

REPUBLICA DE COLOMBIA
 TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
 SALA CIVIL FAMILIA
 NOTIFICACION POR ESTADOS

Art .295 C.G.P



Nro .de Estado 160

Fecha 04/10/2023
 Estado:

Página: 1

Nro Expediente	Clase de Proceso	Demandante	Demandado	Observacion de Actuación	Fecha Auto	Cuad	FOLIO	Magistrado
05000221300020230010800	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION	FLORAYDA ZAPATA TAMAYO	EVERARDO MADRIGAL ZAPATA	Auto rechaza demanda RECHAZA RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN. (Notificado por estados electrónicos de 04-10-2023, ver enlace https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia)	03/10/2023			CLAUDIA BERMUDEZ CARVAJAL
05034311200120170009001	Verbal	RICARDO ANTONIO HERRERA GANEM	FONADE	Sentencia confirmada CONFIRMA SENTENCIA. COSTAS A CARGO DE LA PARTE DEMANDANTE EN ESTA INSTANCIA. (Notificado por estados electrónicos de 04-10-2023, ver enlace https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia)	03/10/2023			WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA
05045318400120220060001	Ordinario	GIOVANY PUERTAS SALA	MAYRA LUZ SANCHEZ AMAYA	Auto confirmado CONFIRMA AUTO APELADO. SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA. (Notificado por estados electrónicos de 04-10-2023, ver enlace https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia)	03/10/2023			OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA
05101311300120180010901	Verbal	SANTIGO DE JESUS AGUDELO SOLIS	RICARDO PUERTA PUERTA	Auto resuelve recurso de suplica RECHAZA POR IMPROCEDENTE RECURSO DE SÚPLICA. (Notificado por estados electrónicos de 04-10-2023, ver enlace https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia)	03/10/2023			WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA
05209318900120200005401	Verbal	MARIA ELENA HENAO GIRALDO	GABRIEL JAIME PALACIO ESCOBAR	Auto pone en conocimiento NO ACCEDE A SOLICITUD DE ACLARACIÓN DE SENTENCIA. (Notificado por estados electrónicos de 04-10-2023, ver enlace https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia)	03/10/2023			CLAUDIA BERMUDEZ CARVAJAL

SE FIJA EL PRESENTE ESTADO POR EL TERMINO LEGAL DE UN DIA A LAS 8 A.M. Y SE DESFIJA EN LA MISMA FECHA A LAS 5:00 P.M.

Nro Expediente	Clase de Proceso	Demandante	Demandado	Observacion de Actuación	Fecha Auto	Cuad	FOLIO	Magistrado
05579310300120230001801	Verbal	BRAYAN DAVID WILCHES CADENA	MARIA CENETH MARTINEZ ROJAS	Auto confirmado CONFIRMA AUTO APELADO. SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA. (Notificado por estados electrónicos de 04-10-2023, ver enlace https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia)	03/10/2023			OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA
05736318400120220018901	ASUNTOS VARIOS	DELIO FERNEY LOPEZ LONDOÑO	DEIKSY KIMBERLY GIRALDO GALLEGO	Auto resuelve recurso de queja DECLARA BIEN DENEGADO RECURSO DE APELACIÓN. SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA. (Notificado por estados electrónicos de 04-10-2023, ver enlace https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia)	03/10/2023			WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA



EDWIN GALVIS OROZCO

SECRETARIO (A)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Medellín, tres de octubre de dos mil veintitrés

**AUTO INTERLOCUTORIO N° 293 DE 2023
RADICADO 05-209-31-89-001-2020-00054-01**

Procede esta Sala de Decisión a pronunciarse sobre la solicitud de ACLARACIÓN elevada por el apoderado de los codemandados, Gabriel Jaime Palacio Escobar y Jorge Alberto Restrepo Agudelo en escrito fechado 27 de septiembre del año en curso, sustentada en el artículo 285 del CGP, en la cual peticiona *"se aclare la sentencia en lo que respecta a la afectación del amparo básico y sea tenida en cuenta la cobertura en exceso como se observa en la póliza número 3036629 suscrita por mi representado el señor JORGE ALBERTO RESTREPO AGUDELO con la compañía La previsora S.A y vigente para el día de los hechos"*.

Para fundamentar el pedimento, el vocero judicial refiere que en la sentencia de segunda instancia, respecto al valor asegurado, se señala que según la caratula de la póliza, cubre el monto de cien millones de pesos (\$100'000.000) por muerte a una (1) persona; sin embargo, la cobertura supera los cien millones de pesos, teniendo en cuenta el amparo en exceso que está en la misma póliza, es decir que la cobertura por amparo básico es de cien millones de pesos (\$100'000.000) y que el amparo en exceso es de mil millones de pesos (\$1.000'000.000), como se indicó en el llamamiento en garantía y como se observa en la respectiva póliza, dado que se contrató la cobertura de AUTOMOVILES- R.C.E. EN EXCESO.

Así las cosas, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El artículo 285 del CGP, en el cual funda su petición el togado que representa los intereses del señor Amaya Muñoz, establece que *"[l]a sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella. - En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia. - La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite*

recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración”.

Revisada la providencia datada 21 de septiembre de 2023, esta Corporación encuentra que se trata de una sentencia clara y coherente tanto en sus motivaciones, como en la parte resolutive, sin que la misma sea contentiva de conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, situación que torna improcedente el *petitum* del togado, con apoyo en el artículo 285 del CGP.

En efecto, obsérvese que la aclaración deprecada por el memorialista no influye en la parte resolutive de la providencia en cuestión la cual confirmó la decisión del juzgado de primer grado en lo que respecta a la prosperidad del llamamiento en garantía y la obligación impuesta a la aseguradora La Previsora S.A. de efectuar el pago de la indemnización decretada en favor de los demandantes, **de conformidad con los montos estipulados en la póliza número 3036629.**

Ahora bien, aunque en la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia se aludió al amparo básico contenido en la póliza de seguro por el monto de cien millones de pesos (\$100'000.000) por muerte a una (1) persona, claramente ello no excluye el amparo en exceso que conforme al contrato de seguro (numeral 3.2 del clausulado - pág.71, archivo 16) y a la misma póliza reseñada (numeral 13, pág. 62) debe cubrir la aseguradora demandada, tal y como se extracta a continuación:

3.2 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN EXCESO

PREVISORA cubre la responsabilidad civil extracontractual en exceso que de acuerdo con la ley incurra el asegurado nombrado en la carátula de la póliza o en sus anexos, siempre y cuando se haya contratado el amparo básico definido como responsabilidad civil extracontractual.

Opera bajo el límite único contratado en la carátula de la póliza y le aplican las condiciones y exclusiones del amparo de responsabilidad civil extracontractual.

