iniciado la instalación, dejando a su disposición el acceso a las bodegas cuyas llaves conservaba la compañía contratante. Por el contrario, el plazo para el cumplimiento de lo pactado se alargó hasta noviembre del mismo año, sin ninguna otra anotación, reclamo o requerimiento al contratista.

Llama la atención que en respuesta a la solicitud que en el mes de septiembre de 2018 hiciera NDL para que la contratante suscribiera el acta de recibo a satisfacción de los materiales dejados en obra, la constructora hubiera considerado pertinente llamar a un tercero ajeno a la relación contractual aquí convenida, y distinto a Luis Arellano quien había sido designado en el contrato como encargado de la interventoría supervisión y vigilancia del cumplimiento del mismo, para que ese tercero atestara sobre la observancia de los términos del contrato, cuando con anterioridad ni siquiera se había considerado necesario hacer revisión del material que había empezado a llegar desde el mes de mayo.

Además, algunos declarantes avalaron que la obra no tenía las condiciones para permitir la instalación de las puertas de alcobas y cocinas, ni los muebles de cocina. Así, Luis Alejandro Oviedo Chicaiza²¹, hermano de la representante legal de NDL, técnico en arquitectura y arquitecto, señaló que el avance de la obra no hacía aconsejable la instalación de puertas y muebles de interior pues mientras no hubiera ventanería, pisos, estucado, primera mano de pintura, y el cielo falso, no era prudente proceder a la postura de muebles y puertas de interior, dado que las puertas podían dañarse al quedar expuestas a la intemperie, o mancharse con el estuco o la pintura, o tener que desmontarse para nivelar los pisos. Afirmó que fue director de obra de otro proyecto de la constructora CIEZ, y que eran ellos los que requerían a los contratistas para que procedieran a la instalación, para lo cual previamente debían estos presentar el listado del personal que ingresaría con la prueba de tener al día su seguridad social. Agregó que los defectos que tuviera el material podían subsanarse en el momento de la instalación, pero que luego de revisadas las puertas de manera exhaustiva y milimétrica por varias personas de la constructora, esta nunca hizo un llamado a corregirlos.

No pasa por alto el Tribunal que el señor Luis Oviedo Chicaiza, es hermano de la representante legal de la empresa demandante, por lo que su testimonio bien

²¹ Min. 0:33:00, Audiencia Instrucción y Juzgamiento, Primera Parte.

podiera estar parcializado a favor de esta, sin embargo, sus afirmaciones respecto a que las puertas y muebles no podían ser instaladas mientras no se contara con los pisos, y los muros estucados, fueron corroboradas por la perito arquitecto Olga Inés Jaramillo Jiménez, quien aseguró además que el momento oportuno para hacer las correcciones necesarias era cuando se instalaran.

Adicionalmente, la perito encontró que en el grupo de puertas había 2 diferentes calidades, concluyendo que 475 eran de NDL y 159 de CIEZ²², lo que justificaron los declarantes vinculados a la parte demandada, aduciendo que la constructora había tomado ese número de puertas para instalarlas en la obra por la premura de entregar los apartamentos a los compradores, razón por la cual las puertas fueron utilizadas y luego reemplazadas por otras similares, sin que mediara autorización del contratista.

En adición, hay un documento que certifica el avance de la obra para los dos primeros trimestres de 2018 del que se desprende que para el mes de mayo de 2018 las condiciones de la obra ya permitían instalar las puertas y muebles²³, sin embargo, debe tenerse en cuenta que este informe es una prueba dentro del proceso, es decir que en transcurso del año 2018 el avance de obra que supuestamente posibilitaba la instalación no fue puesto en conocimiento del contratista.

