



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
[**j01ccpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co**](mailto:j01ccpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co)
Código 190013103001

SENTENCIA N° 035

Dieciséis (16) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Ref.: **Declarativo de Resolución de Contrato**
Dte.: **Grandes y Modernas Construcciones de Colombia SAS**
Dda.: **Inversions Alvero SAS**

Rad.: **2019-00016-00**

En cumplimiento de lo normado en el artículo 373 del CGP, y una vez oídas las alegaciones de las partes contendientes, conforme se dispuso en el auto proferido en la continuación de la Audiencia Virtual de Instrucción y Juzgamiento, programada y realizada el pasado 26 de marzo del corriente año, se procede a dictar por escrito la sentencia de primera instancia que desate la litis, dentro del referenciado proceso declarativo, para lo cual se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES:

a.- Saneamiento:

Delanteramente y como cuestión previa a la emisión del fallo de primera instancia, y agotadas las etapas que lo anteceden, y de que trata el citado artículo 373, en ejercicio del control de legalidad de que se ocupa el artículo 132 ib., se exterioriza el saneamiento de las actuaciones surtidas en la misma, de cuya revisión no se avizora la concurrencia de causales de impedimento o de nulidad o de irregularidades que ameriten su declaratoria o subsanación.

b. Presupuestos Procesales:

En cuanto a los presupuestos procesales indispensables para un pronunciamiento de fondo, se tiene que en la especie de esta litis tienen efectivo cumplimiento, pues al encontrarse la demanda en debida forma, luego de su corrección, ameritó su admisión por este juzgado, que dados los factores que la determinan tiene la competencia para conocer, tramitar y decidir este proceso en primera instancia; además de tener las contendientes las suficientes capacidades para ser parte y para comparecer por sí mismas al proceso, pues tanto la parte demandante como la demandada son personas jurídicas de derecho privado vigentes y debidamente personificadas por sus representantes legales, asistidas por abogados en ejercicio, para poder postular ante el órgano jurisdiccional.

c. De la legitimación en la causa:

En cuanto a este presupuesto material de la pretensión, tanto por su aspecto activo como por el pasivo, se tiene que se cumple a cabalidad en el evento sub – examine, toda vez que conforme a lo normado en el artículo 1546 del C. Civil, en todo contrato va envuelta la condición resolutoria tácita, la cual legitima el ejercicio de la pretensión resolutoria en cabeza de los contratantes cumplidos, lo que les permite bien resolver el contrato celebrado, ora pedir su ejecución frente al contratante incumplido, como precisamente en este asunto, y de acuerdo a la relación sustancial que las vincula, está la demandante deprecando su resolución por incumplimiento de la demandada.

d. La demanda:

En ejercicio de la pretensión resolutoria contractual, pretende la sociedad demandante "Gracol SAS" que se **DECLARE** resuelto el contrato de obra civil N° 004 del 15 de enero del 2018, por el incumplimiento contractual, producto defectuoso, de la empresa Inversiones Alvero SAS, por las situaciones descritas en los hechos demandatorios, ordenándole restituirle la suma cancelada de \$68.998.600, y condenándola a reconocer y pagarle los perjuicios materiales e

inmateriales derivados del incumplimiento del mentado contrato, en las cuantías y conceptos especificados en la parte petitoria del libelo introductor.

e. Hechos:

En sustento de tales pretensiones, sustancialmente se exponen los supuestos fácticos relevantes, que se pueden sintetizar así:

Que entre las sociedades demandante y demandada, se suscribió el aludido contrato de obra civil, cuyo objeto era el suministro e instalación de un montacoches y dos paradas con un recorrido de 2.30 mts., un ancho de 2.95 mts., y un largo de 5.03 mts., para el Proyecto Hotel Popayán; cuyo precio se acordó en la suma de \$75.999.000, con un anticipo del 20% a la suscripción del mismo, 10% en mensualidades determinadas, y, un 40%, a la instalación del equipo, condición que la demandada, contrariando el acuerdo de voluntades, obvió, sujetando a la demandante a cancelarle antes de la instalación, a lo que se accedió para no retrasar la inauguración, previa la firma de un pagaré como garantía de su cumplimiento.

Que la sociedad demandante cumplió con el pago del 90% del producto, pero que la sociedad demandada instaló el equipo 15 días después de ello, esto es, el 25 de septiembre de 2018, ante lo cual los técnicos de la constructora rindieron un informe de insatisfacción, pues el mismo no cumplía con los estándares mínimos de aceptación, ya que ponía en riesgo inminente las vidas de las personas que lo iban a utilizar, y por lo mismo no podría entrar en funcionamiento, a pesar de que el numeral 9º del párrafo primero de la cláusula 6ª del contrato, el contratista se obligaba a que el producto a entregar cumpliera con las calidades necesarias para su funcionamiento.

Que la sociedad demandada fue requerida para que hiciera las correcciones respectivas, haciendo caso omiso, argumentado que su equipo cumplía con los estándares y que la instalación se había realizado de manera adecuada, por lo que la demandante oficiosamente decidió contratar con la empresa SM Servimeters para verificar los estándares de calidad e instalación,

quien concluyó que el montacoches suministrado e instalado por la demandada “no cumple con defectos muy graves”.