En todo caso, el tópico ventilado en la solicitud de aclaración, no fue objeto de censura por la aseguradora recurrente, ni mucho menos por el extremo litigioso que ahora solicita aclaración, no obstante, lo cual, en el fallo de segunda instancia fue precisado que la aseguradora era responsable del pago en los términos convenidos, sin que la aseguradora hubiese alegado o demostrado exclusión concreta alguna, por lo que, diáfananamente asegura tanto el amparo básico, como el pactado en exceso.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA CIVIL - FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Código de verificación: **6733a100c01a340f3e672a6045df2e299982d7e3a4d4428d52a7edd06308e5c3**

Documento generado en 03/10/2023 11:44:22 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL - FAMILIA
MAGISTRADO OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA

Referencia: **DECLARACION Y DISOLUCION DE UNIÓN
MARITAL DE HECHO**

Demandante: **GIOVANNY PUERTAS SALAS**

Demandado: **MAYRA LUZ SÁNCHEZ ANAYA**

Asunto: **CONFIRMA AUTO APELADO**

Radicado: **05045 31 84 001 2022 00600 01**

Sentencia No.: **292**

Medellín, tres (3) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver la apelación del auto proferido el 16 de febrero de 2023, por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA APARTADÓ, mediante el cual niega la nulidad solicitada por la parte demandada, dentro del proceso de Declaración y Disolución de Unión Marital de Hecho, instaurado por GIOVANNY PUERTAS SALAS, contra de MAYRA LUZ SÁNCHEZ ANAYA

I. ANTECEDENTES

1. El 26 de septiembre de 2022, el señor GIOVANNY PUERTAS SALAS, demandó la Disolución de la Unión Marital de Hecho, con la señora MAYRA LUZ SÁNCHEZ ANAYA, y tal acción fue admitida por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA APARTADÓ, el 11 de octubre de 2022.

2. La actora allegó certificación del trámite de notificación personal del auto admisorio de la demanda a la parte demandada, que acredita que el 18 de octubre de 2022 le fue enviada al correo electrónico maiasanz@hotmail.com, por la empresa "E-ENTREGA"

3. El 22 de noviembre de 2022, la parte convocada a juicio respondió la demandada, que no fue tenida en cuenta por el juzgado, por haber sido allegada de manera extemporánea, como lo advierte el auto del 23 de enero de 2023, que entre otras cosas, fijó fecha para audiencia inicial.

4. Durante el desarrollo de la audiencia inicial fue celebrada el 13 de febrero de 2023 y dentro de ella, la apoderada de la parte demandada, propuso nulidad, con fundamento en lo establecido en el numeral 6º del artículo 133 del CGP, porque considera que no le fueron concedidos la totalidad de días a los que tenía derecho para contestar la demanda, ello, bajo el entendido que según lo establecido en el artículo 8º de la ley 2213 de 2022, si el envío del correo que contiene la notificación personal fue hecho el 18 de octubre de 2022, el término de traslado no puede comenzar a contabilizarse al día siguiente inmediatamente transcurran los dos días siguientes al envío del mensaje de datos, es decir, el 21 de noviembre, pues ese día se entiende por notificada, sino que debe comenzarse a contar el término a partir del 24 de octubre de 2022, un día después a entenderse por notificada.

II. DEL AUTO APELADO

El 16 de febrero de 2023, el A quo negó la solicitud de nulidad referida, considerando que en virtud de los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional y en especial la sentencia SU – 387 de 2022, en la que precisó que los términos de notificación establecidos en el artículo 8º del decreto 806 de 2020, también han de aplicarse a

las notificaciones de las acciones de tutela...; *"se tiene que la persona esta notificada finalizando el segundo día después de que se obtiene el acuse de recibido, por lo tanto, una vez transcurridos los dos días hábiles siguientes al envío del mensaje, se iniciará el conteo del respectivo término. Como se observa este mismo criterio de la Corte Constitucional, es el aplicado por este Despacho al momento de verificar las notificaciones personales y el término de traslado, lo cual es una interpretación basado en la lógica y las reglas de la experiencia."*

III. LA APELACION

Inconforme con la decisión, la parte demandada interpone recurso de apelación, manifestando que:

"Concretamente, el inciso 3ro. del artículo 8 del Decreto 806 de 2020 dispone lo siguiente:

El inciso 3 del artículo 8 de la ley 2213 de 2022 dice:

"[...] La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje [...]"

Lo que indica que Los dos días que indica la norma deben transcurrir completos y por lógica el día en que se sen entiende surtida la notificación será el tercero.

Ahora bien, La norma literalmente dice lo siguiente:

"La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del

mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación”.

Para el caso en concreto se tiene que, el envío del mensaje de datos se llevo a cabo el día 18 de octubre de 2022, los términos deben empezar a contabilizarse luego de que transcurran los dos días siguientes (19 y 20 de octubre), por lógica el día en que se entiende realizada la notificación personal electrónica es el día 21 octubre de 2022 y por lo tanto la cuenta de los términos del traslado debió iniciar el día 24 de octubre y hasta el 22 de noviembre de 2022.”

Sustenta, su tesis la impugnante, en el auto proferido por el Dr. Marco Antonio Álvarez, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil, mediante auto del 20 de noviembre de 2020. Afirma la apelante que, con la interpretación errónea del inciso 3° del artículo 8 de la ley 2213 y tenerse por no contestada la demanda, se le han vulnerado sus derechos al debido proceso y de defensa. En razón de lo anterior solicita, la revocatoria del auto interlocutorio de fecha 16 de febrero de 2023, a través del cual, el A quo decidió NEGAR la solicitud de nulidad, presentada dentro del proceso de la referencia.

IV. CONSIDERACIONES

1.- El artículo 29 de la Carta Política que consagra el debido proceso, se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y el derecho de defensa rodea a las partes de una serie de garantías constitucionales, especialmente encaminadas a asegurar su intervención durante todo proceso, de manera que puedan conocer la pretensión que contra ellos se formula, o las respuestas que busquen enervar las súplicas, probar en contra, controvertir las evidencias y

fundamentos fácticos y en síntesis, a accionar y defenderse, a ser oídos y vencidos en juicio, al término del cual puedan eventualmente resultar afectados sus derechos o intereses.

Las notificaciones, citaciones o emplazamientos, de conformidad con lo dispuesto por la ley, deben ser ejecutadas de manera que sirvan a su finalidad, que no es otra que la de permitir al destinatario de la queja, acción o demanda, poder disponer lo necesario para la defensa de sus derechos e intereses cuestionados.

Los actos de comunicación procesal, entre ellos las notificaciones, son manifestaciones concretas del principio de publicidad que orienta el sistema procesal, en virtud del cual las decisiones del juez o del servidor público que ejerce funciones administrativas o judiciales deben ser comunicadas a las partes y conocidas por éstas, de modo que puedan defender sus derechos e intereses, mediante la utilización oportuna de los mecanismos y recursos legales correspondientes.

La plena efectividad de los derechos de defensa y de contradicción consagrados en el artículo 29 de la Constitución exige que las partes o personas legitimadas para intervenir en el proceso tengan conocimiento de las resoluciones proferidas por el órgano respectivo, lo que sólo puede acontecer, en principio, mediante su notificación.

En este sentido, la forma cómo se lleven a cabo las notificaciones a las partes o a los interesados no es constitucionalmente irrelevante. El legislador dispone para cada proceso y actuación las formas de notificación: personal, por aviso, por emplazamiento, en estrados, por estado, por conducta concluyente, entre otras, todas ellas encaminadas a poner en conocimiento de las partes las providencias que las vinculan.