Para esta corporación, nada justifica o explica, que si ya se encontraba la edificación en estado de que se instalaran las puertas de habitaciones y baños, y los muebles de cocina, -al menos parcialmente- se hubiera ampliado el plazo para el cumplimiento de la prestación del contratista hasta noviembre 1º de 2018; entretanto no medió requerimiento alguno por una eventual mora de su parte, pues según ese documento, desde mayo ya se había podido dar la orden, o al menos la información del estado de la construcción, o poner a disposición del contratista el material allegado autorizando el montaje de las 345 puertas puestas en obra en el mes de mayo, y en agosto las subsiguientes 290, sin que ello hubiere ocurrido.

Causa extrañeza que ni Iván Marroquín, en su calidad de director de la obra, ni Jesús Salvador Agorreta, ni Luis Arellano Yanguas -este último en su calidad de interventor y supervisor del contrato- hubieran efectuado un llamado al contratista autorizando, o, exigiendo el cumplimiento total de su obligación, si, como ellos

²² Archivo 04DictamenPericialDeOficio.

²³ Archivo 07InformeSalvaConstructoresSAS.

mismos afirman, tenían constante comunicación con él. De haberse realizado requerimientos verbales infructuosos, nada explica por qué no se le envió un correo electrónico o físico, o se hubiera dejado un acta atestando el incumplimiento, máxime cuando, se reitera, para agosto del 2018, de acuerdo con el informe de avance de la edificación, ya era factible instalar la mitad de las puertas contratadas, las cuales estaban bajo custodia de la compañía contratante.

En criterio del Tribunal, claramente la constructora era la que tenía que determinar cuándo se tenían que colocar las puertas y muebles, y omitió hacerlo, pues lo que se colige de las variadas declaraciones que obran en el expediente, es que había una clara disparidad de criterios sobre el momento adecuado para empezar la instalación. Así, mientras el demandante, algunos testigos y la perito, sostienen en líneas generales que para avocarse a esa tarea debían estar los muros estucados y con una primera mano de pintura, la ventanería con sus vidrios -para evitar que la intemperie dañara la madera-, e instalados los pisos, el cielo falso y la puerta de ingreso, y que tales condiciones no estaban dadas en la obra; por su parte, el director de obra y otro grupo de declarantes indican que dichas exigencias no eran necesarias para empezar el ensamblaje de los materiales contratados a NDL.

Entonces, para esta Sala, no es creíble la afirmación de la demandada, aceptada por la jueza de primera instancia, respecto a que para el momento en que el contratista empezó a llevar las puertas en el mes de mayo, la construcción ya se encontraba lista para ejecutar la instalación y que el contratista debía *motu proprio* proceder al ensamblaje; por el contrario, lo lógico era que bajo una directriz unificada se determinara si el avance de obra permitía o no, que se procediera al montaje de los insumos de carpintería y esa directiva solo podía corresponder a un responsable general de la constructora, que programara los tiempos de intervención de cada contratista.

Es más, Carlos Iván Marroquín²⁴, en uno de los apartes de su declaración, al responder a la pregunta de por qué no se había dado la orden expresa de instalar las puertas cuando estas llegaron a la obra, indicó: *“él tenía un contrato, él es el contratista, él tenía que, ya tenía un contrato él tenía que, llevó las puertas y él tenía que haber empezado a ejecutar, no, no esperar a que yo le diga no, venga, venga instale, no él ya tenía, él ya podía haber instalado, si estaba alguna puerta mala si había una puerta defectuosa él podía haber dicho: no, yo la reparo y no hay problema, la instalo, porque de igual manera yo le doy el aval para pago y todo*

²⁴ Min. 0:00:05, Audiencia Instrucción y Juzgamiento, Tercera Parte.

cuando ya está instalada, terminada, completa, yo no puedo dar el aval cuando esta aun sin terminar y esto ya es contratista, todo los contratistas que iban a la obra ellos sabe que tienen que hacer, saben que tienen que ejecutar y como están los términos contractuales ya están, él sabía que podía instalar". Adicionalmente, afirmó que se iban colocado puertas exteriores y plásticos en la ventanería, lo que permitiría la instalación de la carpintería al interior de los apartamentos, pero al ser interrogado sobre si de esas adecuaciones habían sido informadas al contratista Francisco Ordoñez, negó haberlo hecho, justificando que, en todo caso, este podía haberse dado cuenta de esas adecuaciones provisionales, para empezar su trabajo de instalación.

