



ALEJANDRO ZÚÑIGA BOLÍVAR
ABOGADOS

HONORABLE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN (C)

Sala de Decisión Civil – Familia – Agrario

Atn. M.P. Dr. Jaime Leonardo Chaparro Peralta.

E.

S.

D.

Asunto: Sustentación del recurso de apelación. DECLARATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO de GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA – GRACOL S.A.S. contra TU VENTANA CALI S.A.S. **Radicado:** 2019 – 00079 – 01.

ALEJANDRO ZÚÑIGA BOLÍVAR mayor de edad, vecino, residente en la ciudad de Popayán, identificado con cédula de ciudadanía 1.061.697.489 expedida en esta misma capital, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional 220.751 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando de conformidad al poder conferido por GRANDES Y MODERNAS CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA – GRACOL S.A.S., mediante el presente documento me permito hacer la **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el suscrito de manera oral en contra de la sentencia calendada el veintinueve (29) de septiembre de 2020 durante la audiencia de instrucción y juzgamiento, de la siguiente manera:

TÉRMINO PARA SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN

Antes de proceder, cabe mencionar que la presente sustentación del recurso de apelación se hace de manera escrita teniendo en cuenta lo previsto en el **artículo 14 del Decreto 806 de 2020**, el cual, prevé que el o los apelantes sustentaran el recurso de forma escrita y, para ello, cuentan con un término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria del auto que admite el recurso. En ese orden de ideas, habiéndose ejecutoriado el auto que admite el recurso el día quince (15) de enero de 2021, los cinco (5) días para sustentar los reparos concretos vencen el veintidós (22) de enero de 2021. Por lo anterior, **la sustentación se realiza dentro de la oportunidad procesal para ello.**

SINTESIS DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia correspondiente al **artículo 373 del Código General del Proceso** (de ahora en adelante “**C.G.P.**”), el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán profirió sentencia, en primera instancia, dentro del Proceso Declarativo de Resolución de Contrato y, en ella, declaró probada la excepción de no haberse acreditado los elementos que estructuran la responsabilidad civil contractual de la demandada. Por ende, negó las pretensiones





propuestas por el demandante, condenó en costas a mi procurada y ordenó el levantamiento de las medidas cautelares que habían sido practicadas.

En síntesis, el a – quo fue enfático en manifestar que el demandante no acreditó, bajo ninguno de los medios de prueba, que hubiese existido algún tipo de incumplimiento por parte de la demandada. Al respecto, el juzgado señaló que mi procurada dejó de probar los siguientes elementos: “(...) uno, la no aceptación de las obras de TU VENTANA CALI S.A.S. por no cumplir con las especificaciones por parte de GRACOL S.A.S., segundo que se le haya exigido al contratista la reposición o retirada, tercero, que el contratista se negó a hacer esa reposición o retirada y cuarto, que se le notificó al contratista previamente para contratar con terceros”.

Por otro lado, señaló que el término de duración de 45 días, estipulado en ambos contratos, no era claro ya que, al proceso, no se aportó el acta de inicio en virtud del cual se debía computar dicho plazo.

Frente a los testigos, el juez manifestó que no habían logrado dar cuenta del incumplimiento atribuido a la demandada. Y, en este sentido, señaló que, a pesar de haber dado cuenta de la existencia de retrasos, fallas en el producto y de haberse suscrito un informe en el que se le ponían de presente al contratista todos y cada uno de los daños en el producto, no se acreditó: (i) GRACOL hubiere manifestado su no aceptación, (ii) Que GRACOL hubiere exigido al contratista la reposición o retirada del producto y (iii) Que TU VENTANA CALI S.A.S. se hubiere negado a hacer dicha reposición o retirada.

Todo lo anterior, sirvió de base para fundar la negativa a las pretensiones, tal y como se dijo al inicio.

REPAROS CONCRETOS DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL SUSCRITO

Después de notificado el fallo en estrados, el suscrito interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia citada anteriormente. Y, cumpliendo la carga que impone nuestro código adjetivo, presenté varios reparos en concreto que, en esta oportunidad sustentó.

A continuación, sustentaré cada uno de los reparos en concreto sobre los cuales versa el recurso de apelación interpuesto que, en todo caso, sirven como fundamento para solicitar a su corporación la revocatoria de la decisión de primera instancia y, en su lugar, se declare que TU VENTANA CALI S.A.S. incumplió los contratos celebrados con mi prohilijada y, en consecuencia, está obligado a indemnizarla.