Agrega, que la demandante se vio en la obligación de contratar con otra empresa la desinstalación del montacoches, así como la instalación de otro que cumpliera con lo requerido para su funcionamiento, suscribiendo un nuevo contrato con la empresa Interlift SAS, por valor de \$103.000.000.

f.- Contestación de la Demanda:

La demandada Inversiones Alvero SAS, contestó la demanda, manifestando que no es cierta la forma de pago tal como lo indica la demandante, pues la misma fue del 20% a la firma del contrato y entrega de las pólizas; 10% el 15 de febrero del 2018, 10% el 15 de marzo del 2018, 10% el 15 de abril del 2018, 40% a la llegada de los equipos, y 10% a la entrega del proyecto; habiendo realizado la demandante el pago del 40% de forma previa a la instalación de los equipos, modificando el momento en que se realizaría el mismo, lo que justificó en la medida que los pagos anteriores habían sido realizados de manera extemporánea; que como garantía de la obligación firmó un pagaré por valor de \$30.399.600, el que no le ha sido devuelto, a pesar de haber cumplido a cabalidad con el objeto del contrato.

Que no es cierto como se indica respecto al pago del 40%, pues la demandada llevó los equipos para su instalación, conforme a lo pactado, empero, al llegar a la obra, por la asistente de la gerencia se le informó que las condiciones técnicas de la misma, aún no se encontraban listas, por lo que el presunto retraso que se indica no es atribuible a ella; y que si bien el 25 de septiembre de 2018 deja instalado el equipo, en correcto funcionamiento y manifestación de conformidad con el mismo por parte del arquitecto Ricardo Irigorri, al día siguiente, la demandante se negó a llevar a cabo la diligencia de entrega, incumpliendo lo establecido en el numeral 8º de la cláusula 7ª del contrato de obra.

Que tampoco es cierto que en el contrato se obligara a que el contratista cumpliera con las calidades necesarias para el funcionamiento del equipo, lo que

se exigía era, que cada una de las partes cumpliera con determinadas condiciones para la garantía de la estabilidad y buen funcionamiento de la obra; y que contrario a lo señalado por la parte demandante, el representante legal de la demandada requirió en diversas oportunidades al personal de Gracol SAS, para que manifestara las razones por las cuales se negaron a llevar a cabo la entrega final del equipo, frente a lo cual no se obtuvo respuesta.

Por todo lo anterior, se opone a todas y cada una de las pretensiones, solicitando su absolución y proponiendo como excepciones de mérito las de *Contrato no cumplido; inexistencia del nexo causal; Inexistencia de la obligación; Cobro excesivo de perjuicios; temeridad y mala fe de la demandante y cobro de lo no debido*; fundadas todas ellas en los hechos a que hace relación en la réplica a la demanda.

Formuló igualmente, **demanda de reconvencción**, basado en los hechos de que según la cláusula primera del contrato de Obra Civil celebrado con la Sociedad Gracol SAS, el objeto del mismo fue el suministro e instalación de un montacoches y dos paradas, con un recorrido de 3.30 mts., ancho 2.95 mts., y un largo de 5.03 mts., para el Proyecto Hotel Popayán; cuyo valor se estableció en \$75.900.000, habiendo realizado Gracol el pago equivalente al 40%, previa la instalación del equipo, modificando así el momento en que se realizaría dicho pago, haciendo firmar a Inversiones Alvero un pagaré como garantía, el que le sería devuelto dentro de los cinco (5) días siguientes al suministro del equipo, el que llegó al lugar de su instalación el 17 de septiembre del 2018, y que la fecha estimada para la finalización de entrega de actividades, sería el 22 de septiembre siguiente, pero que por causas imputables al contratante, la obra se retrasó, ya que Gracol incumplió la obligación de suministrar a Alvero un punto eléctrico de 220v, trifásico con acometida definitiva y energizado para la debida instalación y correcto funcionamiento del equipo, lo que sólo hizo hasta el 21 de septiembre, conllevando a que surgieran una serie de sobrecostos para Alvero.

Se agrega, que el 25 de septiembre de 2018, se dejó instalado y en correcto funcionamiento el equipo objeto del contrato, realizando las pruebas de funcionamiento con presencia de un ingeniero y un arquitecto, quien manifestó estar conforme con el mismo, pero que al día siguiente se le expresó que el mismo no se podía recibir; por lo que ante esa negativa se realizó un registro

fotográfico y videos con el fin de acreditar su correcto funcionamiento, demostrando así el cumplimiento total de Alvero SAS, con el objeto del contrato de Obra Civil N° 004, adeudándole Gracol la suma de \$12.003.550, sin que la esta le haya devuelto el pagaré, a pesar de haber cumplido con la totalidad del mismo.

g.- Contestación de la demanda de reconvención:

Ante las excepciones propuestas, y la demanda de reconvención se pronunció la sociedad **demandante**, manifestando respecto de los hechos que algunos son ciertos, otros lo son parcialmente, y que no es cierto que el contratista haya incurrido en los gastos señalados, pues la prestación del servicio por parte Alvero requería toda la disponibilidad personal, técnica y financiera, pues la obra se contrató a todo costo; y que tampoco es cierto que Gracol le adeude a Alvero la suma de \$12.003.550, pues ésta nunca entregó a satisfacción el montacoches, incumpliendo así el referido contrato de obra civil, razón por la cual no se ha devuelto el pagaré, por todo lo cual solicita despachar desfavorablemente las pretensiones, proponiendo con base en dichos argumentos las excepciones de mérito las de "*No cumplimiento del contrato*", "*Inexistencia de la obligación*", "*cobro de lo no debido*" y la "*Innominada*".

Respecto a las excepciones propuestas por la demandada contra la demanda inicial, se opone a todas ellas, en razón a que por su incumplimiento fue que se originó este proceso, no siendo válido que la demandada argumente que hubo incumplimiento de la sociedad demandante por la mora en algunos pagos, pues estos fueron efectivos, recibidos y aceptados por la sociedad demandada, y al momento de recibirlos no hubo objeción alguna y continuó con la ejecución del contrato.