No obstante, más adelante se contradijo y afirmó que no se instalaron las puertas porque al revisarlas exhaustivamente se dieron cuenta que de las 635 puertas, solo servían 51 y que así no se podían recibir. Incurre en otra contradicción cuando señala que cuando llegaron las puertas estuvo acosando al contratista para que las instalara. En últimas, esta declaración del jefe de construcción muestra incoherencias importantes que denotan afán de mostrar que el demandante podía a su arbitrio determinar el momento en que debía iniciar la instalación de las puertas, lo cual no es factible, de acuerdo con lo ya analizado.

Además, hay que tener en cuenta que las llaves de las bodegas donde se apiló el material quedaron en poder de la empresa de seguridad al servicio de la constructora, por lo cual, el acceso del personal tampoco era libre, como para que el contratista determinara a su parecer cuándo ingresar e iniciar la instalación de las puertas que iba llevando a la obra, sin autorización del encargado de la compañía contratante.

Por su parte, Andrés Enrique Hidalgo López, en calidad de interventor del proyecto por la fiduciaria de Bancolombia, anotó frente al avance de la obra, que para agosto de 2018 estaba instalada la ventanería en los cuatro primeros pisos de la obra, por lo que a su juicio ya era posible la instalación de las puertas, aunque anotó que era posible hacerlo después del proceso de pintura, dado que con eso se evitaba posteriormente su arreglo. Señaló que, conforme a su experiencia en este tipo de obras de construcción, que el contratista debía verificar el avance de la obra y **con la autorización del contratante iniciar la instalación del insumo respectivo.**

El señor Jesús Javier Salvador Agorreta²⁵, anotó que para el momento del depósito de las puertas a su juicio sí se contaba con el avance suficiente para su instalación parcial, teniendo en cuenta que incluso el agente de NDL había medido las cavidades donde irían las puertas, sin que considerara importante la falta de ventaría. Postura, que también asumió Luis Arellano Yanguas, en el sentido de anotar que con el avance de la obra pudo haberse instalado las puertas.

De otra parte, llama la atención que lo dicho por Carlos Iván Marroquín, -jefe de obra- sea distinto a lo planteado por Jesús Salvador Agorreta, quien afirmó que le insistió al contratista Francisco Ordoñez para que instalara las puertas, lo que no es creíble porque ante la eventual renuencia de este, lo mínimo es que la constructora hubiera tomado la precaución de enviar un correo o una comunicación que atestara su conducta, o dejar constancia de un llamado de atención, de lo cual, se itera, no obra prueba distinta al propio dicho del señor Salvador Agorreta.

Considera el Tribunal que dar validez a lo argumentado por la defensa de la empresa demandada, respecto a que fue el contratista quien no procedió a la instalación estando la obra lista para ello, sin que mediara orden o requerimiento de la constructora, sería tanto como aceptar que cada uno de los múltiples contratistas que intervienen en una construcción puede definir de acuerdo a su particular criterio cuándo hacer los montajes contratados, sin una directriz específica de quien tiene a su cargo el manejo general de la obra, lo cual implicaría un caos imposible de manejar, máxime cuando, como en este caso se trata de una construcción de considerable magnitud, pues se trataba de 4 torres de apartamentos, de 19 pisos cada una.

Más bien, la prueba apunta a que la contratante no dio ninguna orden expresa de instalar, y ya en septiembre al ser requerida por el contratista para que recibiera el material suministrado de manera formal, empezó un proceso de revisión milimétrica de las puertas, el cual debió llevarse a cabo, no en ese momento, sino cuando en el momento de su instalación, tal como lo indicaron la mayor parte de los declarantes, pues era entonces cuando se podían subsanar los defectos que presentarían.