PRIMER REPARO EN CONTRETO:

Error de derecho – El despacho aplicó de forma indebida el art 1546 del Código Civil.

El primer reparo y eje central del recurso de apelación, tiene que ver con la indebida aplicación de la norma que prevé la condición resolutoria tácita que va implícita en todos los contratos de carácter bilateral, como el que aquí se debate.

Para sustentar este reparo es necesario poner de presente que, el **artículo 1546 del Código Civil** establece lo siguiente: “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.” (Subrayas y negrilla por fuera del texto original).

Así las cosas, el sentido y alcance de esta norma está determinado por un supuesto de hecho diáfano, el incumplimiento de las obligaciones previstas en un contrato bilateral. Y, por su parte, la consecuencia jurídica es la resolución o el cumplimiento y, en ambos casos, la posibilidad de reclamar la indemnización de perjuicios. Lo anterior, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, ha quedado consignado, así:

“La responsabilidad civil contractual se asienta sobre la existencia y validez de un pacto ajustado entre dos o más sujetos de derecho, **la desatención -total o parcial- de los compromisos adquiridos por uno de ellos o su ejecución defectuosa o tardía**, así como la presencia de un detrimento, y el nexo causal entre tal omisión y su resultado.”¹ (Subrayas y negrilla por fuera del original)

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha previsto que una correcta aplicación de esta norma implica que, quien demanda la resolución del contrato, debe encontrarse “libre de toda culpa”, esto es, no haber incurrido en un incumplimiento jurídicamente relevante durante la ejecución del contrato. Al respecto, vale la pena citar la sentencia SC1209 de 2018 que, a su vez, cita la sentencia CSJ SC del 7 de marzo de 2000 con radicado 5319, así:

“Es preciso entender, entonces, que **no hay lugar a resolución de este linaje en provecho de aquella de las partes que sin motivo también ha incurrido en falta y por lo tanto se encuentra en situación de incumplimiento jurídicamente relevante**, lo que equivale a afirmar que la parte que reclama por esa vía ha de estar por completo limpia de toda culpa, habiendo cumplido rigurosamente con sus obligaciones, al paso que sea la otra quien no haya hecho lo propio, de donde se sigue que “...el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante

¹ C.fr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC5141 – 2020 del 16 de diciembre de 2020. M.P. OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE.





cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción 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.” (Subrayas y negrilla por fuera del original)

En el caso de marras, el juez a – quo consideró que el demandante no se encontraba “libre de toda culpa” ya que, a su criterio, había incurrido en un incumplimiento jurídicamente relevante al no cumplir con el **parágrafo tercero de la cláusula sexta común en ambos contratos**. Sin embargo, pasa por alto que, para aplicar correctamente el **artículo 1546 del Código Civil** requería descartar el incumplimiento jurídicamente relevante a cargo de mi prohijada, lo cual, en este caso no ocurre, toda vez que, en el contrato de obra, **la responsabilidad sobre las obras no es una obligación a cargo de mi prohijada, sino que, por el contrario, es una obligación del contratista.**

En ese orden de idea, el juez a – quo no podía soslayar la aplicación del **artículo 1546 del Código Civil** ya que, en este caso, está plenamente acreditado el supuesto de hecho, estos es, un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y, en todo caso, tal situación en cabeza de mi procurada.

SEGUNDO REPARO EN CONTRETO:

Error de derecho – El a – quo aplicó de manera indebida los artículos 1592 al 1601 del Código Civil.

El a – quo atribuye como uno de los cimientos de su decisión el que no está acreditada la cuantía del daño, sin embargo, lo que pretenden las disposiciones alusivas a la cláusula penal es, justamente, realizar una tasación anticipada de los perjuicios. Ahora bien, una correcta aplicación de la norma prevé que, existiendo un daño, su tasación debe ceñirse a lo previsto en la cláusula penal. Pero, en ningún caso, es necesario que mi procurada acredite la tasación del perjuicio, sino su existencia.

Así las cosas, en el presente asunto se acreditó el incumplimiento por parte del demandado y, además, que dicho incumplimiento generó un detrimento consistente en las reparaciones que debieron acometerse para ajustar el producto a las condiciones de calidad y funcionalidad que se esperaba.