En concordancia y procurando la adaptación a la emergencia sanitaria en Colombia, el gobierno nacional, mediante el decreto 806 del 2020 (ahora Ley 2313 del 2022), adoptó medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

El Consejo Superior de la Judicatura, en distintos acuerdos ha adoptado diferentes medidas que pretenden privilegiar la utilización de medios virtuales para la prestación del servicio de justicia, como: Que en la recepción, gestión, trámite, decisión y de las actuaciones judiciales y administrativas, si corresponde, se privilegiará el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, de preferencia institucionales, en reciprocidad con lo previsto en el artículo 3 del Decreto 491 de 2020.

De conformidad con tales reglas los jueces utilizarán preferencialmente los medios tecnológicos para todas las actuaciones, comunicaciones, notificaciones, audiencias y diligencias, y permitirán a las partes, abogados, terceros e intervinientes actuar en los procesos mediante los medios tecnológicos disponibles, evitando exigir y cumplir formalidades físicas innecesarias, por lo que resulta necesario tomar medidas que permitan seguir reanudando los términos procesales, así como la posibilidad de acudir a la administración de justicia y garantizar la continuidad, no sólo del servicio público de justicia, sino además la reactivación de la actividad de defensa jurídica adelantada por los abogados y de todos aquellos que dependen de ella.

De lo anterior, fluye en primera medida, la necesidad de implementar procedimientos que sigan permitiendo la reanudación de la prestación del servicio esencial de la justicia y evitar la propagación de los graves efectos sociales.

2.- La causal de nulidad prevista en el numeral 6º del artículo 133 del Código General del Proceso establece, que el proceso es nulo en todo o parte cuando: *"6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado."*

3.- Estudiada la actuación, es claro que la parte demandada, ruega la nulidad de lo actuado por considerar que no le fueron concedidos la totalidad de los días para presentar su contestación de la demanda, lo que condujo a que se tuviera por no contestada, por extemporánea, según ella, por una interpretación errada del inciso 3º del artículo 8º de la Ley 2213.

Encuentra este despacho que, conforme a los acontecimientos procesales de esta actuación, es evidente que la decisión del A quo de entender como no contestada la demanda por extemporánea, fue proferida conforme a derecho, pues nótese que el auto admisorio de la demanda fue enviado a la parte demandada el 18 de octubre de 2022 (PDF 08 Pagina 3 del expediente digital), sin embargo, según el inciso 3º del artículo 8 de la Ley 2213 de 2022 el cual establece: **"La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a contarse cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje."**, es decir, en este caso, el 20 de octubre siguiente, lo que innegablemente conduce a que los términos para presentar la contestación de la demanda, comenzaron a correr al día siguiente de la efectividad de la notificación, por lo que, en el presente caso, indiscutiblemente el lapso de tiempo para presentar la contestación de la demanda, debió comenzar a contarse a partir del 21 de octubre de 2022, como bien lo hizo el A quo.

Así las cosas y teniendo en cuenta que la contestación de la demanda fue presentada el 22 de noviembre de 2022 (PDF 09 del expediente digital), es indudable que la misma fue presentada extemporáneamente, por vencimiento del término legalmente concedido para tal fin.

Para solventar la posición que acaba de exponerse, existen varios pronunciamientos jurisprudenciales provenientes de la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y del h. Consejo de Estado, que si bien no abordan de fondo el asunto, admiten que el conteo de los términos debe efectuarse de la forma en que lo hizo el Juez, en posición que avala este despacho ponente y no con el criterio, que en su decisión acoge el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, Marco Antonio Álvarez, como sustanciador, que así lo ratifican, entre otros:

En sentencia STC1315-2022 del 10 de febrero de 2022 señaló *"...encuentra esta Sala que contrario a lo entendido por a quo constitucional, lo resuelto por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá en la determinación previamente citada, ciertamente ostenta un defecto que constituye causal de procedencia del amparo, dado que erró en el conteo del término para presentar la impugnación, conforme lo previsto por el legislador en el artículo 8º del Decreto 806 de 2020 sobre notificaciones judiciales a través de medios electrónicos, el cual prevé que «las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación (...) la notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación», tal y como pasa a verse:*

7.1. Los artículos 16 y 31 del Decreto 2591 de 1991 establecen, en su orden, que en el trámite de la acción de tutela «las providencias que se dicten se notificaran a las partes o intervinientes, por el medio que el juez considere más expedito o eficaz», y que «el fallo se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento, a más tardar al día siguiente de haber sido proferido»; entonces, de optarse por enterar el fallo de tutela a través del uso de los medios digitales de información (como aquí sucedió), corresponde aplicar lo que al respecto regula el inciso tercero del artículo 8º del Decreto 806 de 2020: «La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación».

7.2. Ello, sin que lo indicado al inicio de la citada norma, respecto a que aplica para las notificaciones que «deban hacerse personalmente», pueda tenerse como un motivo para excluir las notificaciones de tutela, no solo porque el texto legal no está restringiendo su aplicación a ese único evento, valga señalar, las notificaciones que deban hacerse personalmente, sino más importante aún, porque se excluiría al mecanismo constitucional para la protección de los derechos fundamentales de una garantía adicional para los derechos de defensa y contradicción, socapa de una restrictiva interpretación normativa.

7.3. Bajo ese panorama, al haberse enviado el mensaje de correo electrónico para notificar la sentencia de tutela el miércoles 10 de noviembre de 2021, en aplicación a lo establecido en el artículo 8º de la comentada normativa, la notificación se entiende surtida dos (2) días después, es decir, transcurridos los días jueves 11 y viernes 12, por lo que el término para impugnar transcurrió los días martes 16,

miércoles 17 y jueves 18 de noviembre, siendo en consecuencia, oportuna la réplica presentada por la sociedad accionante el 17 de noviembre, en razón a que si bien el escrito fue enviado por la recurrente, aquí también tutelante a las 9.00 p. m. del día 16, debe entenderse que se recibió a primera hora del día siguiente, cuando todavía se encontraba corriendo el término para tal efecto, conforme a lo previsto en el último inciso del artículo 109 del Código General del Proceso que señala: «Los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término».”(cursiva y resalto intencional)

Además, en sentencia STC5368-2022 del 4 de mayo de 2022 expuso: “...Entonces, al haberse enviado el mensaje de correo electrónico para notificar la sentencia de tutela el jueves 30 de septiembre de 2021, de conformidad con lo establecido en el artículo 8º del Decreto 806 de 2020, la notificación se entiende surtida dos (2) días después, es decir, transcurridos los días viernes 1º y lunes 4 de octubre, por lo que el término para impugnar transcurrió los días martes 5, miércoles 6 y jueves 7 de octubre; luego, como la actora presentó su escrito de impugnación el 5 de octubre a las 05:11 pm, es decir por fuera del horario laboral, se entiende que la misma fuera dicada el día hábil siguiente, es decir, el 6 de octubre, data en la cual no había fenecido el término para promover la alzada.”

Y más recientemente, en sentencia STC16733-2022 del 14 de diciembre de 2022 indicó: “...3.7. En síntesis, tratándose de notificación personal por medios electrónicos, es el demandante quien, en principio, elije los canales digitales para los fines del proceso. En tal

sentido debe colmar las exigencias que el legislador le hizo con el propósito de demostrar la idoneidad de la vía de comunicación escogida. Por su parte, el Juez tiene la posibilidad de verificar esa información con el fin de agilizar eficazmente el trámite de notificación y el impulso del proceso.