Reitera que quien incumplió el contrato fue Inversiones Alvero, y la demandante Gracol siempre actuó de buena fe, informando en un término prudente las anomalías para que fueran reparadas, ante lo cual siempre se obtuvo respuestas negativas, además la demandante pagó el 90% del valor del contrato (\$68.998.600), por un equipo que nunca entró en operatividad; todo lo cual hace que se encuentre probado el nexo causal entre el hecho y el daño, por

cuanto la conducta omisiva de Inversiones Alvero de reparar dichas averías fue la que dio lugar a todas las situaciones descritas, además su obligación principal era entregar a satisfacción el equipo por el cual se le contrató, lo que nunca tuvo lugar.

En cuanto a la inexistencia de la obligación, aduce que el contrato de obra suscrito, contiene una obligación principal de resultado, consistente en el compromiso que adquiere el deudor frente al acreedor de obtener un objetivo determinado, que de no llegarse a realizar, inmediatamente se deriva su responsabilidad, siempre y cuando las condiciones de ésta se cumplan; entonces, dadas las condiciones para su perfeccionamiento, el resultado por el cual se contrató, que era la instalación y entrega de un montacoches, que funcionara de conformidad con las especificaciones del contrato, nunca se dio, razón por la cual Inversiones Alvero es responsable por el incumplimiento de su obligación de resultado dentro del contrato, pues las observaciones y los defectos del equipo y su instalación, obedecen a determinaciones claras del peligro que se corría al aceptar un producto defectuoso, que ponía en riesgo la vida, salud e integridad de las personas que harían uso de él, así como la de los trabajadores de la obra, por lo que se hizo necesario contratar a profesionales certificados y expertos que acreditaran las condiciones técnicas y de calidad del montacoches, quienes determinaron que el producto “no cumple, con defectos muy graves”.

Sobre el cobro excesivo de perjuicios, se aduce que el demandado incumplió el contrato de obra civil con dolo, pues sabía de las consecuencias que el montacoches podía traer, irrumpiendo fuertemente contra el deber de la buena fe contractual, además, conocía de los perjuicios económicos que con ello se causaría a la parte demandante, todo lo cual no fue óbice para que siguiera adelante con su decisión voluntaria y sin dar argumentos técnicos ni jurídicos sobre su no reparación, situación ésta que la hace responsable de los perjuicios previsibles e imprevisibles (Art. 1616 CC); no existiendo temeridad ni mala fe, ya que las pruebas allegadas al proceso, son idóneas para demostrar su incumplimiento contractual, por lo que debe responder por los perjuicios que del mismo se derivan

h.- Contestación de las excepciones por parte de la demandante en reconvención:

Solicita se declaren no probadas, teniendo en cuenta que su motivación y argumentación se encuentran direccionadas a inducir en error al Despacho, toda vez, que a Inversiones Alvero SAS, le es dable exigir el pago equivalente al 10% del contrato junto con los intereses de mora desde la fecha de la entrega final de la obra hasta cuando se verifique su pago, por las razones que allí expone¹; obligación que junto con el reintegro del pagaré suscrito como garantía, son exigibles, pues Alvero cumplió a cabalidad con el objeto del contrato y las obligaciones que en virtud del mismo le eran exigibles, no existiendo, por lo mismo, el alegado cobro de lo no debido.

i.- Problema Jurídico a Resolver:

Teniendo en cuenta el objeto del litigio se tiene que el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si se encuentran debidamente establecidos los presupuestos legales para que proceda la deprecada resolución y/o cumplimiento de contrato de obra civil N° 004, celebrado entre las partes contendientes el 15 de enero de 2018, con sus consecuentes restituciones, indemnización de perjuicios o condenas al pago de las sumas de dinero, de la manera y por las cuantías que se determinan en el petitum de la demanda principal y en la de reconvención, o si por el contrario, prosperan las excepciones propuestas por cada una de ellas, o si por el incumplimiento a los deberes contractuales por parte de las sociedades contratantes, y en aplicación de lo previsto en el artículo 1609 del C. Civil, hay lugar a declarar probada la excepción de "*nom adimpleti contractus*" con su consecuente resolución y respectivas, y en equidad, restituciones o prestaciones mutuas.

j- Aspectos jurídicos relevantes de la condición resolutoria de los contratos:

De acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil, en todo contrato va envuelta la condición resolutoria tácita, que resulta de la acción que tienen los contratantes de resolver el contrato celebrado o pedir su ejecución en ambos

¹ Fls. 204/205 Cd. 3

casos con indemnización de perjuicios. Empero, para que la pretensión tenga éxito se requiere que quien la alega haya cumplido o se haya allanado a cumplir con las obligaciones que generó el contrato celebrado, y el otro contratante no haya cumplido su parte. Establecido lo anterior se deducirá de ahí las prestaciones mutuas, la indemnización, etc., a que diere lugar la resolución.

Entonces, constituyen presupuestos indispensables, para el buen suceso de la pretensión emanada de la condición resolutoria tácita, los siguientes: **a)** Que el contrato sea bilateral válido; **b)** Que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas; y, **c)** Que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponden.

Según estos requerimientos, que en verdad aparecen diáfananamente contemplados en el citado precepto, por el aspecto activo, el titular de la pretensión resolutoria, indefectiblemente lo es el contratante cumplido o el que se ha allanado a cumplir las obligaciones que le corresponden, y por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la referida pretensión contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor.