En ese orden de ideas, acreditada la existencia del daño, ese solo hecho daría lugar para que se haga efectiva la cláusula penal estipulada en ambos contratos, pues precisamente de eso se trata dicha figura, de tasar anticipadamente los perjuicios ante un eventual





incumplimiento por una de las partes, sin necesidad de haber quedado probado el daño, a diferencia de otro tipo de perjuicios en los que si debe acreditarse dicho daño.

TERCER REPARO EN CONCRETO:

Error de derecho – El a – quo aplicó de forma indebida el artículo 1602 del Código Civil.

En este proceso no se cuestiona que, conforme a lo previsto en el **artículo 1602 del Código Civil** el contrato sea ley para las partes. Lo que se censura es que, al amparo de esta disposición, el juez a – quo pretenda endilgar una obligación jurídicamente relevante a cargo de mi procurada a partir de una cláusula destinada a regular la “**RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA RESPECTO DE LAS OBRAS**”. Dicho párrafo, contiene obligaciones para el contratista, así:

salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a que haya lugar, **responsabilidad y a cargo del CONTRATISTA. 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 **EL CONTRATISTA.** PARAGRAFO CUARTO - **EL CONTRATISTA** es responsable de su

En ese orden de ideas, la norma en cita no habilita al juez para que desconozca que las partes han regulado el régimen de sus obligaciones y, en el caso del **parágrafo tercero de la cláusula sexta común en ambos contratos,** las partes acordaron que las obligaciones allí consignadas estaban a cargo del contratista y **no del contratante.**

Por ende, si a alguien se puede reprochar el incumplimiento de lo allí previsto es al contratista y no al contratante, tal y como se pretende en este proceso y se probó en la instancia. A saber:

En primer lugar, existe la confesión del representante legal de la demandada, la cual, se obtuvo a través del interrogatorio a instancia de parte. En segundo lugar, existe una prueba documental denominada “*Informe detallado avance del Contrato No. 017 y 032 suscrito entre Tu Ventana Cali S.A.S. y GRACOL S.A.S.*” y, en tercer lugar, se recibieron los testimonios solicitados por el suscrito. De todas estas pruebas se puede evidenciar que, efectivamente, hubo un incumplimiento del contrato. Y, en gracia de discusión, habría cumplido con “*las obligaciones*” contenidas en el **parágrafo tercero de la cláusula sexta común en ambos contratos.**





En cualquier caso, al juez *a – quo* no le era dable acudir al **artículo 1602 del Código Civil** para desnaturalizar el sentido y el alcance del contrato, esto es, atribuir una obligación a mi procurada cuando, en su lugar, las partes fueron claras en establecer que la responsabilidad de la obra es, sin duda alguna, una obligación del contratista.

Por todo lo anterior, el juez *a - quo* debió aplicar la cláusula de incumplimiento contenida en ambos contratos para reprochar la conducta del contratista y no invocar una norma para desnaturalizar el sentido y el alcance de las obligaciones pactadas en el contrato.

CUARTO REPARO EN CONCRETO:

Error de derecho – *El a – quo aplicó de manera indebida el artículo 1603 del Código Civil.*

Lo anterior, en el entendido que el juzgado sostuvo que no hay certeza del momento desde el cual se inició el término para el desarrollo de los contratos. Pues bien, en el **artículo 1603 del Código Civil**, está previsto justamente que los contratos deben imputarse y ejecutarse de buena fe y que no solo obligan a lo que está expresamente implícito en él, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación y, en este caso, el comportamiento de las partes y el desarrollo de las circunstancias en las que se dio el acuerdo contractual, daban lugar a que este artículo fuera aplicado en favor de GRACOL S.A.S., para dar cuenta de que, como se reconoció durante los dos interrogatorios de parte, el término de ejecución de ambos contratos debió haber empezado a contarse desde el momento en que se hizo el pago de los anticipos.

QUINTO REPARO EN CONCRETO:

Error de derecho – *Hay un error de derecho por aplicación indebida sobre la norma que prevé la excepción de contrato no cumplido, en el entendido en que el juzgado considera que en este caso se encuentran reunidos los presupuestos para su aplicación a pesar de que ello no está.*

La Sentencia del 20 de abril de 2018 radicada bajo el consecutivo SC1209-2018 de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil que, a su tenor literal, prevé:

*“(...) 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 honrada² (Subrayas y negrilla por fuera del texto original).