De otro lado, no es comprensible que, si las puertas no servían, o, el contratista hubiera sido renuente a cumplir la orden de instalar, en lugar de que la constructora aplicara oportunamente las sanciones y finiquitara el contrato formalmente, amplió

²⁵ Min. 1:17:10, Audiencia Instrucción y Juzgamiento.

el plazo para el cumplimiento hasta noviembre de 2018. Además, la ampliación de los términos de cumplimiento suponía que NDL estaba en oportunidad de culminar el suministro del material y su instalación hasta el 1º de noviembre de 2018, pero ello no se perfeccionó dado el deterioro de la relación negocial, porque para el mes de septiembre de 2018 ya se había presentado al contratante una solicitud escrita del Grupo NDL apremiando para la suscripción de un acta de recibo del material puesto en obra, y posteriormente la solicitud de conciliación para buscar una salida negociada al conflicto, que resultó fallida.

Respecto de si el material puesto en obra cumplía, o no, cumplía las condiciones de calidad contratadas, claramente existen 3 informes sobre los estándares requeridos. El primero de ellos corresponde a las actas de recibo de material que suscribió la empresa de vigilancia Sincercol en donde aparece la palabra “*cumple*” frente a cada ítem de material dejado en obra en los meses de mayo y agosto de 2018²⁶. El segundo realizado a petición de la constructora, por un tercero ajeno al contrato, Andrés Hidalgo López -interventor de la Fiduciaria-, plasmado en documento de fecha septiembre 20 de 2018²⁷, quien encontró en las puertas fallas que requerían de corrección para proceder a su instalación, y sugirió se hiciera una revisión detallada del material para “*determinar cuáles puertas cumplen con las especificaciones requeridas y contratadas*”.

También aportó la demandante un escrito de Iván Marroquín, de fecha 26 de septiembre de 2018 dirigido a José Alejandro Paz, en el que anunció que *teniendo en cuenta la demanda de DNL referente al suministro de las puertas*, estas no se reciben ni se recibirán en condiciones que no se ajusten a condiciones de calidad mínimos exigidos a su instalación, porque se encontraron unas falencias, de las cuales anexó registro fotográfico, *para que obre en la defensa del caso*. En el escrito atesta los defectos de cada una de las puertas y concluye que solamente 51 de ellas está en aceptables condiciones para instalación. Así mismo conceptúa que las 261 jampas tampoco cumplen condiciones de calidad²⁸.

No obstante, el mismo señor Iván Marroquín - director de construcción- declaró en audiencia de instrucción y juzgamiento que: “*llegan los productos se los reciben y se van para instalación, ya cuando están instaladas con todos sus complementos y con todos sus accesorios ahí se hace la revisión ya para, para darle visto bueno, cuando están ya instaladas*”. Y ante la ante la pregunta de la señora Juez relativa

²⁶ Folios 61 a 63, Archivo 01Cuaderno1.

²⁷ Folios 39 y 40, Archivo 08ContestaciónDemanda.

²⁸ Folios 63 y 126, Archivo 08ContestaciónDemanda.

a si las falencias que habían encontrado en la revisión efectuada el 30 de septiembre de 2018 podían haber sido corregidas, respondió sin dubitación “claro, todo se podía haber corregido”.

En el mismo sentido, los arquitectos Andrés Hidalgo López y Olga Jaramillo, avalaron lo dicho por Francisco Ordoñez y por Luis Oviedo Chicaiza, respecto de que los defectos del material, en su gran mayoría, se podían corregir en el momento de efectuar su instalación, para cuya realización, considera el Tribunal que el contrato estaba en los términos de ejecución, pues el plazo vencía el 1º de noviembre de 2018.

