

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN
SALA CIVIL - FAMILIA

Magistrado ponente: JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA

Popayán, ocho (08) de agosto de dos mil veintitrés (2023)
(Discutido y aprobado en Sala de decisión de fecha 8 de agosto de 2023, según acta No. 016)

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES de la DEMANDA y HECHOS RELEVANTES. Mediante demanda presentada el 5 de febrero de 2019, GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S. – GRACOL, por conducto de apoderado, solicita: i) Que se declare la resolución del contrato de obra civil N° 004 del 15/01/18, por el incumplimiento contractual por producto defectuoso de la empresa INVERSIONES ALVERO SAS, ii) que se restituya a GRACOL las sumas canceladas por concepto del contrato, las cuales ascienden a \$ 68'998.600, iii) en consecuencia, se condene a la empresa INVERSIONES ALVERO SAS a pagar en favor de la demandante las siguientes sumas por concepto de perjuicios materiales e inmateriales:

a) Daño emergente: i) por el valor pagado por el contrato suscrito con la demandada por un total de \$ 68'998.600; ii) honorarios de abogado por valor de \$ 25'000.000; iii) costo de la certificación expedida por SM SERVIMETERS por valor de \$ 2'606.100 que permitió determinar que el “montacoches” del hotel no puede entrar en funcionamiento; iv) “El valor del remplazo del producto defectuoso entregado e instalado por parte del demandado”, por la suma de \$ 103'000.000; v)clausula penal por valor de \$10'000.000 que GRACOL tuvo que cancelar al señor CARLOS CHICANGANA por incumplimiento del contrato de arrendamiento.

b) Lucro cesante: \$ 120'000.000 correspondiente a los cánones de arrendamiento “frustrados” de cuatro meses, a razón de \$ 30.000.000 mensuales desde el 1 de junio de 2019.

c) Perjuicios morales: \$ 20'000.000, por la aflicción y el estrés que sufrió el representante legal de GRACOL, por la zozobra de no poder cumplir con el contrato de arrendamiento con el señor CARLOS CHICANGANA.

Como sustento de las anteriores pretensiones, se indica, que GRACOL celebró contrato de obra civil No. 004 del 15 de enero del 2018, cuyo objeto era el *"suministro e instalación de un (01) montacoches y dos (02) paradas con un recorrido de 3.30 mts, un ancho de 2.95 mts y un largo de 5.03 mts para el proyecto Hotel Popayán – según informe técnico de fecha 2 de enero de 2018"*.

Que el valor total del contrato se pactó en \$ 75'999.000.00 IVA incluido, acordándose el pago de un anticipo del 20% a la suscripción del contrato, 10% en mensualidades en unas fechas determinadas, y posteriormente un 40% que se pagaría a la instalación de los equipos en el Hotel; condición ésta última que *"obvió"* el demandado, en tanto sujetó a la contratante a cancelar ese rubro antes de la instalación, a lo cual accedió GRACOL previa firma de un pagaré por parte de la demandada como garantía del cumplimiento de su obligación.

Que la demandada instaló los respectivos equipos 15 días después de que GRACOL cancelara el valor acordado, y el 25 de septiembre de 2018, un grupo de expertos técnicos de GRACOL, rindieron un *"parte de insatisfacción"*, por cuanto *"el MONTACOCHEs no cumplía con los estándares mínimos de aceptación"*.

Que esa entrega defectuosa no permite que el equipo entre en funcionamiento, pese a que la demandante ya había pagado el 90% del valor del mismo (\$68.998.600), y en tal virtud, la contratista incumplió el compromiso establecido en el numeral 9 del párrafo primero de la cláusula sexta del contrato, que la obligaba a entregar el equipo con las calidades necesarias para su operatividad.

Que GRACOL informó de la situación a la demandada, con el fin de que corrigiera lo pertinente, *"a lo que respondió en varias oportunidades con una negativa a hacerlo, argumentando entre varias cosas que su equipo cumple con los estándares y que su instalación se realizó de manera adecuada"*.

Que GRACOL contrató a la empresa SM SERVIMETERS para que verificara los estándares de calidad e instalación del montacoches, quien expidió acta de fecha 31 de octubre del 2018 en la que concluye que el equipo suministrado e instalado por la demandada, *"no cumple, con defectos muy graves"*, y en vista de que la contratista se negó a realizar las reparaciones o el cambio del montacoches, la actora se vio obligada a suscribir el Contrato No. 034 del 9 de enero de 2019 con INTERLIFT S.A.S. por valor de \$ 103'000.000, con vigencia de 4 meses, para la desinstalación del mismo y la instalación de otro que sí cumpliera con lo requerido para su normal funcionamiento.

2. CONTESTACIÓN de la DEMANDA y EXCEPCIONES DE MÉRITO¹. INVERSIONES ALVERO S.A.S.², por medio de apoderada, se opone a las pretensiones del libelo, argumentando, que el 25 de septiembre de 2018 dejó *“instalado y en correcto funcionamiento”* los equipos objeto del contrato, y el arquitecto RICARDO IRAGORRI manifestó *“estar conforme”* con los mismos, no obstante, el 26 de septiembre siguiente, la parte demandante se negó a llevar a cabo la diligencia de entrega total de lo contratado, incumpliendo lo establecido en el numeral octavo de la cláusula séptima del convenio.

Que en aras de subsanar las inconformidades surgidas con ocasión del contrato, en varias ocasiones requirió a GRACOL, *“incluso la convocó a audiencia de conciliación la cual resultó en acta de no acuerdo N° 35283”*.

Objeta el juramento estimatorio y propone como EXCEPCIONES DE MÉRITO las tituladas:

a) *“Contrato no cumplido”*, toda vez que, la demandante no cumplió con su obligación de realizar los pagos en las fechas estipuladas en el contrato.

b) *“Inexistencia del Nexo Causal”*, debido a que INVERSIONES ALVERO SAS cumplió con la obligación de instalar y dejar en *“correcto”* funcionamiento los equipos, conforme a lo pactado, y no le asiste responsabilidad del mal manejo o uso indebido que la contratante le haya dado a los equipos y los perjuicios que tal circunstancia le haya ocasionado a la demandante, quien debía cumplir con las obligaciones del numeral 8 y 9 de la cláusula séptima del contrato.

c) *“Inexistencia de la obligación”* porque cumplió a cabalidad con el objeto del contrato, contrario a la parte actora quien desatendió sus compromisos contractuales desde el inicio, al no realizar los pagos en las fechas convenidas, y por hacer uso de los equipos sin haber recibido físicamente el proyecto, lo cual ocurrió por la negativa de la propia contratante.

d) *“Cobro excesivo de perjuicios”*, en tanto los conceptos reclamados por la parte demandante no cuentan con sustento probatorio. Que de acuerdo con el acta de inspección de ascensores, el equipo instalado por la demandada *“fue examinado con los parámetros de la Norma Técnica Colombiana NTC-5926-21 la cual se “aplica a todos aquellos ascensores eléctricos e hidráulicos, instalados de manera permanente, que sirvan de niveles definidos, y que estén provistos de una cabina destinada al transporte de personas y objetos”. Especificaciones que a*

¹ Archivo 1.1. págs. 53 a 68 expediente digital

² Notificada personalmente – archivo 1 página 230 expediente digital.

todas luces distan de lo señalado en el contrato, en donde se prevé la instalación de un montacoches vehicular".

e) *"Temeridad y mala fe de la demandante"*, por cuanto pretende hacer valer hechos que no son ciertos, induciendo en error al juez, y le atribuye a la demandada conductas que no corresponden a la realidad.

f) *"Cobro de lo no debido"*, dado que la demandante pretende el pago de perjuicios que no se derivan del actuar de INVERSIONES ALVERO SAS.