Por ende, la obligación concerniente al pago de los avances del correcto y completo suministro del material contratado de GRACOL S.A.S., carece de exigibilidad por parte del demandado, pues cronológicamente fue él quien incumplió primero la obligación que daba sentido al negocio celebrado, específicamente el suministro del material de puertas y ventanería.

Para ahondar más en el tema, la H. Corte Suprema de Justicia (de ahora en adelante "La Corte"), desde hace bastantes años viene sosteniendo las tesis de las ocasiones en las cuales la excepción inmersa en el **artículo 1609 del Código Civil**, no puede ser aplicada. La Corte dice lo siguiente:

" (...)El aspecto unilateral de la mora, en lo que atañe a la resolución del contrato, no ofrece dificultades. Las ofrece el bilateral que plantea el artículo 1609, cuya correcta inteligencia es preciso fijar.

Según esta disposición, "En los contratos 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 tiempos debidos.".
Varias hipótesis pueden presentarse:

(...)

SEGUNDA.- El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, PORQUE el demandado, que debía cumplir antes que él, no cumplió su obligación en el momento y la forma debidos, ni se allanó a hacerlo, en tal caso tampoco cabe proponer la excepción, pues de lo contrario fracasaría la acción resolutoria propuesta por quien, debido al incumplimiento previo de la otra parte, aspira legítimamente a quedar desobligado y a obtener indemnización de perjuicios."³
(Solo negrilla por fuera del texto original)

Teniendo en cuenta la anterior hipótesis de La Corte, en el presente caso sucede exactamente lo mismo. Veamos, la obligación que incumplió el demandado y la cual es objeto de las pretensiones de la demanda, fue **anterior** a la que alega la parte demandada como uno de los fundamentos de la contestación de la demanda.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. (20 de abril de 2018). Sentencia SC1209-2018. [M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo]

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. (29 de noviembre de 1978). Sentencia SC de 29 de noviembre de 1978. En igual sentido la SC de 4 sep. 2000 rad. No. 5420, SC4420 de 2014, rad. No. 2006-00138, SC6906 de 2014, rad. No. 2001-00307-01, entre otras.





SEXTO REPARO EN CONCRETO:

Error de hecho - No haber dado por probado, estándolo, que están dados los presupuestos sustanciales para la declaración del incumplimiento del contrato a cargo de TU VENTANA CALI S.A.S.

En particular, porque en las declaraciones que se rindieron en este despacho ha quedado absolutamente claro que desde el mismo momento en que se inició la ejecución de estos dos contratos, la sociedad demandada no cumplió con la primera de las obligaciones que era el suministro y la elaboración de la ventanería en los términos y condiciones que habían sido pactados en los contratos. Incluso, **hay una confesión** de la parte demandada en el entendido de que ellos reconocen que finalmente hubo esos retrasos y hubo ese incumplimiento.

Dicha confesión, quedó materializada de la siguiente manera, en palabras del representante legal de TU VENTANA CALI S.A.S., el señor Eliecer Castillo Parra en la audiencia de Instrucción y juzgamiento del veintinueve (29) de septiembre de 2020 durante el interrogatorio de parte, así:

“(...)

Hubo detalles que quedaron pendientes, que es lo que ellos alegan, detalles en las ventanas, por ejemplo, no se le colocó recibidor a una ventana porque no se había terminado todavía de instalar bien, o de pronto algún rodamiento bajito o el rodamiento de daño, pero son detallitos.

*En ese momento como ya se las había adelantado bastante la obra, estábamos reclamando que nos hicieran un abono, porque cuando empieza a llevar mercancía, hace firmar facturas por avance de obra. Entonces ellos hasta ese momento no nos habían abonado absolutamente nada, solamente la parte inicial y toda la mercancía estaba allá. **Por eso fue que paramos, porque si nos estaban debiendo ese poco de plata, más de 90 millones e íbamos a terminar una obra que no nos iban a pagar, entonces estábamos pidiendo un abono.***

Pues bien, ¿cómo es posible que no se imponga esa condena, si está reconocido el incumplimiento y no está acreditada una causal liberatoria de la responsabilidad por parte del demandado? Además, aparte de ser esta confesión el medio de prueba más esclarecedor, no es el único, pues a pesar de que no fueron valorados bajo ninguna circunstancia ninguno de los testimonios de los testigos, todos concuerdan en las versiones con referencia a los atrasos y fallas en el material entregado, sustentándose no solo en la prueba documental del 5 de febrero de 2019 en donde quedaron estipulados todos los problemas que presentaba el producto entregado por la demandada, sino también en la bitácora de obra en la que el residente de obra consignaba a diario las novedades y en la





que se encuentran consignados varios de los retrasos en la entrega por parte de Tu Ventana Cali S.A.S., documento que el testigo Ricardo Irigorri ofreció aportar al expediente pero que fue negado por el a – quo.