El enteramiento se entiende surtido dos días hábiles siguientes al envío del mensaje al canal seleccionado y, por regla general, allí empieza a contar el término de contestación o traslado, salvo que el mismo demandante o el juez se percaten de que el mensaje no fue enviado con éxito, o cuando la persona que se considere afectada solicite la nulidad de lo actuado y, en ese trámite, sobre la cuerda de la nulidad procesal proponga el debate probatorio en torno a la efectiva recepción del mensaje.”(cursiva y resalto intencional)

En las condiciones descritas, y teniendo en cuenta del trasegar procesal se infiere que en efecto la contestación de la demanda fue presentada de manera extemporánea, por ello, lo dispuesto por el A-quo, decisión sometida a control de legalidad, vía apelación, se advierte conforme a derecho, y necesario resulta confirmar la decisión proferida en el auto atacado vía apelación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, en Sala Unitaria de Decisión Civil – Familia.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia, porque no se causaron.

TERCERO: Por secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA

Magistrado

Firmado Por:
Oscar Hernando Castro Rivera
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **192ab303b3064208eea294c2c906958d3ddf0a5ea07aed7037a0570b102d43a3**

Documento generado en 03/10/2023 11:42:01 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



**REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Medellín, tres de octubre de dos mil veintitrés

AUTO INTERLOCUTORIO N° 295

RADICADO N° 05-000-22-13-000-2023-00108-00

Correspondió por reparto, a este despacho la demanda contentiva del RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION promovido por los señores FLORAYDA ZAPATA TAMAYO, MARIA RUBIELA ZAPATA TAMAYO, LUZ IRENE ZAPATA TAMAYO, AMALTINA ZAPATA TAMAYO, MARIA INES ZAPATA TAMAYO y BLANCA NURY ZAPATA TAMAYO frente a la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2015 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Jericó, en el proceso de pertenencia instaurado por EVERARDO ANTONIO MADRIGAL ZAPATA contra los señores RAMON EDUARDO ZAPATA HOYOS, MARIA INES CARDONA ZAPATA y MIGUEL ANGEL VELASQUEZ RESTREPO.

Mediante auto del 3 de septiembre de 2023, el recurso fue inadmitido con el fin que dentro del término de cinco (5) días, so pena de rechazo, se subsanara en los aspectos a los que se contrae dicha decisión.

Ahora bien, el auto inadmisorio del recurso fue notificado mediante estados Nro. 152 del 22 de septiembre de 2023, razón por la cual, el extremo activo contaba hasta el día 29 de septiembre de 2023, inclusive, para allegar los requisitos exigidos; no obstante, guardó silencio dando lugar al fenecimiento del término legalmente concedido para adecuar la demanda del recurso extraordinario de revisión a derecho.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala Unitaria procede a realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

La demanda es el acto introductorio de la demandante presentada ante una autoridad judicial competente, allí se identifican las partes del proceso, se

describen los hechos que la sustentan, los fundamentos de derecho relacionados a la causa petendi y se enuncian las pretensiones¹.

De tal guisa, es claro que la demanda es el acto mediante el cual se da comienzo al proceso en relación con la cual se debe reunir ciertos requisitos generales consagrados en el art. 82 CGP y otros específicos, propios de determinados asuntos, respecto a la que nuestro ordenamiento procesal civil establece la manera de realizarla o ejercerla y es así que cuando el libelo demandatorio no cumple con los requisitos es posible que el órgano jurisdiccional proceda, ora, a su rechazo por ser abiertamente improcedente o por carecer de jurisdicción y/o competencia, o bien a conceder un término para que se subsanen los defectos de que adolece dentro del término concedido por el legislador, el que para este caso concreto es de cinco (5) días, so pena de rechazar la misma.

En este caso concreto, luego de revisar la demanda concerniente al recurso extraordinario de revisión que concita la atención de la Sala se encontró que se requería del cumplimiento de algunos de los requisitos previstos en la ley, por lo que se procedió a inadmitirla mediante auto del 3 de septiembre de 2023, indicándole a la parte demandante los defectos de que adolecía y concediéndole el término de 5 días siguientes a la notificación por estados, para la corrección de los mismos conforme a lo preceptuado por el inciso 2º del art. 358 CGP.

Pese a lo anterior, la parte actora se abstuvo de pronunciarse dentro del término concedido.

Así las cosas, es indefectible concluir que al haberse omitido por la parte actora dar cumplimiento, de manera oportuna, a los requisitos exigidos por esta Sala Unitaria de Decisión en el referido auto inadmisorio de la demanda, ello conlleva al rechazo de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del art 358 CGP al que se remite.

Por lo brevemente expuesto, esta Magistrada actuando en **SALA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**

¹ *Agudelo Ramírez, Martín A. El Proceso Jurisdiccional. Ed. Librería Jurídica Comlibros y Cía. Ltda., segunda edición 2007. Pág. 377*

RESUELVE

PRIMERO.- RECHAZAR el RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION promovido por revisión formulado por los señores FLORAYDA ZAPATA TAMAYO, MARIA RUBIELA ZAPATA TAMAYO, LUZ IRENE ZAPATA TAMAYO, AMALTINA ZAPATA TAMAYO, MARIA INES ZAPATA TAMAYO y BLANCA NURY ZAPATA TAMAYO frente a la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2015 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Jericó, en el proceso de pertenencia instaurado por EVERARDO ANTONIO MADRIGAL ZAPATA contra RAMON EDUARDO ZAPATA HOYOS, MARIA INES CARDONA ZAPATA y MIGUEL ANGEL VELASQUEZ RESTREPO, por no haberse satisfecho los requisitos exigidos en el proveído del 3 de septiembre de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR la devolución de los anexos vía virtual, sin necesidad de desglose.

TERCERO.- ORDENAR el archivo del expediente una vez alcance ejecutoria este proveído, previo las anotaciones de rigor en el Sistema de Gestión Judicial.

Procédase de conformidad por la Secretaría de la Sala.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

(CON FIRMA ELECTRÓNICA)
CLAUDIA BERMÚDEZ CARVAJAL
MAGISTRADA

Firmado Por:

Claudia Bermudez Carvajal
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **aa588e22459c63b7b6b3343e94ef5f78dc4a414c1beff1d875b21d803da76c35**

Documento generado en 03/10/2023 10:57:18 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



**REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Medellín, tres de octubre de dos mil veintitrés

AUTO SUSTANCIACION N° 061

RADICADO N° 05-101-31-13-001-2018-00109-01

Procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponde sobre el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la parte demandada en proceso de simulación originado en demanda promovida por Santiago de Jesús Agudelo Solís frente a María Rosalba Sánchez de Álvarez, Rovirio Álzate Saldarriaga y Ricardo Puerta Puerta, heredero de Ligia de Jesús Agudelo Solís contra el auto proferido por 31 de agosto de 2023 por el honorable Magistrado WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA que hace parte de esta Corporación y quien fungió como ponente en la sentencia que puso fin a la segunda instancia dictada dentro del referenciado proceso.

ANTECEDENTES

Del despacho del Magistrado, doctor WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA se recibió en el despacho de esta Magistratura, el expediente contentivo del proceso de simulación formulado por Santiago Agudelo Solís contra Ricardo Puerta Puerta y otros, con el fin de que se resuelva sobre el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la parte demandada mediante escrito fechado septiembre 6 de esta anualidad¹ contra el auto dictado el 31 de agosto de 2023 por el Magistrado Ponente, mediante el cual se decidió negar la concesión del recurso de casación formulado frente a la sentencia proferida el 14 de agosto de la misma anualidad que obra en el archivo 0014 de la carpeta correspondiente a la segunda instancia del expediente digital.