3. DEMANDA DE RECONVENCIÓN³. INVERSIONES ALVERO SAS pretende: i) que se declare el incumplimiento del contrato por parte de GRACOL; ii) en consecuencia, se condene a la demandada en reconvención a pagar la suma de \$7'599.900 correspondientes al 10% del valor del contrato, que se adeudan a la reconviniente, por concepto de la entrega final del equipo; iii) condenar a GRACOL a pagar la suma de \$1'031.000 por concepto de intereses de mora de la suma anterior; iv) condenar a la demanda a pagar los intereses de mora desde la presentación de la demanda de reconvención hasta la fecha en que se cancele la obligación; y v) ordenar a GRACOL la devolución física del pagare N° 1 suscrito por el representante legal de INVERSIONES ALVERO SAS por valor de \$ 30'399.600.

Fundamenta sus pedimentos, señalando, que en la cláusula quinta del contrato de obra, las partes acordaron la forma y plazos para el pago que debía realizar GRACOL, pero por acuerdo posterior entre las partes, GRACOL realizó el pago equivalente al 40% de forma previa a la instalación de los equipos, y la demandante en reconvención suscribió un pagaré por valor de \$30.399.600 para garantizar el cumplimiento del contrato, el cual sería devuelto por la contratante dentro de los 5 días siguientes al suministro de los equipos en el Proyecto Hotel Popayán.

Que la entrega e instalación de los equipos se retrasó 5 días, porque GRACOL no suministró un punto eléctrico 220V trifásico con acometida definitiva y energizado para la debida instalación y correcto funcionamiento de los equipos, a lo cual procedió tan solo el 21 de septiembre de 2018, lo que ocasionó una serie de sobrecostos para INVERSIONES ALVERO SAS, pues tuvo que asumir el gasto de pasajes, hoteles, horas extras y demás de 7 personas, por lo que el montacoches fue instalado el día 25 de septiembre de 2018 en presencia de dos arquitectos de GRACOL, los cuales mostraron su conformidad con el funcionamiento de este.

³ Archivo 2 págs. 38 a 46 expediente digital.

Que el 26 de septiembre siguiente, se hizo un llamado al arquitecto RICARDO IRRAGORI para realizar la entrega total del equipo, sin embargo, manifestó que no estaba autorizado para ello, expresando que existían una serie de inquietudes al respecto, misma situación que se presentó con el arquitecto ENRIQUE ARCOS.

Que ante la negativa de recibir el equipo, INVERSIONES ALVERO SAS realizó un registro fotográfico y videos para demostrar el correcto funcionamiento de este, y ha requerido en numerosas ocasiones a la contratante, a fin de que reintegre el pagaré, y pague los gastos adicionales en que se incurrió a causa del no cumplimiento de la misma, suma que asciende a \$ 12'003.550, sin que hasta la fecha se haya obtenido respuesta positiva por parte de GRACOL.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN. GRACOL resiste los pedimentos de su contraparte, reiterando los planteamientos de la demanda inicial, y agrega, que no realizó la devolución del pagaré suscrito por la contratista, por cuanto ésta última no entregó a satisfacción el montacoches; que no es cierto que la contratante incumpliera con la entrega del punto eléctrico 220V trifásico con acometida definitiva y electrizado, dado que sí procedió en tal sentido el 21 de septiembre del 2018, *“situación que fue aceptada por las partes”*.

Que los gastos adicionales en que haya incurrido la reconviniente, no son de cargo de GRACOL, conforme se pactó en el numeral 6, parágrafo 1 de la cláusula sexta, y la cláusula octava, en tanto el contrato celebrado con INVERSIONES ALVERO era a *“todo costo”*.

Que aunque el montacoches fue instalado el día 25 de septiembre de 2018, no es cierto que quedó en correcto funcionamiento y menos aún que el ingeniero RICARDO IRRAGORRI manifestara estar conforme, por el contrario se advirtió que el equipo presentaba falencias las que quedaron plasmadas en el acta del 26 de septiembre del 2018, lo que hacía inviable recibir a satisfacción el equipo.

Como EXCEPCIONES DE MÉRITO formuló las que denominó:

a) *“No cumplimiento del contrato”*, toda vez que, el producto instalado por la demandante presento graves inconsistencias (conforme a la inspección de SM SERVIMETERS) que el contratista se negó a reconocer y a reparar, por lo cual no se recibió la obra a satisfacción.

b) *"Inexistencia de la obligación"*, porque no se cumplieron las condiciones para hacer efectivo el pago del saldo final del contrato, ni las obligaciones de resultado y seguridad para reintegrar el pagaré.

c) *"Cobro de lo no debido"*, bajo los mismos argumentos de la excepción anterior.

5. LA SENTENCIA APELADA. Emitida el 16 de abril de 2021, en ella se resolvió: i) Negar las pretensiones de las demandas inicial y de reconvención, ii) *"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"*, iii) Declarar en consecuencia, resuelto el contrato de obra civil N° 004 del 15 de enero de 2018, celebrado entre dichas sociedades, iv) *"No hay lugar al reconocimiento de prestaciones mutuas"*, y v) sin condena en costas.

Lo anterior, tras considerar el funcionario de primer grado, que ninguna de las partes honró sus compromisos contractuales, pues está demostrado que la demandada instaló el montacoches, pero no reparó los defectos que presentaba dicho equipo y que fueron advertidos oportunamente por la contratante. A su turno, GRACOL incumplió con el pago de las sumas a favor de la contratista en las fechas pactadas en el contrato, no suministró tempestivamente el punto eléctrico requerido para la instalación del equipo contratado, y sin haber formalizado la entrega definitiva del montacoches, procedió a operarlo, y luego lo desmontó sin la presencia del representante legal de la contratista.

Que habiéndose constatado que ambas sociedades incumplieron el referido convenio, se declara probada, de oficio, la excepción de *"contrato no cumplido"* consagrada en el artículo 1609 del código civil, lo que conlleva a resolver el contrato, pero sin lugar a reconocimiento de perjuicios ni restituciones mutuas, *"pues la mora del uno, purga la mora del otro"*, y en este caso, se ignora la suerte o el destino del montacoches que fue instalado por la pasiva, o de sus partes, *"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"*.