En un recto entendimiento de dicha normativa, no se desprende que la pretensión resolutoria, pueda promoverla con éxito cualquiera de los contratantes cuando se da el caso de incumplimiento recíproco de obligaciones simultáneas, pues así no lo contempla la norma, y en este caso, la mencionada pretensión no ha nacido para ninguno de los contratantes, pues resulta apenas lógico que, si quienes celebraron el contrato fueron negligentes en el cumplimiento de sus recíprocas obligaciones, para las que la ley, ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución, al no poderse considerar a ninguno de los mismos como morosos, es la improcedencia para ellos, de ejercitar válidamente alguna de las dos acciones que alternativamente concede el referido canon.

Así las cosas, emerge evidente que en los contratos bilaterales, en que las mutuas obligaciones deben ejecutarse simultáneamente, vale decir, al mismo

tiempo, si una de las partes cumple lo acordado o ha estado presta a cumplir en la forma y tiempo debidos y, la otra no, aquélla tiene a su arbitrio la pretensión de cumplimiento o de la resolución, empero, si ambas incumplen, ninguna tendrá el ejercicio válido de tales pretensiones.

De otro lado, y de acuerdo con la doctrina y la interpretación de los Arts. 2053 a 2060 del C.C., el contrato para la confección de una obra material es un acto jurídico en virtud del cual una persona se obliga para con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración y sin mediar subordinación ni representación; y si el artífice suministra la materia, el contrato es de venta, y si la materia es provista por la persona que encargó la obra, poniendo el artífice su mano de obra, el contrato es de arrendamiento; por lo que el contrato de obra es un contrato civil consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, y principal, que se perfecciona por el acuerdo de las partes en la obra que se encarga y el precio, es decir, que no se puede mirar el perfeccionamiento del contrato ante el resultado de la obra, sino desde el acuerdo de las voluntades. (Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación civil del 6 de mayo de 1969, LXXIX 2150, 459).

En cuanto al precio del contrato, se tiene que éste debe ser cierto, y puede pactarse de diferentes formas, basta que sea determinable, lo cual hace posible que exista diversas modalidades del mismo como precio alzado, por unidad de obra, por administración, estimado, unitario o gasto reembolsable, entre otros. El carácter bilateral del contrato determina que cada prestación (la obra y el precio) sea correlativa de la otra, porque existe una verdadera reciprocidad que justifica la resolución del contrato en caso de incumplimiento o de imposibilidad sobrevenida (artículos 2056 y 2060 C.C.).

k).- El caso en concreto:

Aplicando las precedentes conceptualizaciones al caso cuestionado, y en orden a establecer si los indicados requisitos de viabilidad y procedencia de la pretensión resolutoria del contrato de obra civil N° 004 del 15 de marzo del 2018, que liga a las sociedades contendientes, se encuentran satisfechos en el

proceso, para de allí estructurar el fallo que en derecho corresponda, se pasa a confrontarlos con el acervo probatorio obrante en el expediente, a saber:

1) Existencia de un contrato bilateral válido:

Del texto del documento adosado al libelo demandatorio, se deduce que se trata de un contrato de Obra Civil, suscrito entre la Sociedad Grandes y Modernas Construcciones de Colombia "Gracol SAS", como contratante, y la Sociedad Inversiones Alvero SAS, como contratista, cuyo objeto específico era el suministro e instalación de un montacoches con las características que allí se indican, para el Proyecto Hotel Popayán, donde además de acordarse el precio del mismo, su forma de pago, duración y cláusulas inherentes a esa clase de convenciones, se estipularon expresamente las obligaciones del contratista y del contratante (cláusulas 6ª y 7ª).

Por lo anterior, no hay duda de que la primera condición de éxito de la pretendida acción resolutoria se encuentra satisfecha, de acuerdo con el documento privado que se ha exhibido por las partes como fuente de sus derechos y obligaciones, contenido del aludido contrato de obra civil, cuyo contexto y firmas, no han merecido reproche alguno, máxime cuando su celebración y clausulado es aceptado expresamente por los contendientes en sus demandas y contestaciones; pues de conformidad con lo reglado en los artículos 1494, 1602 y 2053 del Código Civil, tal convención contractual tiene plena fuerza vinculante entre las aquí contendientes, dado que en ella concurren todas y cada una de las circunstancias exigidas en esas disposiciones legales para producir obligaciones, acorde con la índole propia de ese contrato de obra, lo que, de paso, conlleva a proclamar su existencia y validez.

En efecto: el referido contrato (i) además, de constar por escrito, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y principal; (ii) está suscrito por dos personas jurídicas de derecho privado vigentes y legalmente constituidas y personificadas, capaces para obligarse y disponer de sus derechos, sin que en el expediente exista prueba alguna que indique que el consentimiento allí vertido por sus representantes adolezca de vicios por error, fuerza o dolo; (iii) recae sobre un objeto lícito, que está en el comercio humano, susceptible de

negociarse; (iv) tiene una causa lícita al no estar prohibido por la ley, las buenas costumbres o el orden público; (v) contiene un plazo futuro y cierto que fijó la ejecución del contrato; y, (vi) finalmente se determinó completamente, al pactarse todas las condiciones y obligaciones que regían y debían de cumplir las partes contratantes; razones todas éstas más que suficientes para tenerlo como un contrato perfecto, ajustado a todas las previsiones legales, generador de obligaciones recíprocas entre las partes contratantes, de ahí su bilateralidad y, por tanto, existente, válido y eficaz.