A dicho escrito se le dio traslado por Secretaría, como si se tratara de un recurso de súplica, frente a lo que el vocero judicial de la parte actora en el proceso efectuó pronunciamiento para oponerse a tal medio impugnativo, aduciendo: El recurso de Súplica, procede contra los autos del Magistrado

¹ Ver archivo 0015 EscritoAccionadoSuplica

Sustanciador, que resuelve sobre la admisión del recurso de casación (art. 331 CGP). Pero no procede contra el auto del Magistrado de Tribunal Superior, que deniega el recurso de casación, puesto que contra éste procede es el recurso de Queja, interpuesto en subsidio del recurso de reposición. (art. 352 del C.G.P.)"; no obstante, el referido apoderado se dispuso a continuación a exponer las razones por las que, en su sentir, debía confirmarse el auto impugnado, tal como se extrae de la lectura del escrito por él presentado obrante en el archivo 0018 ídem.

Una vez vencido, tal traslado, se procedió por la Secretaría de esta Sala Especializada a remitir el expediente al Despacho de la Magistrada que le sigue en turno al Magistrado sustanciador del mencionado proceso en la segunda instancia, tal como se observa en el archivo 0020 ibidem.

En consecuencia, esta Sala Unitaria se pronunciará respecto del recurso interpuesto

CONSIDERACIONES

El artículo 331 del Código General del Proceso reglamenta la procedencia del recurso de súplica y la oportunidad para proponer el mismo, y en tal sentido prescribe:

"El recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado sustanciador en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que resuelve sobre la admisión del recurso de apelación o casación y contra los autos que en el trámite de los recursos extraordinarios de casación o revisión profiera el magistrado sustanciador y que por su naturaleza hubieran sido susceptibles de apelación. No procede contra los autos mediante los cuales se resuelva la apelación o queja.

La súplica deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, mediante escrito dirigido al magistrado sustanciador, en el que se expresarán las razones de su inconformidad."

Por su lado, los artículos 352 y 353 ídem gobiernan el recurso de queja, tal como se desprende del tenor literal de los mismos que preceptúa:

Artículo 352. PROCEDENCIA. *Cuando el juez de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja para que el superior lo conceda si fuere procedente. El mismo recurso procede cuando se deniegue el de casación.*

ARTÍCULO 353. INTERPOSICIÓN Y TRÁMITE. *El recurso de queja deberá interponerse en subsidio del de reposición contra el auto que denegó la apelación o la casación, salvo cuando este sea consecuencia de la reposición interpuesta por la parte contraria, caso en el cual deberá interponerse directamente dentro de la ejecutoria.*

Denegada la reposición, o interpuesta la queja, según el caso, el juez ordenará la reproducción de las piezas procesales necesarias, para lo cual se procederá en la forma prevista para el trámite de la apelación. Expedidas las copias se remitirán al superior, quien podrá ordenar al inferior que remita copias de otras piezas del expediente.

El escrito se mantendrá en la secretaría por tres (3) días a disposición de la otra parte para que manifieste lo que estime oportuno, y surtido el traslado se decidirá el recurso.

Si el superior estima indebida la denegación de la apelación o de la casación, la admitirá y comunicará su decisión al inferior, con indicación del efecto en que corresponda en el primer caso.

De las anteriores preceptivas se desprende que cuando se deniega la concesión del recurso de casación, el medio impugnatorio que procede es el de QUEJA, más no así el de súplica, puesto que bien clara es la norma al indicar que dicho recurso procede **contra el auto que resuelve sobre la admisión del recurso de apelación o casación,** caso este que no es el que se presenta en el sub examine, puesto que la única competente para resolver lo concerniente a la admisión de la casación es la Corte Suprema de Justicia, lo que resulta obvio si se tiene en cuenta que la Alta Corporación es el órgano de casación y que el artículo 342 del CGP claramente regula lo concerniente a la admisión de dicho recurso extraordinario, por lo que no entiende esta Magistratura la razón por la que se remitió a este Despacho el asunto que hoy concita la atención de esta Sala Unitaria, encontrando de tal manera que mal hizo la secretaría en dar el traslado del asunto como si se tratara de un recurso de súplica, máxime la claridad que al respecto consagra el legislador en los artículos 342 y 343 atrás transcritos.

De tal manera que, en el caso de la referencia, se advierte que pese al yerro en que se hizo incurso el apoderado judicial de la parte demandada al interponer el recurso de súplica, al apreciar que el mismo es improcedente, lo que correspondía era dar el trámite a la mencionada impugnación correspondiente a las reglas del recurso que resultare procedente, el que, en este caso, es el de Queja, puesto que la decisión impugnada refiere a la **denegación de la concesión del recurso de casación.**

Así las cosas, se hace necesario dar aplicación al párrafo del art. 318 CGP, el que en esencia impone al juzgador que de considerar la improcedencia del recurso que fuere interpuesto, está en la obligación de brindarle el trámite del recurso que fuere procedente, siéndolo en este caso el reglamentado en el artículo 352 del CGP, razón por la que además no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno por parte de esta Magistratura en relación con la inconformidad esbozada por el recurrente, ni menos aún confirmar la decisión objeto del equívoco recurso de súplica, acorde a lo pedido por el apoderado del extremo activo.

En consecuencia, se ordenará devolver el expediente de la referencia al despacho del Magistrado Sustanciador, con el fin de que se imparta el trámite que corresponda al recurso interpuesto.

Asimismo, en aras del principio de economía procesal, se insta a la Secretaría para que, en adelante, cuando se percate de que se ha interpuesto un recurso de súplica frente a un auto que deniega la concesión de un recurso de casación, se abstenga de darle el trámite propio de la súplica y, en su lugar, informe al Despacho del Magistrado sustanciador, sobre tal situación, a fin que se proceda a impartir el trámite que legalmente corresponde al recurso interpuesto.

Sin necesidad de ahondar en más consideraciones, en mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA,**

RESUELVE:

PRIMERO.- Rechazar por improcedente el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el auto proferido el 31 de agosto de 2023 por el Magistrado WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA, acorde a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- INSTAR a la Secretaría de esta Sala Especializada, para que en adelante, cuando se percate de que se ha interpuesto un recurso de súplica frente a un auto que deniega la concesión de un recurso de casación, se abstenga de darle el trámite propio de la súplica y, en su lugar, informe al Despacho del Magistrado sustanciador, sobre tal situación, a fin que se proceda a impartir el trámite que legalmente corresponde al recurso interpuesto.

TERCERO.- DEVOLVER el expediente de la referencia al despacho del Magistrado Sustanciador, con el fin de que se imparta el trámite que corresponda al recurso interpuesto.