6. LA APELACIÓN. La interpone la parte demandante, expresando sus reparos de la siguiente manera:

a) La sentencia de primera instancia incurre en un error de hecho al no dar por probado, estándolo, que la sociedad INVERSIONES ALVERO S.A.S. incumplió las obligaciones secundarias de seguridad las cuales hacían inviable poner al servicio del público el elemento adquirido por la constructora.

b) Tampoco tuvo en cuenta que está demostrado, que existió un acuerdo entre las partes con el que se sanearon las dificultades de pago que inicialmente se presentaron.

c) No se consideró, que de acuerdo con lo acreditado en el expediente, la parte demandante cumplió con las obligaciones que se encontraban a su cargo.

d) No se apreciaron los perjuicios que sufrió GRACOL con ocasión del incumplimiento en el que incurrió INVERSIONES ALVERO S.A.S.

e) El Juez incurre en un error de derecho al aplicar, de forma equivocada, los artículos 1546 y 1609 del Código Civil ya que, en este caso, debió declararse el incumplimiento del contrato y la correspondiente indemnización de perjuicios.

f) Y, por último, se equivoca el fallador al tener por probado que GRACOL no tiene la posibilidad de restituir el producto instalado por INVERSIONES ALVERO S.A.S.

Por lo tanto, solicita revocar la sentencia apelada, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, y en forma subsidiaria, pide reformar la sentencia apelada y ordenar las restituciones mutuas.

7. ACTUACIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA. Mediante auto datado el 7 de septiembre de 2022, se dispuso la admisión de la alzada, se tuvo por sustentada de manera anticipada la apelación⁴, sin perjuicio de la facultad que confiere el inciso tercero del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, ordenándose correr traslado

⁴ Acatando lo establecido por la Corte en sentencias STC5497-2021, 18 may. 2021, rad. No. 11001-02-03-000-2021-01132-00 MP. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO, y STC2478-2022, 7 mar. 2022, rad. No. 11001-02-03-000-2022- 00480-00 MP. AROLDI WILSON QUIROZ MONSALVO, entre otras que resultan aplicables respecto del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, por cuanto reproduce en su integridad la redacción original del Decreto 806 de 2020 en ese aspecto.

de la misma a la parte contraria, y se tuvo por prorrogado el término para proferir sentencia.

7.1. SUSTENTACIÓN DE LA ALZADA. El apoderado de la demandante desarrolló los reparos expuestos ante la primera sede, de la siguiente manera:

a) Que si bien las normas técnicas NTC 2769-1, NTC2769-1 y la norma de inspección NTC-5926-1, no se refieren específicamente al producto adquirido por GRACOL, *“sí contienen condiciones mínimas de seguridad que deben ofrecer los productos de transporte vertical de personas y, por esa razón, deben orientar la evaluación de sus condiciones de calidad y seguridad. Situación que ha debido declarar probado y, con ocasión a ello, conceder las pretensiones de la demanda inicial”*.

Que en las respuestas ofrecidas por el representante legal de la sociedad contratista, aquel concluye, *“que el producto ofrecido no debería ser evaluado por ninguna norma técnica ya que lo ofrecido únicamente se circunscribe a lo previsto en el contrato”*, argumento ratificado en los alegatos de conclusión, y que de acuerdo con lo previsto en el artículo 241 del C.G.P., *“constituye un indicio del ánimo defraudatorio del negocio planteado, lo anterior, habida cuenta que esta posición va en franca y evidente contravía del régimen de responsabilidad civil derivada por productos defectuosos”*, según lo establecen los artículos 6 y 7 de la Ley 1480 de 2011.

Que no se valoró lo manifestado por el testigo HARVEY RODRÍGUEZ, quien corroboró que *“las normas técnicas sí resultaban aplicables para el caso concreto”*, y *“fue diáfano en su declaración en explicar que los hallazgos contenidos en el ACTA DE INSPECCIÓN DE ASCENSORES identificado con el código GIN-RG-39 obrante a folios 13 a 28 del Cuaderno Principal corresponden a esas condiciones de seguridad mínimas, explicando, para cada punto, las implicaciones en la seguridad e integridad de las personas cuando no se encuentran presentes, como en el caso de marras”*.

b) Resalta que el juez incurrió en un error al no atender la confesión del representante legal de la sociedad contratista, quien aceptó que, *“ante las dificultades que se venían presentando, las partes acordaron zanjar sus diferencias mediante la modificación de los plazos y montos en los que se debía reconocer y pagar el precio pactado, incluso, el representante legal reconoció que se anticipó el pago por su propia iniciativa, anticipo que se garantizó con la suscripción de un título valor”*.

Que el Juzgado debió establecer que la forma y plazos para el pago del precio fueron modificados por acuerdo entre las partes, y por ende, GRACOL *"cumplió fielmente sus compromisos"*.

c) Que el tercer error del funcionario, es considerar que GRACOL incumplió sus obligaciones al operar el montacoches antes de recibirlo formalmente, no garantizar que el área de trabajo estuviera limpia, despejada, y no proporcionar un punto eléctrico de 220v.

Que no se tuvieron en cuenta los testimonios de LILIANA MÉNDEZ y RICARDO IRAGORRI, quienes coinciden al afirmar *"que si bien el punto de 220V no se encontraba disponible, a pesar de haberse solicitado oportunamente a la empresa de energía, esa situación no impidió que con el punto dispuesto de 110V se realizaran las actividades preparativas que requería la sociedad demandada"*, y aseveraron que *"el área se encontraba despejada y limpia"*.

Que si bien el testigo BENJAMÍN RAMÍREZ relató una situación diferente a la expresada por los testigos LILIANA y RICARDO, la credibilidad de ese deponente está *"comprometida"*, en razón a su relación de dependencia con INVERSIONES ALVERO S.A.S., lo que motivó la formulación de la tachada respectiva, aunada, *"la falta de espontaneidad y verosimilitud"* en su declaración, *"ya que, hasta el juez a quo debió llamar la atención al declarante quien, durante toda su declaración, estuvo leyendo un material que orientó su declaración"*.

Que con relación al punto eléctrico, las dificultades presentadas fueron oportunamente informadas a la contratista, *"y, con ellos mismos, se concertó seguir adelante con las actividades, es decir, no solamente se dispuso de un punto eléctrico de 110V para preparar las actividades previas, sino que, además, con la empresa contratista se concertó, sin reservas, la realización de las actividades entendiendo que mi prohijada se había allanado a cumplir con sus cargas y, a pesar de ello, el hecho de un tercero (empresa de energía) impidió que el punto de 220V se encontrara en la fecha inicialmente prevista, sin que ello implicara retraso alguno en la obra, precisamente, porque se realizarían otras actividades que no requerían el punto de 220V"*.

Que con esas probanzas, se concluye no existió incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de GRACOL.

d) Que el *a quo* no apreció las pruebas documentales que evidencian los perjuicios sufridos por GRACOL, por los gastos que sufragó para la inspección del producto y el reemplazo del montacoches defectuoso.

e) Que el fallador aplicó de manera incorrecta los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, pues consideró que el contrato objeto del litigio, establece obligaciones simultáneas, y que *“no importa quien haya incumplido primero”*, cuando en realidad se trata de cargas sucesivas o *“escalonadas”*.