De manera tal, que no había lugar a exigir que el avance de obra se relacionara con la instalación del material allegado, cuando la constructora no dio una orden, o requirió al contratista para la instalación. Por el contrario, en el contrato se supeditó el pago, entre otros requisitos, a la presentación del recibo a satisfacción del material en obra, lo que nunca se obtuvo, a pesar de que tal material se fue acopiando parcialmente en las bodegas que para ese efecto dispuso la constructora, y que no se posibilitó su instalación, al menos parcial, para subsanar los defectos que tales insumos pudieran tener, razón que impide aceptar que los meros defectos de las puertas sin instalar, pudieran dar lugar a tener por incumplida la obligación del contratista, máxime cuando no medió ninguna observación al respecto ni en el mes de mayo de 2018, ni en agosto del mismo año, y solo hasta septiembre se dieron a la tarea de hacer una revisión del material, que se itera, podía ser adecuado al momento de hacer el montaje.

No desconoce el Tribunal que para el mes de septiembre de 2018, la empresa demandante no había completado el número de puertas y muebles al que se había comprometido, pero ello no puede tomarse como un incumplimiento cuando aún estaban en plazo de cumplir, porque el término se había extendido hasta 1º de noviembre de 2018; más bien esa era una clara muestra de la intención de cumplir.

Además, no puede soslayarse que de las 635 puertas puestas en obra por el contratista, sin su autorización la constructora tomó 159 puertas, hecho confirmado por la perito nombrada, y aceptado por personal de la constructora -quienes afirmaron haber sustraído 125 puertas para instalarlas en los apartamentos por ellos edificados-, de dónde puede colegirse que por lo menos estas, sin discusión, cumplían los estándares de calidad exigidos y hubieran podido ser instaladas sin

mayor inconveniente por el contratista, de haber este recibido la orden o el requerimiento para que procediera a ello, lo que nunca ocurrió²⁹.

A este respecto, si bien en principio existe discordancia entre el número de puertas del Grupo NDL que se usó en la obra posterior a su depósito, pues el señor Jesús Salvador Agorreta señaló que sólo fueron 125, se constata que de conformidad con el concepto pericial aportado, -el cual no fue controvertido posteriormente frente a este tópico-, fue un total de 159 puertas que tomó la constructora para su instalación conforme a la contabilización de todos los insumos, las cuales cambiaron por otras de diferente calidad.

De lo explicado se deduce que no había lugar a que la constructora se negara a suscribir acta de recibo del material en obra hasta tanto no se instalara, para posibilitar el pago pactado en las cláusulas 6ª y 7ª del contrato, pues no era esa la condición. Refuerza este entendido, el correo electrónico que envió la jefe de compras de Salva Construcciones a Francisco Ordoñez, en el que le indicó que de conformidad con lo hablado con Jesús Salvador Agorreta, las facturas se presentarían en la oficina *cuando el material fuera puesto en obra* en el mes de mayo o abril, a pesar de lo cual el pago nunca se realizó ni aun cuando parte de las puertas fue dejada en la construcción bajo custodia del contratante durante los meses de mayo y agosto de 2018, porque nunca se suscribió acta de avance de obra alegando que era imprescindible para ello que se hubiera ensamblado el material en los apartamentos, lo cual, como ya se analizó, tampoco fue posibilitado al contratista, con lo que se erigió un obstáculo insalvable para que se hiciera efectivo el pago de la manera en que fue pactado.

De allí que, atendiendo las vicisitudes del contrato y la buena fe que debía primar durante su ejecución, pueda concluirse que el contratista demandante Grupo NDL S.A.S. se allanó a acometer la obligación que le correspondía, pues dirigió su voluntad a atender la prestación, a lo menos parcialmente, mientras que el contratante no cumplió con la carga inherente a la ejecución del contrato, porque se negó a suscribir acta de recibo a satisfacción del material que empezó a ingresar a la obra desde mayo de 2018, momento en el que nada manifestó sobre la calidad del mismo, cerrando así la posibilidad de que el contratista recibiera los pagos convenidos.

²⁹ Archivo 04DictamenPericialDeOficio.