2) Incumplimiento total o parcial de la demandada en sus obligaciones:

En relación con esta exigencia, se afirma en los hechos demandatorios y se ratifica en los alegatos de conclusión, que la sociedad demandada instaló el equipo objeto del contrato de obra, 15 días después del pago del 90% del precio por parte de la sociedad demandante, esto es, el 25 de septiembre de 2018, ante lo cual los técnicos de la constructora rindieron un informe de insatisfacción, pues el mismo no cumplía con los estándares mínimos de aceptación, ya que ponía en riesgo inminente las vidas de las personas que lo iban a utilizar, y por lo mismo no podría entrar en operación, a pesar de que el numeral 9º del párrafo primero de la cláusula 6ª del contrato, el contratista se obligaba a que el producto a entregar cumpliera con las calidades necesarias para su buen funcionamiento, incumplimiento este que en las alegaciones, también se hace consistir en las obligaciones secundarias de seguridad relacionadas con las acreditaciones, calidad y cumplimiento de alguna norma técnica en particular, las que si bien no están expresamente estipuladas en el contrato, en virtud de las profesiones que desarrollan actividades peligrosas o actividades que requieren el conocimiento especializado que involucre entre otras cosas la vida de las personas, tienen una íntima conexión con esas obligaciones de seguridad, entre las que se encuentran las buenas prácticas, las que justamente fueron desconocidas por la sociedad demandada en la instalación del contratado montacoches; obligaciones secundarias de seguridad que sin duda alguna son elementos estructuradores de la responsabilidad que se predica de la sociedad contratista.

Para acreditar el endilgado incumplimiento a que se ha hecho referencia, con la demanda se presentó un informe de revisión del montacoches instalado (fls. 47/53), suscrito el 26 de septiembre del 2018, por los ingenieros residentes e interventor de la obra del Proyecto Hotel Popayán, y por un interventor de elevadores de la empresa Interlitf SAS, dirigido a Level 35 y a la empresa demandada, donde se detallan puntualmente las falencias que se evidenciaron el día 25 anterior cuando se hizo la prueba de carga de dicho equipo, anotándose en particular los movimientos bruscos que presentaba y el ruido exagerado en su recorrido descendiente y ascendente, molestias todas estas que fueron evidenciadas por el Ingeniero Benjamín Ramírez, instalador el equipo, quien se comprometió a arreglar dichos imperfectos, los que al día siguiente no se pudieron corroborar si se habían solucionado, toda vez que como habían pintado la plataforma, no se pudo realizar la prueba de carga, quedando como no satisfecha la realizada el día 25 de septiembre.

De la misma manera, se adosó al libelo demandatorio una acta de inspección de ascensores realizada por el señor Jesús Darío Vega Espinoza de la empresa SM Servimeters al referido ascensor montacoches objeto del contrato, en la que luego de hacerse una serie de observaciones sobre la descripción de los defectos y los hallazgos, arrojó como resultado que *"no cumple, con defectos muy graves"*, destacándose en la cotización del 17 de octubre del 2018, que de dicha inspección se presentó a la empresa contratante Gracol SAS para su práctica, que el servicio se prestaría bajo los criterios de las normas técnicas colombianas NTC 5926-1, NTC 5926-2 y NTC5926-3 que tratan de los criterios para las inspecciones de ascensores, escaleras mecánicas, andes móviles y puertas eléctricas; y que para la inspección física se realizaría en campo para la verificación del cumplimiento que contemplan dichas normas técnicas y los estándares de las mejores prácticas de ingeniería, además de requerirse la presencia obligatoria de un representante de la empresa de mantenimiento del equipo (fls. 13/27).

De otro lado, se escucharon los testimonios de los arquitectos Liliana Méndez González y Ricardo Iragorri Velasco, residentes de la obra civil donde se tenía que instalar el contratado montacoches, quienes presenciaron su colocación, intervinieron en la prueba de carga que por parte del Ingeniero

Benjamín Ramírez, instalador el equipo, se hizo el día 25 de septiembre del 2018, y suscribieron al día siguiente el referido informe de revisión de ese equipo, donde especificaron sólo las falencias que evidenciaron en dicha prueba, las cuales ratifican en sus respectivas declaraciones, además de relatar todo lo concerniente a los hechos relacionados, en su decir, con el cumplimiento de las exigencias técnicas de la obra civil y requerimientos efectuados por la sociedad contratista para el acondicionamiento adecuado del sitio donde debía instalarse el equipo, y particularmente en lo referente a la no recepción o recibo satisfactorio del equipo instalado por los desperfectos de que al desplazarse la plataforma de manera descendente al sótano y ascendente daba un salto y traqueaba, como también los paneles de cerramiento de la plataforma que estaban sueltos, desalineados y desplomados, unas láminas tenían golpes, las guillotinas de las puertas tenían unos espacios muy grandes entre el peldaño que representaban un peligro para los transeúntes de la calle, pintura choreada sobre la estructura y cables expuestos en el sótano, frente a los cuales si bien el ingeniero Benjamín Ramírez, instalador el equipo se comprometió solucionar o ajustar, en su decir, no se hicieron, ni las demás falencias que se indicaron en el aludido informe.