Que de acuerdo con el precedente de la Corte Suprema de Justicia, para la operancia de la excepción de contrato no cumplido, sí es relevante determinar quién incumple primero la obligación, porque ese hecho libera a la otra parte de ejecutar la siguiente prestación.⁵

f) Que en la sentencia se realiza una indebida valoración de la confesión del representante legal de GRACOL, y se concluye que no sabe del paradero del montacoches instalado por INVERSIONES ALVERO SAS, cuando lo cierto es, que, *“sí señaló que las partes del producto se encontraban en su poder y, por tal razón, podría disponer de su entrega a la sociedad demandada inicial. Además, en gracia de discusión, si las partes del producto presentaran deterioro o destrucción por el abandono que la demandada inicial tuvo respecto de él, es dable aplicar las disposiciones normativas del código de comercio y, como consecuencia de ello, el demandado inicial sería responsable por la pérdida o deterioro de la cosa que dejó abandonada”*.

En consecuencia, pide revocar el fallo de primera instancia, y en su lugar declarar la resolución por incumplimiento del contrato, condenando a INVERSIONES ALVERO SAS a la indemnización integral de perjuicios reclamados por GRACOL, y al pago de las costas causadas en ambas instancias.

7.2. ALEGATOS DEL NO APELANTE. La parte demandada se pronuncia frente a la alzada en los siguientes términos:

Que el apelante *“pretende desconocer una circunstancia técnica objetiva, frente a la cual ni la parte demandante ni la parte demandada tienen injerencia, y es que en Colombia, para la fecha de los hechos materia de debate, y aún hoy en día, no se han establecido unas normas técnicas generalizadas aplicables de*

⁵ Cita SC1209-2018 del 20 abril 2018, sentencia del 29 de noviembre de 1978, SC de 4 sep. 2000 rad. No. 5420, SC4420 de 2014, rad. No. 2006- 00138, y SC6906 de 2014, rad. No. 2001-00307-01, entre otras.

manera integral a los montacoches vehiculares sin cabina que se instalaron en cumplimiento del contrato de obra celebrado entre las partes. Si el órgano estatal que tiene la competencia de reglamentar las normas técnicas aplicables a ciertos equipos no ha dispuesto la aplicación de las normas echadas de menos por el apelante, no resulta entonces procedente fundar un supuesto incumplimiento por la falta de acreditación de una obligación que no aparece ni en el contrato ni en la ley".

Que no es posible establecer la obligatoriedad de unas normas técnicas, exclusivamente con la declaración de un tercero, cuando la propia parte reconoce que esa regulación no le era aplicable a los equipos montacoches sin cabina, y menos es viable apreciar y aceptar las conclusiones de la inspección realizada sobre los equipos sin la presencia de la sociedad contratista, lo que afecta la legalidad de esa inspección, aunado que la encargada de esa labor – SERVIMETERS, “no presenció los hechos relevantes del contrato (pruebas del equipo inicial)... realizó la operación del equipo sin el acompañamiento de la empresa de mantenimiento... no contaba con la capacitación suficiente para operar el equipo, aun así, lo hizo y arrojó resultados inconclusos y contradictorios... aplicó una norma incorrecta en la inspección del equipo”.

Que los equipos instalados por la contratista, “cumplieron a cabalidad lo establecido en el contrato... Si bien es cierto la NTC alegada no es aplicable al montacoches, porque la ley no lo ha regulado, el equipo si cuenta con un sistema de seguridad en cada uno de los componentes (mecánicos, hidráulicos y electrónicos), información que es clara en el manual de funcionamiento y operación, certificado de garantías y manual de funcionamiento, y que era absolutamente clara para el demandante. También se resalta que el demandante siempre conoció las especificaciones técnicas del equipo a instalar, lo que hoy intenta desconocer. Como quedó demostrado en el proceso, el demandante acudió presencialmente a conocer los equipos que serían instalados; al contrato celebrado se le anexó la ficha técnica con todas y cada una de las especificaciones requeridas. Adicionalmente, antes de la fabricación del equipo, el demandante aprobó los planos de fabricación, donde constan las características de este. Finalmente, el equipo entregado fue el mismo acordado entre las partes, de manera que el reparo formulado por el apelante no puede ser recibido”.

Que el argumento del impugnante en relación con el supuesto incumplimiento de los artículos 6º y 7º del estatuto del consumidor - Ley 1480 de 2011, constituyen *“una cuestión sorpresiva que no puede ser analizada por el Tribunal”*, por cuanto no fue formulada como reparo concreto. Sin embargo, está acreditado en el proceso que el montacoches instalado cumplía con las condiciones de *“idoneidad y seguridad”* en cada uno de sus componentes.

Que no existe prueba del supuesto acuerdo o transacción celebrada entre las partes, respecto de la mora en el pago, y por el contrario, es un hecho probado e irrefutable que GRACOL incumplió su obligación de cancelar la prestación debida en los tiempos convenidos.

Que el incumplimiento por parte de GRACOL respecto al punto eléctrico y la zona de trabajo, aunque no afectó de manera grave el proceso de instalación, tampoco puede entenderse como un cumplimiento de sus obligaciones. Resalta, que el punto eléctrico requerido era un aspecto de trascendencia y fue por ello que se pactó expresamente en el contrato.

Que las supuestas irregularidades en la declaración del testigo BENJAMÍN RAMÍREZ, no fueron planteadas como un reparo concreto y por ende, este Tribunal no puede realizar pronunciamiento sobre ese particular, pero de llegar a analizarlo, debe tenerse en cuenta que la consulta de documentos por parte de los testigos no está proscrita de manera absoluta en el art. 221 del C.G.P., y además, *“si aceptáramos, nuevamente en gracia de discusión, que no se le puede dar ninguna credibilidad al testimonio reprochado, en todo caso esa no es la única prueba obrante en el expediente que da cuenta del incumplimiento de las obligaciones a cargo de GRACOL, pues existe incluso confesión por parte del representante legal de dicha sociedad respecto a los incumplimientos relacionados con la acometida eléctrica, así como frente a las condiciones del foso, el cumplimiento en los pagos, la obligación de asistir a la entrega de los equipos instalados, obligaciones que fueron pactadas en el contrato a cargo del demandante”*.

Que no se demostró que el equipo contratado e instalado por INVERSIONES ALVERO S.A.S. no cumpliera con las condiciones mínimas de idoneidad y seguridad, que *“el hecho de que esta clase de equipos no les resulten aplicables normas técnicas como las que demanda hoy GRACOL, no implica que no cumpla con esos requerimientos, o que se trate de equipos de mala calidad, o que representen un riesgo para los usuarios”*, de tal suerte, que cualquier

adquisición que haya realizado la demandante con posterioridad a la celebración del contrato con la aquí demandada, luego de percatarse que para su operación requería de un equipo *“con otras especificaciones técnicas”*, no puede ser imputado como un perjuicio a cargo de esta última.

Que al margen de que las obligaciones pactadas fueran sucesivas o simultáneas, GRACOL fue la primera que incumplió sus compromisos contractuales desde el inicio de la obra y hasta la finalización de esta, dado que no recibió los equipos instalados, *“permitió que un tercero, sin la presencia de INVERSIONES ALVERO S.A.S., interviniera el equipo, lo inspeccionara, y finalmente lo pusieran en operación”*, y *“se abstuvo de pagar el saldo después de haberse instalado el producto contratado en un 100%, y de manera autónoma, sin que mediara el consentimiento de mi poderdante, después de hacerlo intervenir por terceros, lo retiró de la obra sin saberse hoy en día a qué lugar fue a parar o dónde fue reinstalado”*.