No obstante, meses más tarde sustentó dicha negativa en que el acta solo se suscribiría cuando se realizara la instalación³⁰, la que en todo caso, debiendo hacerlo, nunca solicitó ni ordenó, lo que propició la degradación de la relación comercial que llevó al contratista a convocar una conciliación extrajudicial el 21 de septiembre de 2018, la cual se declaró fracasada dado que las partes no llegaron a ningún acuerdo. Posteriormente el contratante solicitó a aquel, el retiro inmediato del material dejado en las instalaciones de la construcción, con lo que ya se evidenció la imposibilidad de seguir adelante con la contratación.

4. Del anterior análisis se desprende que quedaron acreditados los elementos estructurales que habilitan la resolución del contrato pretendida en la demanda, pues se reitera, hubo allanamiento para cumplir parcialmente, por parte de la empresa demandante, mientras que se probó el incumplimiento de la empresa demandada CIEZ S.A.S., al obstaculizar la suscripción de las actas de recibo del material puesto en obra para proceder al pago según lo pactado, por lo cual se hace necesario determinar las restituciones mutuas correspondientes.

Para dar paso a la determinación de las restituciones mutuas, es importante señalar que al no haberse posibilitado la instalación de las puertas no se puede determinar cuáles de ellas hubieran quedado en estado de ser aceptadas y por ende pagadas, por lo que se tendrán como susceptibles de ser recibidas aquellas que la constructora tomó e instaló sin autorización del contratista, y luego restituyó por otras de distinta calidad, es decir 159 puertas, las cuales deben ser canceladas al precio pactado actualizado con el IPC a la fecha de este proveído. De este valor deberá restarse el porcentaje correspondiente a las chapas y aditamentos necesarios para la instalación que no fueron entregados por el contratista, así como el costo de la instalación.

Puesto que el precio de las puertas, con sus chapas, bisagras e instalación completa se pactó en \$225.000 cada una, a dicho valor actualizado se restará un 30%, que se fija prudencialmente el valor de dichos aditamentos y la instalación, con base en lo afirmado por la perito en declaración rendida en la audiencia de instrucción y juzgamiento.

Así las cosas, el monto individual de cada puerta debidamente actualizado con base al IPC es de \$272.667,7, el cual reducido en el porcentaje respectivo arroja la suma de \$190.687,39, valor que multiplicado por las 159 puertas que el contratante

³⁰ Según correo electrónico enviado a la entidad demandante en septiembre del citado año.

reemplazó sin autorización del contratista corresponde a \$30.347.915 que la empresa constructora está llamada a cancelar a favor de la demandante.

A su turno, el demandante deberá restituir las 159 puertas mencionadas en el párrafo anterior, las cuales a solicitud del contratante fueron retiradas por el contratista de las instalaciones de la edificación Torres del Cielo, junto con las demás puertas que allí habían sido llevadas, tal como lo manifestaron las partes litigiosas en la audiencia de conciliación que se llevó a cabo en esta instancia.

Ahora, frente a la pretensión de pago de clausula penal, la misma encuentra su fundamento en el artículo 867 del Código de Comercio, el cual señala:

“ARTÍCULO 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

(...)

*Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, **podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.*** (Énfasis fuera del texto)

Supuesto factico que habilita la reducción de la cláusula penal cuando la obligación principal se haya cumplido parcialmente. En este caso, aplica la regla porque el cumplimiento de lo pactado por parte del contratista fue parcial. En este sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado, en un caso de similares contornos:

“Al considerar la índole del contrato, que es comercial, se expresó que las obligaciones surgidas, entre ellas el precio, también eran obligaciones de comercio, por lo que se debe atender lo dispuesto por el artículo 867 del Código de Comercio. Se puede proceder a la reducción de la sanción penal en proporción al porcentaje de la prestación ejecutada. Lo anterior en atención al principio de proporcionalidad del artículo 1596 del Código Civil y del artículo 867 del Código de Comercio. (...) La constitución en mora produce el efecto de poder instaurar las acciones originadas en el incumplimiento, entre ellas la de pretender el pago de la cláusula penal. Por lo expresado, se debe aplicar la facultad moderadora para modificar judicialmente la pena prevista en el contrato, dado el incumplimiento parcial en el pago del precio por parte de las compradoras, tal como lo ordena el citado artículo 1596 del CC.”