Procédase de conformidad por la Secretaría, previa las anotaciones de rigor.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

(CON FIRMA ELECTRÓNICA)

CLAUDIA BERMUDEZ CARVAJAL

MAGISTRADA

Firmado Por:
Claudia Bermudez Carvajal
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c65cffc33d6585aeb1f99093a66225fed4ddf99d8ef9de16a305447e8e46a52c**

Documento generado en 03/10/2023 11:55:05 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA CIVIL – FAMILIA

Medellín, diecisiete de agosto de dos mil veintitrés

Proceso	: Responsabilidad civil contractual
Asunto	: Apelación Sentencia
Ponente	: WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA
Sentencia	: 036
Demandante	: Ricardo Antonio Herrera Ganem
Demandados	: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE)
Radicado	: 05034311200120170009001
Consecutivo Sría.	: 1507-2019
Radicado Interno	: 002-2020

ASUNTO A TRATAR

La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2019 por el Juzgado Civil del Circuito de Andes dentro del proceso declarativo promovido por Ricardo Antonio Herrera Ganem frente a la entidad Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE)¹.

LAS PRETENSIONES

En el escrito introductor de este proceso se solicitó declarar que entre Ricardo Antonio Herrera Ganem, como contratista, y FONADE, como contratante, se celebró un contrato de obra, cuyo objeto era ejecutar *“REVISIÓN A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS TÉCNICOS Y LA CONSTRUCCIÓN DEL HOGAR DE PASO DEL ADULTO MAYOR EN HISPANIA – ANTIOQUIA”*, por valor de \$226.898.022; el cual se cumplió a cabalidad, y se presentaron salvedades por el contratista en la liquidación efectuada de forma bilateral, por concepto de sobrecostos en que incurrió, consistentes en: **i)** Mayores trabajos de revisión y ajustes de diseños; **ii)** excedente de pago de aportes parafiscales; **iii)** sobrecostos por incremento de precios debido a mayor estadía en la obra; **iv)** costos administrativos y de pólizas por mayor permanencia; **v)** mayores costos APU no previstos; **vi)** costos por retención no previstos en la forma de pago; **vii)** costos por anticipo no reembolsados; **viii)** ejecución de actividades o ítems no previstos en el contrato y que no fueron cancelados; **ix)** costos por mayores y menores cantidades de obra; **x)** además de otros gastos relacionados en el escrito de salvedades². Se pretende condena autónoma por cada rubro³.

¹ Actualmente la denominación de la entidad es: EnTerritorio, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 495 de 2019.

² Folios 1 a 6, Cuaderno 1.

³ Cfr. Pretensiones de condena 1.1. a 8.26, folios 1 a 6, Cuaderno 1.

LOS HECHOS

1. El 8 de junio de 2010 se suscribió contrato de obra Nro. 2101102 entre FONADE, como contratante, y Ricardo Antonio Herrera Ganem, como contratista, cuyo objeto era realizar “REVISIÓN A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS TÉCNICOS Y LA CONSTRUCCIÓN DEL HOGAR DE PASO DEL ADULTO MAYOR EN HISPANIA – ANTIOQUIA”. El contrato tuvo un valor inicial de \$217.827.286, y en documento Adición No. 1 del 16 de diciembre de 2010 se agregó la suma de \$9.070.736, quedando el convenio en un valor total de \$226.898.022.

2. Mediante prórroga y modificación No. 1 del 21 de enero de 2011, se descuenta del valor actual del contrato, la suma de \$4.989.277, como estrategia para reducir arbitrariamente el valor del contrato atada a la prórroga de diez días, sobre la cual el actor nunca estuvo de acuerdo. Frente a esto se presentó reclamación por el contratista el 1 de febrero de 2011.

3. El plazo del contrato fue de tres meses, inicialmente, contados a partir de la suscripción del acta de inicio (21 de junio de 2010), y discriminados según el pliego de condiciones en dos etapas: i) Etapa de revisión y ajuste a los estudios y diseños. Duración: 0.5 meses; y ii) Etapa de construcción de las obras. Duración: 2.5 meses. Por prórroga Nro. 1 del 21 de enero de 2011 se amplió el plazo con diez días calendario más.

4. Cuando se dio la entrega del informe de revisión y ajustes a los estudios y diseños, para el día 6 de julio de 2010, se suspendió el contrato a través de Acta Nro. 1 del 15 de julio de 2010, y hasta el 8 de agosto del mismo año. La suspensión obedeció a que el estudio de suelos realizado por la Alcaldía de Hispania no era congruente con los resultados obtenidos mediante apiques de verificación, realizados por el contratista. El contrato no tenía previsto realizar labores de apiques y sondeos.

5. El contrato se suspendió en dos oportunidades más: por Acta Nro. 2, prorrogando la suspensión Nro. 1, del 9 de agosto de 2010, al 30 de agosto de esa anualidad; y luego, por Acta Nro. 3, prorrogando indefinidamente la segunda suspensión, condicionando la reanudación del contrato a la aceptación de estudio de suelos por parte del contratante, el contratista y la interventoría.

6. Durante el lapso de suspensión se exigieron nuevos trabajos, productos y subproductos de estudios y diseños, diferentes al presentado inicialmente, desconociéndose la condición pactada en la suspensión relativa a que no se generarían gastos de administración adicionales por permanencia, ni lucro cesante a cargo de FONADE.

7. El 1 de noviembre de 2010, a solicitud del supervisor del contrato por FONADE, se inician labores extraoficiales de demarcación del terreno, junto a la interventoría, para recuperar el tiempo perdido. El 16 de noviembre de 2010 se reanudó la ejecución del contrato, por medio de Acta de reinicio Nro. 1.

8. En la ejecución de las obras se suscribieron tres actas de mayores y menores cantidades e ítems no previstos (Formatos FMI044), y en las dos últimas se aprecian los recortes efectuados por la interventoría.

9. Se presentó cuenta de cobro por anticipo del 30% del contrato, para el 1 de diciembre de 2010, con orden de desembolso avalada por interventoría. Por comunicación telefónica con el supervisor de FONADE, se constriñó al contratista que debía renunciar al cobro del anticipo, por razones que no se entienden.

10. Solo para el 22 de enero de 2011, un día después de haberse terminado el plazo del contrato, la interventoría envía acta especial para contratos de diseño y obra parte A (Formato FM1032), dejando constancia de haber recibido y aprobado los estudios y diseños del contrato.

11. El supervisor del contrato, en representación de FONADE, obligó al contratista a suscribir con la Alcaldía de Hispania un convenio para ejecutar actividades preliminares, bajo el apremio de terminar el contrato de obra.

12. Los análisis de precios unitarios (APU) de ítems no previstos en el contrato, fueron recortados de manera sustancial e injustificada por el área de estudios previos de FONADE, pese a las múltiples manifestaciones de no aceptación.

13. Por comunicaciones del 28 de julio y 31 de octubre de 2011, radicadas ante FONADE, se solicitó inclusión en el acta de liquidación el escrito de salvedades del contratista.

TRÁMITE Y RÉPLICA

1. La demanda fue promovida ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y fue admitida mediante auto del 18 de febrero de 2014⁴ por el Juzgado Dieciséis Administrativo Oral de Medellín.

2. FONADE fue notificada por parte de la Secretaría del Juzgado, y contestó la demanda tempestivamente⁵, sin proponer excepciones de fondo, en síntesis, así:

2.1. De conformidad con las condiciones del pliego de condiciones, el producto a entregar en la etapa de revisión y ajustes era a precio global. El contratista aceptó las condiciones expuestas en el proceso de selección. Para el pago del anticipo no se cumplieron los requisitos exigidos, y por tal motivo el contratista renunció a su cobro.

2.2. El incremento en costos y materiales era un riesgo previsible, a cargo del contratista. El actor era el responsable de reclamar ante la aseguradora el pago de la prima, informando no haber recibido anticipo.