Que el equipo instalado estaba constituido por una unidad e integralidad de piezas de alta ingeniería, *“no siendo de recibo la supuesta posibilidad de retornar algunas de las piezas instaladas”*. Que el Juez no se equivocó cuando concluyó que el representante legal de GRACOL no sabía del paradero del equipo, el cual tampoco puede considerarse abandonado por INVERSIONES ALVERO SAS, en tanto cumplió con la instalación en el lugar acordado, que estaba bajo la órbita y control de la misma contratante.

En consecuencia, solicita confirmar la sentencia apelada y condenar en costas de segunda instancia a GRACOL.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales están satisfechos en este asunto, luego no hace falta pronunciamiento particularizado al respecto distinto al de mencionar, que tampoco se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta este momento ni las partes presentaron alegato en tal sentido.

2. Es además a esta Colegiatura a la que le corresponde conocer en segunda instancia de la apelación en contra de la sentencia proferida por el *a quo* bajo la órbita de la competencia fijada en razón del factor funcional consagrado en el art. 31-1 en concordancia con el 35 del CGP, siendo del caso pronunciarse en principio ***“solamente sobre los argumentos expuestos por***

el apelante” (inciso primero del Art. 328 ibídem), para revocar o reformar la decisión, si a ello hubiera lugar.

3. Tras estas precisiones iniciales, los problemas jurídicos que se plantean para resolver el recurso de apelación, se contraen a establecer: i) si la demandante inicial logró acreditar los presupuestos sustanciales para la prosperidad de la acción resolutoria a su favor; y en caso afirmativo, ii) si es procedente acceder a la indemnización por los conceptos y montos deprecados en la demanda.

4. La tesis de la Corporación es, que, de las pruebas obrantes en el expediente, no se logra determinar el incumplimiento de la prestación contractual que se endilga a la pasiva, lo que conlleva al fracaso de la pretensión resolutoria a favor de GRACOL. A la anterior conclusión se arriba luego de realizar el siguiente análisis jurídico y probatorio:

4.1. Presupuestos para la procedencia de la acción resolutoria. El artículo 1602 del C.C. consagra que, *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, y el artículo 1546 de la misma Codificación establece que, *“en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”*.

En desarrollo de las citadas disposiciones, la Jurisprudencia establece unos requisitos o presupuestos para la procedencia de la acción resolutoria a saber: *“a) que se trate de contrato bilateral válido; b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o haya estado dispuesto a cumplirlas, y c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponden”*⁶.

4.2. En el sub examine, se observa que el funcionario de primer nivel determinó la validez del **contrato de obra civil N° 004 del 15 de enero de 2018** celebrado entre las partes, lo cual no le mereció ningún reparo al apelante único, por lo que se entiende que dicho negocio jurídico cumplió con todas las formalidades legales y sustanciales para su plena eficacia jurídica.

⁶ CSJ SC11287-2016, 17 ago. 2016, rad. No. 11001-31-03-007-2007-00606-01 MP. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

4.3. Los dos restantes presupuestos atañen a la legitimación en la causa de ambos extremos del litigio, dado que facultan para incoar la acción al contratante cumplido o que se allanó a cumplir, contra la parte que inobservó sus obligaciones, **siempre teniendo en cuenta la forma de ejecución de lo pactado**, pues como lo ha señalado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“Como regla general y en tratándose de compromisos que deben ejecutar las partes simultáneamente, **es menester, para el buen suceso del reclamo del demandante, que este haya asumido una conducta acatadora de sus débitos, porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria prevista en el aludido precepto, en concordancia con la excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus) regulada en el canon 1609 de la misma obra, a cuyo tenor ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.**

Ahora, en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino **sucesiva**, se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, **quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación**, porque ésta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada.

(...)

Así las cosas, **el contratante que primero vulneró la alianza queda desprovisto de la acción resolutoria, mientras que su contendor sí la conserva a pesar de que también dejó de acatar una prestación, siempre que su actuar se encuentre justificado en su inexigibilidad por la previa omisión de aquel.**”⁷ (Resaltado fuera del texto)

4.4. **DEL OBJETO DEL CONTRATO Y LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES.**

Descendiendo al caso en estudio, se observa que en la cláusula PRIMERA del contrato, las partes convinieron lo siguiente:

“PRIMERA- OBJETO: **Suministro e instalación de un (01) monta coches** y dos (02) paradas con un recorrido de 3.30 mts., un ancho de 2.95 mts y un largo de 5.03 mts para la Proyecto Hotel Popayán – **según informe técnico de fecha 02 de enero de 2018.**

PARAGRAFO 1: Las partes contratantes acuerdan que las actividades que no sean contratadas, no serán canceladas por el CONTRATANTE.

ITEM	UND	CANTIDAD	V/ UNITARIO	V/ TOTAL
1. MONTACOCHEs 2 PARADAS	UND	1	\$50.300.000	\$50.300.000
2. PUERTAS AUTOMÁTICAS COMPLETAS BASCULANTES	UND	1	\$6.302.521	\$6.302.521
3. PUERTAS AUTOMÁTICAS TIPO GUILLOTINA 1.20 METROS DE ALTURA	UND	1	\$5.462.185	\$5.462.185
TRANSPORTE A POPAYÁN	UND	1	\$1.800.000	\$1.800.000
TOTAL (Criterio Precio)				\$63.864.706
IVA 19%			19%	\$12.134.294

⁷ CSJ SC1209-2018, 20 abr. 2018, rad. No. 11001-31-03-025-2004-00602-01 MP. AROLD0 WILSON QUIROZ MONSALVO

TOTAL		\$75.999.000
-------	--	--------------

Para la duración del convenio se estableció un término de 5 meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, y en cuanto al valor y la forma de pago, en las cláusulas CUARTA y QUINTA acordaron:

“CUARTA – Valor del contrato. El valor total del presente contrato corresponde a la suma de SETENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL PESOS M7CTE (\$75.999.000.00) IVA INCLUIDO. El presente contrato no tendrá ningún tipo de reajustes...”

“QUINTA- FORMA DE PAGO: El presente contrato será cancelado de la siguiente manera:

- Anticipo del 20% equivalente a (\$15.199.800,00) a la firma del contrato y entrega de pólizas.
- El 10% equivalente a (\$7.599.900) 15 de febrero de 2018.
- El 10% equivalente a (\$7.599.900) 15 de marzo de 2018.
- El 10% equivalente a (\$7.599.900) 15 de abril de 2018.
- El 40% equivalente a (\$30.399.600) se cancelará a la llegada de los equipos debidamente puestos en obra.
- El 10% equivalente a (\$7.599.900) a la entrega final del proyecto.”