Bajo este entendido, se constata que en el apartado décimo quinto del contrato de 15 de septiembre de 2017 se indicó expresamente que en caso de incumplimiento de CIEZ, daba derecho al Grupo NDL a exigir el pago del 5% del valor total del negocio a título de sanción, sin perjuicio de la indemnización por perjuicios a que haya lugar. Sin embargo, atendiendo las particularidades del presente acuerdo, en donde el allanamiento para cumplir fue parcial, pues se depositó sólo una parte de las puertas y demás insumos contratados, no habría lugar a castigar a la demandante por la estimación anticipada de perjuicios de forma plena, sino reducida a la mitad, es decir, el 2.5% de la cuantía negocial.

Por ello, como de acuerdo con el numeral quinto del *otrosí* No. 1 la cuantía del contrato sería de \$321.903.540, resulta que de clausula penal reducida a favor del contratista se determina en \$8.047.588,5.

Frente a las restantes contraprestaciones solicitadas por la parte actora, se estima que las mismas se encuentran huérfanas de medio de convicción que respalde su causación, por lo que se negarán.

5. De otra parte, no es de recibo la solicitud realizada por la entidad demandada en el escrito mediante el cual describió el traslado al recurso de apelación, referente a que se omitió aplicar las sanciones respectivas ante la objeción al juramento estimatorio, de conformidad con lo señalado en artículo 206 del Código General, por cuanto tal aspecto no fue controvertido ante la jueza respectiva como solicitud de adición o complementación, ni tampoco se invocó por este extremo procesal por vía de recurso de apelación, oportunidades procesales oportunas para cuestionar tal arista.

6. En suma, dado que se demostró que el Grupo NDL Colombia S.A.S. se allanó a cumplir de forma parcial el convenio suscrito con la entidad demandada, mientras que esta incumplió su obligación de suscribir las actas de avance de obra que posibilitaran el pago al contratista, se declarará resuelto el contrato objeto de la demanda, con las correspondientes restituciones mutuas, y la cláusula penal respectiva.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, en **SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE³¹:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 8 de julio de 2021 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso declarativo de resolución de contrato propuesto por el Grupo NDL Colombia S.A.S. en contra de CIEZ S.A.S., y en su lugar:

“PRIMERO.- Declarar la resolución del contrato de “carpintería de madera para el Proyecto Torres del Cielo Etapa Uno” suscrito el 15 de septiembre de 2017, con sus posteriores modificaciones, entre el Grupo NDL Colombia S.A.S. y CIEZ S.A.S.

SEGUNDO.- En consecuencia, ordenar a la demandada CIEZ S.A.S. que pague a favor de Grupo NDL Colombia S.A.S. la suma de \$30.347.915, correspondiente a 159 puertas, cuyo valor se pactó en \$225.000 cada una, actualizado con el IPC para la fecha de este proveído, restándose un 30% correspondiente a chapas, aditamentos e instalación.

TERCERO.- ORDENAR al Grupo NDL Colombia S.A.S. que en el término de treinta (30) días restituya a la demandada CIEZ S.A.S. las 159 puertas de la misma o similar calidad a aquellas que la constructora reemplazó por las originalmente dejadas en depósito.

CUARTO.- CONDENAR a la demandada CIEZ S.A.S. a pagar a favor de Grupo NDL Colombia S.A.S. por concepto de cláusula penal la suma de \$8.047.588,5

QUINTO.- Denegar en lo restante las pretensiones incoadas por la parte demandante.”

SEGUNDO.- Condenar en costas de ambas instancias a la parte demandada. Se fija como agencias en derecho de la segunda instancia la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO.- DEVUÉLVASE el presente asunto junto con la actuación surtida en ésta Corporación, al juzgado de origen.

³¹ El Magistrado Gabriel Guillermo Ortiz Narváez se encuentra de permiso concedido por la Presidenta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA

Magistrada

PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO

Magistrada

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ

Magistrado