Analizando estos elementos de juicio, en orden a determinar si efectivamente la sociedad demandada incumplió con sus obligaciones contractuales, tal como se lo atribuye la sociedad demandante, de entrada se tiene que no presta ningún mérito probatorio su contrada inspección de ascensores realizada al montacoches objeto del contrato, por parte del señor Jesús Darío Vega Espinoza, de la empresa SM Servimeters, por la potísima razón de que se efectuó con base en las normas técnicas colombianas NTC 5926-1, NTC 5926-2 y NTC5926-3 que bajo ningún aspecto regulan los criterios para la inspección y certificación obligatoria para la clase de elevador que aquí se trata, sino para los ascensores verticales cabinados electromecánicos e hidráulicos, escaleras mecánicas, andes móviles y puertas eléctricas, con el fin de comprobar las condiciones de seguridad de los mismos, pues como bien lo exteriorizó en sus alegaciones sociedad demandada, y aquí lo han explicado al unísono su representante legal al rendir su interrogatorio, y los testimonios del ingeniero Benjamín Ramírez Patiño, coordinador operativo del proyecto que lo instaló, y de Harvey Rodríguez, jefe de inspección, justamente de dicha empresa

Servimeters, al ratificar el contenido y la firma del correo electrónico enviado el 19 de marzo del 2020, a la gerencia de Level 35 (instaladora del proyecto del montacoches), presentado por el testigo Benjamín Ramírez en su declaración, relativo a un concepto sobre la aplicación de la citada norma NTC 5926-1 en dicho equipo, ésta normativa no rige para la plataforma objeto del contrato, más cuando esa revisión o examen del montacoches, con apoyo en esas inaplicables normas técnicas, se verificó contrariando las mismas, en el aspecto de haberla efectuado el citado Vega Espinoza, sin la presencia imperativa de un representante de la empresa de mantenimiento del equipo, que en este caso obviamente le incumbía a la sociedad demandada constructora e instaladora del mismo, como así lo advirtió en la cotización u oferta para la prestación de ese servicio (fl.23), sin que en el plenario existe prueba alguna de que para ese efecto se le haya hecho esa citación a la demandada; por lo tanto, vano es pretender derivar el incumplimiento de la sociedad demanda con base en la aludida prueba de inspección.

La precedente deducción, igualmente se predica en parte, de la prueba atinente al referido informe de revisión del montacoches instalado, toda vez que si bien es cierto al momento de realizarse el día 25 de septiembre del 2018, la prueba de carga en presencia de los arquitectos residentes de la obra y de su interventoría Liliana Méndez González y Ricardo Iragorri Velasco, y José Luís Ramírez, y el ingeniero Benjamín Ramírez, donde hicieron la referidas observaciones y que no permitieron recibir el equipo, lo evidente es que el interventor externo de elevadores de la empresa Interlitf SAS, Richard Orduña que también aparece firmándolo, y quien prácticamente fue el los asesoró técnicamente para realizarlo, y contrario a lo aseverado por la arquitecta Liliana Méndez, NO estuvo presente en la prueba, como así lo depone claramente el arquitecto Iragorri a una pregunta del apoderado judicial de la sociedad actora, basándose para el efecto en los videos y fotos que ellos realizaron; por lo que si es bien difícil tener por sentado que todos los defectos que se enuncian en ese informe hayan sido realmente percibidos en el momento de la prueba por los restantes suscriptores del informe, y en particular por referidos arquitectos, quienes solamente al momento de la prueba detallaron los movimientos bruscos que presentaba y el ruido exagerado en su recorrido descendiente y ascendente, como así lo evidenció el instalador Benjamín Ramírez, quien manifestó que esos

imperfectos se arreglarían, cuya solución al día siguiente no se corroboraron porque habían pintado la plataforma y no se pudo realizar la prueba de carga, como así quedó inserto precisamente en la Nota del informe, lo que los motivó a no firmar el acta de entrega del equipo como éste se los requería; de tal manera, que dicha prueba únicamente acredita las aludidas y puntuales imperfecciones que desafortunadamente, prácticamente constituyen el incumplimiento de la pasiva en sus obligaciones contractuales.

En efecto: si en realidad de verdad sólo se presentaron esos desperfectos, aunados a los que posteriormente aducen en sus declaraciones los nombrados arquitectos residentes de la obra civil donde se instaló el equipo contratado, como que los paneles de cerramiento de la plataforma estaban sueltos, desalineados y desplomados, unas láminas tenían golpes, las guillotinas de las puertas tenían unos espacios muy grandes entre el peldaño que representaban un peligro para los transeúntes de la calle, pintura choreada sobre la estructura y cables expuestos en el sótano, los que no fueron solucionados al día siguiente como se expresa en dicho informe y lo corroboran dichos declarantes, contrario a lo aseverado por el mismo instalador Benjamín Ramírez, que asegura haberlos reparado en la noche del día de la prueba y a la mañana siguiente, haciendo limpieza general, aceitando, realizando ajustes mecánicos y calibrando la presión de la plataforma, y a la mañana siguiente pintándola, hechos todos éstos que tanto de un lado, como del otro, realmente no quedaron plenamente establecidos en el plenario, sin que las fotos o videos aportados por la pasiva muestren que en efecto se solucionaron; y si verdaderamente ello así ocurrió, y a pesar de ello no se recibió el equipo, ni se acudió a la prueba de carga final, ni a la capacitación para su operatividad y entrega del manual de instrucciones, la conducta a seguir no fue precisamente la que asumió el ingeniero instalador Benjamín Ramírez de desactivar el equipo e irse para no volver más, pues teniendo en cuenta que una de las principales obligaciones de la sociedad contratista, era de la de responder por la estabilidad, buen funcionamiento y ejecución de la obra conforme a las especificaciones contratadas, como así pactó expresamente en el numeral 9º de la cláusula 6ª del contrato, eso no era lo procedente, puesto que si no se pudo hacer la entrega a satisfacción del equipo el día 26 de septiembre del 2018, lo lógico y normal, ante ese impasse, es que en acatamiento de ese imperativo contractual, y teniendo en cuenta que

contrato prácticamente ya se había ejecutado en su totalidad, era haber regresado con el fin de concertar nuevamente la entrega del equipo, y ya en el sitio, previas las explicaciones y justificaciones que a las falencias contenidas en el referido informe técnico de revisión, como así precisamente las respondió y remitió el representante legal de la sociedad contratista a la contratante (fls. 225/232), realizar la prueba o pruebas de carga final para la requerida entrega a satisfacción del contratante.