Respecto a las obligaciones del CONTRATISTA, y en lo que interesa a esta controversia, se destacan las consignadas en el numeral 9 y párrafo tercero de la cláusula SEXTA, a saber:

“SEXTA – Obligaciones del contratista. Son obligaciones de EL CONTRATISTA: ... **9) Responder por la estabilidad, buen funcionamiento y ejecución de la obra conforme a las especificaciones y por la buena calidad de los materiales empleados, tal como lo dispone el Código Civil; en consecuencia, las fallas que se presenten, bien sea por mala instalación, defectos de los materiales o por especificaciones inferiores a las pactadas, serán subsanadas a costa de EL CONTRATISTA, iniciando las reparaciones correspondientes dentro del término de ocho (8) días calendario, contados a partir de la notificación hecha por GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA GRACOL S.A.S. (...) PARAGRAFO TERCERO – RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA RESPECTO DE LAS OBRAS. Las obras entregadas y realizadas sin observar las especificaciones de calidad, defectuosas y por lo tanto no aceptadas por GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA GRACOL S.A.S., obligarán a EL CONTRATISTA a su reposición o retirada, a opción de GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA GRACOL S.A.S., así como a asumir los perjuicios que ello hubiere producido en el resto de la obra. Si EL CONTRATISTA rehúsa efectuar las reparaciones o reconstrucciones ordenadas por EL CONTRATANTE, éste podrá ejecutarlas directamente, previa notificación escrita a EL CONTRATISTA, por medio de terceros y deducirlas de las cuentas que debe pagar a éste...”**

Y en lo que concierne a las obligaciones del CONTRATANTE, en lo relevante, la cláusula SÉPTIMA establece:

"SÉPTIMA- Obligaciones del contratante. 1) **Pagar el valor de las obras, de acuerdo con lo pactado** y previa presentación de la factura o cuenta de cobro correspondiente. 2) **Tener claras las especificaciones y requerimientos de los equipos objeto del presente contrato (...)** 8) **Al recibir el proyecto** cuando el contratista indique que se han finalizado las labores y están listos para entregar. 9) **No operar los equipos adquiridos objeto del presente contrato sin haber recibido físicamente el proyecto y haber realizado los pagos respectivos.** 10) El contratante deberá **suministrar un punto eléctrico 220V /3F/ 60 HZ por cada equipo instalado**, con toma corriente y clavija, a una distancia no mayor a un (1) metro de recorrido desde el tablero eléctrico de cada equipo (...)"

Como CLAUSULA PENAL en caso de incumplimiento "imputable a EL CONTRATISTA", según la cláusula DÉCIMA TERCERA, el contratante "podrá imponer como sanción pecuniaria una suma equivalente al 20% del valor total del contrato".

Del comentado texto y la lectura de las restantes cláusulas del contrato, aflora nítido la existencia de un **convenio bilateral con obligaciones de ejecución sucesiva**, y por consiguiente, con apoyo en el precedente antes citado, corresponde a esta Sala determinar, cuál de los contratantes incumplió preliminarmente y de manera determinante sus débitos, dando lugar a que su contraparte correlativamente se abstuviera de proceder con los compromisos a su cargo.

4.5. CONDONACIÓN DE LA MORA POR PARTE DEL CONTRATISTA.

4.5.1. Acorde con las manifestaciones de la demanda inicial, la demanda de reconvenición, y las respectivas contestaciones, la Sala advierte, que **INVERSIONES ALVERO S.A.S. reconoce ⁸ que GRACOL sí realizó los abonos pactados**, aunque no en las fechas convenidas sino en otras calendas, de la siguiente forma:

"- Anticipo del 20% equivalente a (\$15.199.800) a la firma del contrato y entrega de pólizas el día 29 de enero de 2018.

- El 10% equivalente a siete millones quinientos noventa y nueve mil pesos m/cte (\$7.599.000) el 19 de febrero de 2018, de acuerdo con estipulación contractual debió efectuarse el día 15 de febrero de 2019.

- El 20% equivalente a quince millones ciento noventa y nueve mil ochocientos pesos m/cte (\$15.199.800) correspondientes a los pagos de los días 15 de marzo y 15 de abril, se efectuaron realmente el día 17 de mayo de 2019".

⁸ Al proponer la excepción de "contrato no cumplido"

De igual manera, la demandada acepta que **el 40% equivalente a \$ 30'399.600 sí fue cancelado por la demandante el 5 de septiembre de 2018**, aunque no en la forma inicialmente pactada, sino que ambas partes acordaron que ese pago se realizaría por GRACOL de manera "previa" a la instalación de los equipos contratados, y a cambio la contratista constituiría un pagaré por ese mismo valor en garantía del cumplimiento de la obligación, **como efectivamente ambos contratantes procedieron.**

4.5.2. De otro lado, en la demanda de reconvención, INVERSIONES ALVERO S.A.S. relató, que el 17 de septiembre de 2018, *"tal y como las partes lo habían previsto, los equipos llegan al lugar del cumplimiento del contrato"*, pero por causas imputables a GRACOL, no fue posible proceder con la instalación desde ese momento, dado que no se había dispuesto *"un punto eléctrico 220V trifásico con acometida definitiva y energizado"*, obligación a cargo de la contratante estipulada en la cláusula séptima del contrato; sin embargo, **acepta que el 21 de septiembre siguiente GRACOL suministró el punto eléctrico, por lo que el 25 de septiembre la contratista "deja instalado y en correcto funcionamiento el equipo objeto del contrato"**.

4.5.3. Ante esa conducta asumida por los contratantes, es claro para esta Corporación, que **pese a los incumplimientos en que incurrió la contratante hasta ese momento, INVERSIONES ALVERO S.A.S. decidió continuar con la ejecución del convenio sin realizar reclamación adicional alguna, lo que se traduce en una condonación tácita o purga de la mora de su contraparte, e inclusive, en palabras de la Corte, una renuncia tácita a la facultad de resolver el contrato**⁹, pues no otra conclusión se desprende de la aceptación de los pagos en fechas distintas a las convenidas, y que aun con las dificultades de orden técnico que se presentaron en el lugar de la obra en la calenda inicialmente pactada para la instalación, por causa imputable a la contratante, la demandada tolerara esos percances y finalmente instalara en otra data los equipos que le fueron encargados.

Sobre ese particular, enseña la Corte:

"Cuando el plazo pactado es esencial al negocio, o cuando su infracción acarrea la decadencia del fin práctico perseguido por las partes, o, en general,

⁹ CSJ SC 18 dic. 2009, rad. No. 41001-3103-004-1996-09616-01 MP. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, citada igualmente en SC14018-2014, 18 nov. 2014, rad. No. C-1100131030102000-00784-01 MP. MARGARITA CABELLO BLANCO.

cuando surja para el afectado un razonable interés en la resolución del mismo, **el cumplimiento retardado no puede enervar la acción resolutoria, a menos claro está, que éste LO HUBIESE CONSENTIDO O TOLERADO**".¹⁰ (Resaltado fuera del texto)

Postura que fue citada y aplicada en posterior sentencia, donde esa Alta Corporación señaló:

"Por consecuencia, se alcanzó la satisfacción de la tradición y la entrega del predio libre de gravámenes, aunque derivara de la intervención de los demandantes y después de dos años de tardanza de los accionados, razón para desvirtuar la resolución pedida, habida cuenta que deja al descubierto la carencia de interés resolutorio de los promotores para la fecha en que incoaron la presente acción, ante la ejecución del contrato con su beneplácito, al margen de que fuera extemporánea.

(...)

En otros términos, desapareció la facultad para reclamar la resolución que yacía en los accionantes, como contratantes cumplidos, porque con su consentimiento fue ejecutada la prestación que añoraban, aunque de manera tardía.