SÉPTIMO REPARO EN CONCRETO:

Error de hecho – Desconocimiento de la existencia de requerimientos hechos por GRACOL S.A.S. a TU VENTANA CALI S.A.S.

En gracia de discusión, si aceptáramos que el parágrafo tercero de la cláusula sexta impone obligaciones que condicionan la actividad o el cumplimiento del contrato a cargo de mi prohijada, hay que tener claro que, en los contratos de suministro, las obligaciones esenciales a cargo del contratante se circunscriben al pago del suministro, pues todas las demás obligaciones son obligaciones accidentales que en nada enervan, ni podrían enervar, ni constituyen incumplimientos jurídicamente relevantes del contrato.

En ese orden de ideas, el único incumplimiento jurídicamente relevante para la ejecución del contrato sería desconocer el pago y, en este caso, está probado que mi procurada pagó lo que le correspondía, esto es el anticipo. Ahora bien, **fueron las deficiencias en la entrega del material y la instalación las que legitimaron a mi procurada para que, en ese momento se dejaran de hacer pagos adicionales ya que, para ese entonces, el contratista se encontraba en mora de cumplir con sus obligaciones.**

Entonces, pretender liberar a la entidad demanda de su responsabilidad contractual por una cláusula que obliga al contratista y no al contratante, constituye un grave error. Es más, pretender que el requerimiento previsto en el **parágrafo tercero de la cláusula sexta común** sea un hecho jurídicamente relevante, es un error.

De todas formas, si en gracia de discusión, el requerimiento fuera un hecho jurídicamente relevante a cargo de mi procurada, no cabe duda que existe prueba que acredita el cumplimiento de dicho requerimiento. Esto es, que mi procurada elaboró y comunicó el informe del 5 de febrero de 2019. Ahora bien, que mi procurada no señalara que ese documento era un requerimiento, no obsta para que, de su contenido, se extraiga, sin lugar a duda, que lo es.

Y es tan cierto que existe que la parte contraria lo reconoció mediante una confesión a instancia de parte. A la pregunta del juez de si existieron, o no, dichos requerimientos, el señor Castillo contestó así: “Si, **nos hacían requerimientos cuando llamábamos a cobrar**, nos decían que no nos pagaban **hasta que no termináramos**”.





ALEJANDRO ZÚÑIGA BOLÍVAR
ABOGADOS

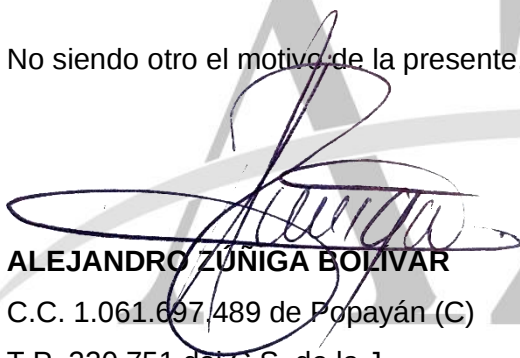
Incluso los testigos dieron cuenta de las múltiples y constantes conversaciones y todas hicieron alusión a la existencia de ese documento, que es el eje central del requerimiento a la parte demandada.

En ese orden de ideas, en gracia de discusión, está acreditado que mi procurada, con la debida diligencia, hizo los requerimientos ante la sociedad demandada y fueron ellos los que se negaron a cumplir con sus obligaciones, lo cual, sea dicho de paso, demuestra el incumplimiento del contrato.

PETICIÓN

Ruego a su Despacho que **REVOQUE** la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declare probado el incumplimiento del contrato, ordenando la indemnización de perjuicios reclamada por mi procurada en los términos de la demanda.

No siendo otro el motivo de la presente,



ALEJANDRO ZÚÑIGA BOLÍVAR

C.C. 1.061.697.489 de Popayán (C)

T.P. 220.751 del C.S. de la J.



8331139 - 3117319405



zunigabolivar.alejandro@gmail.com