Pero no, parece que pudo más, de un lado la urgencia de devolverse ese 26 de septiembre del 2018, del instalador Benjamín Ramírez y su equipo hacia la ciudad de Bogotá, porque primó más la necesidad de no perder el vuelo que ya se había reprogramado a ese destino hacía cuatro días, que esperarse y coordinar la entrega definitiva del equipo, para así darle efectivo cumplimiento al objeto del contrato; y de otra parte, la desconfianza contractual que surgió en el representante legal de la sociedad contratista, generada por los incumplimientos en la consignación puntual de las cuotas en que se acordó la forma de pago del precio, pues nótese cómo el anticipo pactado que se acordó a la firma del contrato, sólo se realizó 29 de enero de ese año, luego la cuota de febrero pagadera el 15, se consignó el 19, la cuotas de marzo y abril pagaderas el 15 de cada mes, se depositó el 17 de mayo, y finalmente la equivalente al 40% del precio que debía cancelar a la llegada de los equipos debidamente puestos en la obra, se consignó el 5 de septiembre, previa suscripción de un pagaré que exigió el contratante, como así se comprueba de las copias de las consignaciones visibles a folios 156/189, atrasos éstos que justifica la parte actora por el reconocido atraso que sufrió la obra civil donde se iba a instalar el montacoches, que se reflejó en la prolongación en tres más, del término convenido para la ejecución del contrato que fue de 5 meses, desde la hecha de suscripción del contrato el día 15 de enero del 2018; todo lo cual confluyó, a que en definitiva, pudiendo hacerlo, no se cumpliera con la ameritada obligación contractual de responder por la estabilidad, buen funcionamiento y ejecución de la obra conforme a las especificaciones contratadas, de cuya redacción no se desprende que sea una obligación de garantía como así lo alega la pasiva, sino de cumplimiento, pues se responde ante el incumplimiento de lo convenido, como aquí justamente se está reclamando por la actora, siendo sí de

garantía la segunda parte de la cláusula, relativa a la subsanación a costa del contratista por las fallas que se presenten después de la instalación del equipo.

En las anteriores condiciones, se tiene por acreditado el elemento estructural de resolución contractual relativo al incumplimiento por parte de la sociedad demandada, que se despacha, sin que en el punto sea de recibo el endilgado incumplimiento de las obligaciones secundarias de seguridad relacionadas con las acreditaciones, calidad y cumplimiento de alguna norma técnica en particular, alegadas por la parte actora, toda vez que las mismas ni están expresamente estipuladas en el contrato, como así lo acepta su promotor, ni ellas fueron objeto de debate en la instancia, más cuando para la clase de equipo que se contrató no existe ninguna norma técnica colombiana que regule los criterios para su revisión y certificación, y lo que aquí se está debatiendo no es la responsabilidad civil contractual por el ejercicio de una actividad de las consideradas peligrosas, sino la derivada de la condición tácita resolutoria de los contratos válidamente celebrados, de resolver el contrato celebrado o pedir su ejecución en ambos casos con indemnización de perjuicios, donde se analiza el incumplimiento contractual del demandado.

3) Cumplimiento o allanamiento a cumplir los deberes por parte de los demandantes:

Una de las principales obligaciones de la sociedad contratante fue la de pagar el valor de las obras de acuerdo a lo pactado, lo que de la manera antes vista se hizo de manera tardía, como así mismo lo reconoce su propio representante legal al ser interrogado, y si bien arguye que esa tardanza fue consensuada con el representante legal de la sociedad contratista cuando se acordó en pago del 40% del valor del contrato para que trajera los equipos a instalar, lo cierto éste desmiente ese consenso, aseverando que lo se acordó fue la consignación previa del valor de ese porcentaje para traer los equipos a la obra para su instalación, sin que exista ningún otro elemento de juicio que corrobore el dicho del contratante, y antes por el contrario es patente el incumplimiento de las cuotas del precio con las consignaciones aportadas por la demandada al contestar la demanda, habiendo quedado aún pendiente de pago la última cuota; incumplimientos que se generaron, según su propio dicho,

porque la obra civil también tuvo un retraso por el incumplimiento de otro contratista, lo que en últimas también se irradió, como ya se dijo, la prolongación en tres más, del término convenido para la ejecución del contrato que fue de 5 meses .

También le correspondía como obligación contractual, acorde con la cláusula 7ª, suministrar el área de trabajo libre cualquier tipo de mercancía, objetos herramientas, residuos, líquidos y escombros, además de suministrar un punto eléctrico 220 V/3F/60 HZ por cada equipo instalado, como así mismo se lo requirió el contratista a través del correo enviado el 13 de septiembre del 2018, dirigido al arquitecto Ricardo Irigorri, residente de la obra, visible a folios 167, donde se le solicitó garantizar entre otras cosas, dichas obligaciones, donde incluso se le advirtió que si algo de lo requerido hacía falta, conllevaría a retrasos y sobrecostos en el proyecto, deberes éstos que justamente, como lo depone el instalador del equipo Benjamín Ramírez, no estaban listo para cuando llegó a la obra el 17 de septiembre de ese año, pues el foso se encontraba inundado y lleno de escombros, lo cual les hizo perder la mañana, y de otro lado, no se encontraba instalado el referido punto eléctrico, el que sólo lo conceto la empresa de energía a los tres días, retrasando así el cronograma trasado para dicha instalación, lo que le implicó sobrecostos, así los arquitectos residentes de la obra traten de justificar esta omisión con la disposición de otro punto eléctrico de 110 V, ya que éste no era el exigido y convenido.