La razón que de ser de dicha mutación, esto es, poseer potestad resolutoria con base en el incumplimiento de su contraparte a estar desprovisto de ella, deriva del consentimiento que expresaron para que fuera acatada la promesa de permuta de forma atrasada, al punto que actuaron activamente para alcanzar este resultado.

*Por ende, **la resolución deprecada en la primera pretensión del libelo genitor del litigio era inviable, puesto que la infracción en que incurrieron los demandados fue subsanada con posterioridad y CON EL CONSENTIMIENTO DE LOS RECLAMANTES, mas no porque hubiera existido incumplimiento mutuo como desacertadamente lo consideró el juez ad-quem.***"¹¹ (Resaltado fuera del texto)

4.5.4. Quiere decir lo anterior, que, al haber consentido INVERSIONES ALVERO S.A.S. el pago tardío y el incumplimiento de su contraparte en las gestiones que eran de su cargo (suministro del punto eléctrico), y **decidir voluntariamente continuar con la ejecución de ese convenio procediendo con la instalación de los equipos sin protesta alguna**, no son admisibles los planteamientos en que se sustenta la excepción de "contrato no cumplido", como tampoco los razonamientos que efectuó el a quo para declarar de oficio la excepción titulada "contrato no cumplido y/o "nom adimpleti contractus"", toda vez que cualquier inobservancia de los compromisos por parte de GRACOL, al menos hasta ese momento, fue tolerada por la propia contratista, y por ende, no es de recibo tal argumento como justificación frente a un eventual incumplimiento posterior de parte suya.

¹⁰ CSJ SC 21 sept. 1998, Expediente 4844 MP. JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES, reiterada en SC1209-2018, 20 abril 2018, rad. No. 11001-31-03-025-2004-00602-01 MP. AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO.

¹¹ SC1209-2018, 20 abril 2018, rad. No. 11001-31-03-025-2004-00602-01 MP. AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO.

4.6. EL INCUMPLIMIENTO QUE SE ATRIBUYE A INVERSIONES ALVERO S.A.S. De acuerdo con la demanda inicial, la sociedad GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S. – GRACOL fundamenta sus pretensiones, esencialmente, **en el presunto incumplimiento de la demandada por instalar un MONTACOCHE que NO cumplía “con los estándares mínimos de aceptación” por lo que lo califica como un producto “defectuoso”**, aunada, la posterior negativa de la contratista a subsanar los defectos advertidos por la contratante, en franca inobservancia de lo establecido en la cláusula sexta del convenio.

4.6.1. Como primera medida, **llama la atención de esta Colegiatura, que la demandante inicial no se ocupara por suministrar como prueba el “informe técnico de fecha 02 de enero de 2018”, que, de acuerdo con la cláusula primera del contrato de obra, determinó las calidades o especificaciones del objeto contratado**, documento indispensable para ejercer una mínima labor de cotejo o comparación, y de esa manera contar con un punto de referencia para esclarecer si el equipo finalmente instalado por la contratista cumplía o no con esas especiales características.

Adicionalmente, se advierte que ese extremo procesal es insistente en señalar que el montacoches instalado por INVERSIONES ALVERO S.A.S. no cumplía con los parámetros mínimos de seguridad exigidos para esa clase de equipos, por lo que ponía en riesgo a los usuarios, pero **tampoco se preocupó por aportar un dictamen pericial que ilustrara objetivamente y con claridad al operador judicial, sobre el funcionamiento, requisitos exigidos por las autoridades reguladoras, y normas de calidad a las que están sujetos esos equipos, temas que por ser ajenos al conocimiento del fallador, necesariamente requieren del apoyo de un experto, para poder determinar si el montacoches instalado reunía o no esos parámetros.**

4.6.2. Cabe anotar, que si bien la parte demandante allegó como prueba el ACTA DE INSPECCIÓN DE ASCENSORES, elaborada a solicitud de GRACOL por SERVIMETERS S.A.S., suscrita por JESUS DARIO VEGA ESPINOSA, con fecha 31 de octubre de 2018, en la que se describen una serie de defectos de diferentes calidades (8 leves, 19 graves, y 11 muy graves) hallados en un “MONTACOCHE ACCESO VEHICULAR”, que se dice se encuentra ubicado en un “parqueadero” (no se indica dirección), y que arrojó como resultado: “NO CUMPLE, CON DEFECTOS MUY GRAVES”, lo cierto es, que **no fue posible recibir**

la declaración del experto que efectuó esa inspección - JESUS DARIO VEGA ESPINOSA, dado que a pesar de las diferentes citaciones remitidas tanto por ese extremo procesal como por el Juzgado, el prenombrado no compareció a rendir testimonio.

Téngase en cuenta, que, aunque insistentemente se aluda al carácter documental de la mencionada ACTA, lo cierto es, que **su contenido claramente refiere a aspectos técnicos de un determinado objeto**, los cuales no son del resorte de la judicatura, por lo que era indispensable la asistencia de quien suscribió ese documento, para que en su condición de testigo técnico explicara los conceptos allí descritos, las razones de sus conclusiones, y además, **permitir a la contraparte y al despacho ser indagado sobre su idoneidad profesional para realizar ese tipo de inspecciones.**

Lo anterior, considerando, que según oficio suscrito por la Ejecutiva Comercial de SERVIMETERS S.A.S. de fecha 17 de octubre de 2018, el servicio de inspección y certificación de sistemas de transporte vertical y/o puertas eléctricas que presta esa sociedad, se hace en cumplimiento de los requisitos establecidos "en las normas NTC 5926-1:2012, NTC 5926-2:2012 y/o NTC 5926-3:2014"; y de acuerdo con el concepto técnico emitido vía correo electrónico el 19 de marzo de 2020 ¹² por HARVEY RODRIGUEZ – supervisor de personal de esa misma sociedad, **el equipo denominado monta coches NO cumple con las características técnicas para ser inspeccionado bajo la NTC 5926-1 (Norma Técnica Colombiana Revisión Técnico – Mecánica de Sistemas de Transporte Vertical y Puertas Eléctricas), “debido a que esta plataforma no cuenta con una cabina cerrada”, lo que le resta credibilidad a los resultados plasmados en el ACTA DE INSPECCIÓN que se trajo como prueba.**

4.6.3. Además, si bien la parte actora allegó como prueba **oficio datado el 26 de septiembre de 2018** dirigido a "LEVEL 35, ALVERO SAS", suscrito por LILIANA MENDEZ GONZALEZ y RICARDO IRAGORRI VELASCO (Residentes de obra), JOSE LUIS RAMIREZ (Residente de Interventoría) y RICAR ORDUÑA (Interventor elevadores Interlift S.A.S.), en el que se detallan **28 falencias advertidas por el personal de GRACOL S.A.S.** durante la inspección realizada en esa fecha sobre el montacoches instalado en el "proyecto hotel" de Popayán, y se deja la siguiente nota:

¹² Allegado como prueba durante el testimonio de BENJAMÍN RAMÍREZ.