Finalmente, y por la no formalización de la entrega definitiva del equipo contratado, que de la manera vista si era factible consensuarla previas las justificaciones o soluciones a lo reprochado, atendiendo a la economía del contrato, que como se dijo estaba prácticamente concluido, se desconoció por el contratante la obligación atinente a no operar los equipos adquiridos objeto del contrato sin haber recibido físicamente el proyecto, lo que ocurrió cuando la sociedad demandante contrató la mencionada inspección de ascensores, realizada al montacoches objeto del contrato, por parte del señor Jesús Darío Vega Espinoza, de la empresa SM Servimeters, sin la presencia obligatoria del representante de la sociedad demandada constructora e instaladora del mismo, y también cuando por su cuenta se realizó el desmonte unilateral de la plataforma instalada.

De esta manera, y como así mismo se alegó en la continuación de la audiencia de instrucción y juzgamiento, se prueba igualmente el incumplimiento de la sociedad demandante a los referidos deberes contractuales; todo lo cual conduce a que ninguna de las sociedades contendientes, por un lado la actora, haya probado los requisitos legales la prosperidad de su deprecada pretensión resolutoria, y por el otro la demandada, haya acreditado en su contrademanda el cumplimiento del contrato, por lo que para ninguna de las dos son prósperas sus pretensiones, y por lo mismo sus excepciones, debiéndose negar tanto las pretensiones del uno, como del otro; empero, como se puede dejar atadas a las partes con una convención incumplida por las mismas, la solución que se impone, como se planteó en el problema jurídico a resolver, es la aplicación del artículo 1609 del C.C.

I).- Aplicación del artículo 1609 del Código Civil:

Dispone dicho precepto que *"en los contrato bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debido"*; lo que acorde con la doctrina y la jurisprudencia se consagra la excepción de contrato no cumplido o *"nom adimpleti contractus"*, que no impide la resolución del contrato, pero se limita a eliminar los efectos de la mora para ambas partes, en el entendido que ellas igualmente incumplieron con sus obligaciones, sin que importe quién incumplió primero, perdiendo el derecho a reclamar los perjuicios que les pueda haber causado dichos incumplimientos.

Por lo que presentarse en este caso, de la forma vista, el incumplimiento contractual de las sociedades contendientes a sus obligaciones acordadas en el contrato de obra civil objeto del proceso, conforme a dicho precepto, hay lugar a declarar probada oficiosamente la excepción de *"nom adimpleti contractus"*, sin que por su efectos sea procedente reclamar perjuicios, pues la mora del uno, purga la mora del otro, y en consecuencia se resolverá el contrato de obra civil que los liga, y si bien una determinación de esta clase, por razones de equidad, trae aparejada las consecuentes restituciones o prestaciones mutuas, en consideración de esta Judicatura, en la especie de esta litis, no habrá lugar a

hacer reconocimiento alguno, en razón a que de un lado, se ignora la suerte o el destino del instalado montacoches, pues al haber sido desmontado por orden de la demandante, sin el consentimiento de la demandada, el representante legal de Gracol SAS, en su interrogatorio no supo dar razón del paradero del mismo o de sus partes, cosa igualmente desconoce el representante legal de Inversiones Alvero SAS, y en cuanto a la restitución de lo pagado por cuenta del precio del contrato, prestación a cargo de la demandada, no es de justicia ordenársela, si a cambio, por parte de la demandante, no se le va a devolver nada; por lo nada habrá de reconocerse por dichos conceptos, y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

II- Respuesta al problema jurídico planteado:

En las anteriores condiciones, se da respuesta positiva a la última de las opciones al problema jurídico planteado, por el incumplimiento de las sociedades contendientes a las reseñadas obligaciones contractuales, por lo cual, como ya se determinó se declarará probada oficiosamente la excepción de "*nom adimpleti contractus*", se resolverá el contrato de obra civil que las liga, sin indemnización de perjuicios, ni reconocimiento de prestaciones mutuas, y teniendo en cuenta que ninguna de las partes resulta vencida en el presente proceso, el Juzgado se abstendrá de condenarlas en las costas procesales causadas en la instancia, de conformidad con lo señalado por el artículo 365 del C.G.P.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN – CAUCA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones tanto de la demanda inicial, como las de la de reconvención, respectiva y recíprocamente propuestas por las

sociedades **Grandes y Modernas Construcciones de Colombia SAS** e **Inversiones Alvero SAS**, en atención a lo antes considerado.

SEGUNDO: DECLARAR probada oficiosamente la excepción de Contrato no Cumplido y/o "*nom adimpleti contractus*", de que trata el artículo 1609 del Código Civil, por el incumplimiento mutuo de las sociedades contendientes a las reseñadas obligaciones contractuales, sin que por lo mismo haya lugar al reclamo de perjuicios, conforme a lo expuesto en precedencia.

TERCERO: DECLARAR en consecuencia, judicialmente **RESUELTO** el contrato de obra civil N° 004 del 15 de enero del 2018, celebrado entre dichas sociedades.

CUARTO: No hay lugar a reconocimiento de prestaciones mutuas.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: En firme este fallo, **ARCHÍVESE** el expediente previa las anotaciones de rigor.

SÉPTIMO: De conformidad con lo normado en el artículo 295 del CGP, la notificación de esta sentencia se cumplirá mediante anotación en los estados electrónicos del micrositio del Juzgado ubicado en el Portal Web de la Rama Judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'S' shape with a horizontal line crossing it, and a small 'J' at the bottom right.

JAMES HERNANDO CORREA CLAVIJO

JUEZ