“El martes 25 de septiembre a las 5:00 pm, se realiza prueba de carga de la plataforma monta coches, dicha prueba se realizó con el vehículo del arquitecto Ricardo Iragorri el cual manifestó en presencia del ingeniero Benjamín de Level 35, que el equipo presentaba movimientos bruscos y un ruido exagerado en su recorrido descendente y ascendente, el ingeniero Benjamin evidenció dichas molestias técnicas afirmadas por el arquitecto Ricardo, quedando informado el ingeniero Benjamin de Level 35, afirmando que dichos imperfectos se arreglarían.

Al momento de la inspección del día miércoles en horas de la mañana, no se pudo corroborar si las imperfecciones técnicas de la prueba fueron solucionadas por que pintaron la plataforma y no se pudo realizar la prueba de carga, quedando la prueba de carga del día martes 25 de septiembre NO satisfactoria.”

La demandada también aportó copia del oficio suscrito por el representante legal de INVERSIONES ALVERO S.A.S. dirigido a GRACOL, en respuesta al anterior “informe técnico”, en el que refuta cada uno de esos 28 puntos de inconformidad de la contratante, y anota lo siguiente:

“Finalmente, y como se puede evidenciar a lo largo de este documento, todos y cada uno de los puntos son una muestra de haber realizado diligentemente nuestra labor contratada, la cual se llevó a cabo satisfactoriamente en un 100% pero que por razones que desconocemos, se percibe de su parte, argumentos sin fundamento, invalidados e incoherentes que motivan a generar esta problemática en la que nos encontramos”.

4.6.4. El referido documento allegado por la pasiva, guarda correspondencia con el testimonio de BENJAMÍN RAMIREZ (ingeniero mecánico con 3 años de experiencia en montacoches y 10 años en máquinas de transporte vertical) actual director de proyectos de INVERSIONES ALVERO S.A.S., quien intervino en la instalación del equipo aquí cuestionado y describió lo sucedido, asegurando que esa sociedad efectuó el montaje de una máquina acorde con los planos y el objeto contratado, que quedó en correcto funcionamiento, y que, al parecer, lo que GRACOL les estaba requiriendo era un equipo *“totalmente diferente del contratado”*.

Destáquese, que aun cuando este último testimonio fue tachado por la parte demandante por la dependencia laboral con la demandada, de la narración realizada por el testigo se observa que sus manifestaciones concuerdan con el documento de respuesta enviado a GRACOL, especialmente en los aspectos técnicos, además, con los videos aportados por la demandada en los que se visualizan las pruebas de operatividad y funcionamiento del mismo, **sin que se haya acompañado por la contraparte una prueba de igual o mayor mérito demostrativo que desvirtúe su dicho**, por lo que la tacha no estaba llamada a prosperar.

4.6.5. En cuanto a los testimonios solicitados por la parte demandante, se recibieron las declaraciones de LILIANA MÉNDEZ GONZÁLEZ (arquitecta paisajista, tecnóloga de arquitectura) y RICARDO IRAGORRI VELASCO (arquitecto especialista en ingeniería de la construcción), quienes se desempeñaron en GRACOL como “residentes de obra” – el último aún vinculado laboralmente con esa sociedad-, **reconocieron expresamente que NO cuentan con capacitación profesional ni experiencia en mecánica de montacoches**, - es más, el testigo RICARDO IRRAGORRI manifestó que no recordaba ningún proyecto desarrollado por GRACOL en el que se hubieran implementado equipos de esa clase-; por consiguiente, aun cuando ambos deponentes relatan supuestos desperfectos en el “diseño”, “estética” y “funcionamiento” del equipo, su percepción carente de conocimientos especializados en el tema no conduce al pleno convencimiento de la instalación de un equipo defectuoso.

A ello se suma, que ante la ausencia de un soporte documental que contenga la ficha técnica y/o las características especiales que debía satisfacer el objeto, y la falta de un dictamen pericial o la explicación de un experto en la materia, tampoco es posible concluir objetivamente con esas solas declaraciones, que el elemento no reunía las condiciones convenidas ni los estándares de seguridad mínimamente requeridos.

4.6.6. Como se observa, **mientras la demandada citó a un testigo técnico con experiencia en ensamblaje y operatividad de montacoches, cuya declaración concuerda con la documental adosada por ese extremo procesal, que da fe del buen funcionamiento del equipo instalado; la parte demandante tan solo allegó el oficio del 26 de septiembre de 2018 y las declaraciones de personas carentes de conocimientos en la materia, pruebas que no se consideran suficientes para arribar al convencimiento sobre las presuntas fallas que presentaba el montacoches, de tal entidad que tornaran el producto defectuoso y que no correspondía con el objeto contratado.**

5. Así las cosas, como GRACOL no atendió la carga probatoria que le asistía en este juicio (art. 167 C.G.P.), por cuanto omitió aportar una prueba objetiva de carácter técnico o científico que orientara al funcionario sobre las calidades o condiciones del equipo contratado y del que fue finalmente instalado, se responde negativamente el primer problema jurídico propuesto, señalando, que **la demandante inicial no logró acreditar la satisfacción de los**

presupuestos para el éxito de la acción resolutoria, concretamente el incumplimiento de la prestación contractual endilgado a la demandada.

Adviértase, que como la demandante inicial reconoció que con posterioridad a la instalación del equipo – que como ya se dijo, a falta de prueba suficiente en contrario, se entiende que se realizó correctamente-, no cumplió con su obligación de suscribir el acta de entrega, y no canceló el saldo adeudado a la contratista, desatendiendo con ello sus compromisos contractuales, no existe fundamento fáctico y jurídico para declarar probada en este caso la excepción de “*contrato no cumplido y/o “nom adimpleti contractus”*”, en la forma como lo dispuso el *a quo*, pues en principio no hay razones para predicar un incumplimiento de ambos extremos procesales, sino si acaso, de la contratante. No obstante, tratándose de un **apelante único**, que impide a esta Sala incursionar en lo que concierne a los pedimentos de la demanda de reconvención, se revocará únicamente el ordinal segundo de la decisión apelada, para en su lugar, declarar probada oficiosamente la falta de demostración de los presupuestos para la prosperidad de la acción resolutoria incoada por GRACOL, confirmando, en consecuencia, la negativa de las pretensiones de la demanda inicial, y todo lo demás.

Ante el fracaso de la alzada –dado que en esencia se mantiene la negativa de las pretensiones de la demanda inicial- y al tenor de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas de esta instancia a la actora aquí apelante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 16 de abril de 2021 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, dentro del presente proceso, y en su lugar se dispone, declarar probada oficiosamente la “*falta de demostración de los presupuestos para la prosperidad de la acción resolutoria incoada por GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S. – GRACOL*”.

Segundo: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

Tercero: Condenar a la demandante GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA S.A.S. – GRACOL aquí apelante, a pagar las costas de esta instancia en favor de la parte demandada. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 3 SMLMV, la que será incluida en la liquidación correspondiente (arts. 366 del C.G.P. y Acuerdo No. PSAA16-10554).

Cuarto: Una vez ejecutoriado el presente proveído, y en vista de que las diligencias se remitieron a esta Corporación por medio digital, por conducto de Secretaría comuníquese la presente determinación al Despacho de origen, anexando también por dicho medio solamente la actuación correspondiente a la segunda instancia, efectuándose las desanotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado ponente

DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada

MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
Magistrado

AB.