⁴ Folio 137 del c.1

⁵ Folio 146 y ss. del c.1

2.3. Se presentaron inconvenientes con el predio sobre el cual se iba a ejecutar el proyecto, y por eso la Alcaldía de Hispania modificó el convenio 2009102, relativas a la nivelación del terreno y la construcción de las obras de contención. El contratista estuvo presente en las reuniones, y cualquier compromiso adquirido por Ricardo Herrera con la referida Alcaldía, escapa de la esfera de FONADE.

2.4. En los análisis de precios unitarios (APU) se identificaron actividades no previstas y requeridas para la ejecución de la obra. La interventoría en comunicación 20114300547652 expone la gestión realizada para la aprobación de los precios no previstos, los cuales fueron aceptados por el contratista, y por eso se modificó el contrato adicionando la suma de \$9.070.736.

2.5. El contratista tenía la obligación de revisar y ajustar a los estudios y diseños, de tal suerte que si requería modificación del presupuesto así lo debió informar antes de haber dado inicio a la segunda etapa.

2.6. En la etapa de obra, el contratista ejecutó actividades sin el lleno de los requisitos exigidos por FONADE y el manual de interventoría, asumiendo el riesgo económico y jurídico.

3. El 22 de julio de 2015 se surtió audiencia inicial⁶ ante el Juzgado Dieciséis Administrativo Oral de Medellín, en la cual se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes. Para el 24 de noviembre de 2015 se escuchó al testigo Carlos Tovar Oliveros⁷. Luego, en diligencias judiciales del 4 de marzo⁸ y 15 de abril de 2016⁹ se agotó la práctica de la prueba pericial. En esta etapa la parte demandada presentó objeción por error grave frente al dictamen, a lo cual el Despacho estableció que se decidiría al momento de proferir fallo. Se concedió a las partes el término para alegar de conclusión.

4. Por decisión del 7 de marzo de 2017¹⁰, el Juzgado Dieciséis Administrativo Oral de Medellín declaró su falta de jurisdicción para decidir el litigio, de conformidad con el artículo 105, numeral 1°, de la Ley 1437 de 2011¹¹, y remitió el asunto al Juzgado Civil del Circuito de Andes.

5. El Despacho *a quo* propuso conflicto negativo de competencia, el cual fue dirimido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por proveído del 20 de marzo de 2019, estableciendo el conocimiento del litigio sobre la especialidad civil de la jurisdicción ordinaria, y dispuso remitir el expediente ante el Juzgado Civil del Circuito de Andes, en síntesis, porque el contrato celebrado por FONADE correspondía al giro

⁶ Folio 296 y ss. del c.1

⁷ Folio 382 y ss. del c.1

⁸ Folio 467 y ss. del c.1

⁹ Folio 493 y ss. del c.1

¹⁰ Folio 503 y ss. del c.1

¹¹ "Art. 105: La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: 1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos".

ordinario de sus negocios, de conformidad con los artículos 1 a 3¹² del Decreto 288 de 2004¹³.

6. Dando cumplimiento a lo resuelto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, el Juzgado de primer orden convocó a audiencia, la cual se desarrolló el 14 de noviembre de 2019¹⁴, en la cual dictó sentido del fallo: se desestiman las pretensiones. Posteriormente, en sentencia escrita del 25 de noviembre de la misma anualidad, se puso fin a la primera instancia. En ella, la Juez Civil de Circuito de Andes negó la totalidad de las pretensiones y condenó en costas al demandante.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

Se sintetizan de la siguiente forma¹⁵:

1. La parte demandante reclama el reconocimiento y pago de los sobrecostos en que incurrió, consistentes en: mayores trabajos de revisión y ajustes de diseños; excedente de pago de aportes parafiscales; sobrecostos por incremento de precios debido a mayor estadía en la obra; costos administrativos y de pólizas por mayor permanencia; mayores costos APU no previstos; costos por retención no previstos en la forma de pago; costos por anticipo no reembolsados; ejecución de actividades o ítems no previstos en el contrato y que no fueron cancelados; costos por mayores y menores cantidades de obra; además de otros gastos relacionados en el escrito de salvedades.

2. Lo expuesto se atribuye al actuar de FONADE por suspensión del contrato en tres oportunidades, y por distintas inconsistencias en la ejecución del contrato, que afectaron el equilibrio económico del acuerdo.

3. El problema jurídico está fundado en la ejecución del contrato de obra pública Nro. 2101102, regido por la Ley 80 de 1993. Será bajo ese régimen normativo que se estudiará el litigio. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, que rigen la función pública; esto implica, a su vez, que debe respetarse el equilibrio de la ecuación económica del contrato.

4. El objeto del contrato en cuestión es la *“REVISIÓN A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS TÉCNICOS Y LA CONSTRUCCIÓN DEL HOGAR DE PASO DEL ADULTO MAYOR EN HISPANIA – ANTIOQUIA”*, el cual se desarrollaría en dos etapas: la primera, correspondiente a la revisión y ajustes de diseño; la segunda, la ejecución de la obra.

¹² “Art. 2°: El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, tiene por objeto principal ser Agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas”

“Art. 3°: En desarrollo de su objeto el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, podrá realizar las siguientes funciones: 3.1. Promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales. (...) 3.9. Prestar asesoría y asistencia técnica a entidades públicas y privadas en materias relacionadas con proyectos de desarrollo.”

¹³ “Por el cual se modifica la estructura del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, y se dictan otras disposiciones.”

¹⁴ Folios 532 y ss. del c.1.

¹⁵ Folios 545 y ss. del c.1.

5. No hay lugar a reconocer el pago por concepto de anticipo, porque a pesar de que fue solicitado, lo cierto es que el contratista renunció a su cobro, a través de escrito del 17 de diciembre de 2010, obrante a folio 199, dirigido al supervisor de FONADE. No existe prueba del presunto constreñimiento indicado en la demanda, para la renuncia del anticipo. El testimonio de Carlos René Tovar Oliveros da cuenta que no obligó a esto al contratista, y que no se pagó porque faltaba el recibo a satisfacción de la etapa de ajustes y diseños, junto al acta de inicio de la etapa 2.

6. Sobre el pago por la póliza de cumplimiento, no hay lugar a su reconocimiento, ya que el contratista debió acudir a la aseguradora indicando la falta de necesidad del amparo, para así obtener la devolución de la prima de amparo que había cancelado.

7. No hay lugar al pago por mayores trabajos de coordinación para la revisión y ajuste a los estudios y diseños, realizados durante la suspensión del contrato, porque el sistema de pago es a precio unitario fijo, y frente a la primera etapa se estableció que el valor era el fijado para toda esa etapa. El contratista debía entregar los estudios y diseños ajustados, pese a los subproductos y gestiones para su obtención.

8. El contrato prevé en su cláusula segunda que el valor del contrato es por la suma de \$217.8227.286, incluido el valor del AIU, IVA y demás tributos, el cual corresponde a los costos presentados por el contratista en su propuesta; en los que se relacionó como valor por componente de ajuste a estudios y diseños la suma de \$6.600.000, más el valor por IVA por la suma de \$1.056.000, para un total de \$7.656.000. Este precio se mantuvo fijo, y que no fue cuestionado en el acta del 5 de febrero de 2011 suscrita por el contratista y el representante legal de la entidad interventora.

9. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el pliego de condiciones establece los criterios que permiten seleccionar al contratista, y es un documento integral del contrato. Si el contratista celebró otro contrato con la Alcaldía de Hispania para la revisión y ajuste de los diseños, ello escapa de este proceso, ya que dicho ente territorial no es parte procesal, y no se probó que en ello hubiera tenido injerencia FONADE.

10. Sobre el pago pretendido por excedente en el pago de aportes parafiscales, no hay lugar a su reconocimiento, dado que desde los pliegos de condiciones se previó el valor a percibir por utilidad, y por ello era a éste a quien le asistía hacer la liquidación de los aportes a seguridad social.

11. Tampoco se reconocerá las pretensiones por sobrecostos asumidos por incremento en los precios de los insumos de la obra. El contrato tuvo 3 suspensiones, y así consta en actas. En cada acta se dejó establecido que la suspensión no generaría gastos de administración adicionales por permanencia en la obra o lucro cesante a cargo de FONADE, las cuales fueron suscritas por el contratista y el interventor. De esta manera no es dable acceder a lo pretendido, porque se pactó que el inicio tardío de la obra no daría lugar a reclamar pago por sobrecostos.

12. De otro lado, y en idéntico sentido, se tiene que por acta de prórroga y modificación Nro. 1 del 21 de enero de 2011, se estableció en las motivaciones las actuaciones del contratista sobre la solicitud de ítems no previstos, y en tal documento se prorrogó el plazo de ejecución del contrato por diez días calendario, contados a partir del vencimiento del plazo contractual, y allí se estableció que la prórroga no generaría costos, ni gastos diferentes a los inicialmente convenidos. Este documento no contiene ninguna salvedad o manifestación de inconformidad. El pliego de condiciones establece que es posible prorrogar el contrato, a través de un documento que así lo disponga, en donde se expongan las razones que condujeron a esto.

13. Sobre los costos por actividades o ítems no previstos en el contrato, no se considera necesario hacer pronunciamiento adicional, y se remite a las mismas razones ya expuestas, para concluir su no reconocimiento. Ahora bien, sobre la ejecución de actividades e ítems no previstos, el pliego de condiciones definió qué se entendía por cantidades de obra las estimadas por FONADE y presentadas en la propuesta económica del contratista, y las cuales podían aumentar o disminuir en la ejecución del contrato. Se pactó además que, sobre las mayores cantidades de obra, el contratista debía ejecutar las que fueran necesarias, previa autorización de la interventoría. Resultaba prohibido, desde lo pactado contractualmente, realizar obras no autorizadas, o sin haber suscrito contrato adicional.

14. Según la prueba documental (Folios 53 a 63, C.1.), obran 3 actas de mayores y menores cantidades de ítems no previstos, suscritas por el contratista y la entidad interventora, sin salvedad u objeción del contratista. Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, no proceden reclamaciones de prestaciones económicas que no fueron cuestionadas en la ejecución del contrato.

15. Finalmente, frente a la prueba pericial, se considera que la misma no puede ser acogida, dado que éste se limita a hacer una recomendación de reconocer algunos ítems, sin presentar soporte ni análisis específico. Aunado a lo anterior, por los argumentos ya expuestos, no se hace necesario ahondar en cuestionamientos realizados a la prueba técnica.

16. En conclusión, a pesar de que existieron hechos no imputables al contratista, que dieron lugar a una mayor duración del contrato, no se acreditó una ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública Nro. 2101102, ni daños o sobrecostos, ya que las partes del contrato acordaron lo necesario para lograr cumplir el objeto contractual. Por lo expuesto, serán negadas la totalidad de las pretensiones.

REPAROS Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

En la oportunidad procesal, la parte actora presentó recurso de apelación. Los motivos de disenso fueron los siguientes:

1. Reparos frente a la valoración de la prueba del desequilibrio contractual:

Se desconocieron pruebas documentales como la bitácora o libro de obra. La prueba pericial fue menospreciada. El dictamen no fue cuestionado, y la objeción por error grave no tiene sustento probatorio.

No se valoró el documento de constancia de salvedades e inconformidades a la liquidación del 2011-07-26 de 85 folios, que sí fue estudiada por el perito.

La *a quo* no motivó la falta de convicción sobre la prueba pericial practicada, de acuerdo con las reglas de apreciación probatoria. Las partes no presentamos cuestionamientos a la prueba técnica, por lo que la juez no debía pronunciarse frente al dictamen restándole valor suasorio.

Se desconoce que el contrato es de obra con sistema de pago por precios unitarios fijos sin fórmula de ajuste. No se tuvo en cuenta que la entidad convocada y la interventoría nunca cuestionaron la existencia de mayores cantidades de obra.

La suscripción de actas de mayores y menores cantidades no previstos, no se traducen en una renuncia del contratista al cobro de las obras ejecutadas en exceso. No se guardó silencio, y en honor a la buena fe contractual, se remitieron correos y mensajes expresando las salvedades e inconformidades.

No se tuvo en cuenta que la interventoría recibió obras ejecutadas por valor de \$219.229.408, sobrando un total de \$7.668.614 no pagados al contratista, ya que el valor global del contrato fue por \$226.898.408. No se reconocieron ninguno de los ítems de obra soportados y acreditados incluso por medio de la prueba pericial.

No se pronunció la juez sobre las pretensiones de condena por sobre costos en cantidades de obra por actividades de cimentación y por los análisis de precios unitarios (APU). La juez erró en la interpretación de las actas de suspensión y los sobrecostos por administración, ya que se cuestiona es que no se hubiesen reconocido los valores por los trabajos ejecutados por orden de la entidad contratante y la interventora.

El contratista no tenía previsto que se le exigiría realizar revisión y ajuste a los estudios y diseños de la primera etapa, que repercutió en productos y subproductos adicionales no pagados. Se ignora que el contratista tuvo que realizar, luego del 6 de julio de 2010, y en el plazo de suspensión del contrato (equivalente a 121 días) cuatro revisiones adicionales por las modificaciones al proyecto por parte de la Alcaldía de Hispania y FONADE, en total detrimento del demandante.

Debe reconocerse el excedente en el pago por aporte a EPS y pensión, del mes de diciembre por valor de \$536.184, para el desembolso del 90% del valor de la tapa de revisión de estudios y diseño.

El contrato se suspendió por causas imputables a FONADE y la Alcaldía de Hispania, y por eso el contratista tuvo que asumir mayores costos administrativos y de insumos.

En el documento FMI011 Nro. 107 del 19 de enero de 2011, el gestor del convenio 2009102 y el coordinador de FONADE, solicitaron modificar las cantidades de obra, debido a que había actividades pendientes por ejecutar, algunas no contractuales, que se requerían para el debido funcionamiento de la edificación. La propuesta por costos directos e indirectos fue de \$214.252.745, arrojando una diferencia de -\$4.989.277, en comparación con el contrato inicial.

Las mayores cantidades de obra por ítems y actividades de cimentación ya habían sido reconocidas por la interventoría y la demandada, a través de acta Nro. 1 de mayores y menores cantidades e ítems no previstos, del 9 de diciembre de 2010; y luego no fueron reconocidos al contratista. *“Fueron muchas las manifestaciones de no aceptación de los precios establecidos por el área de estudios a los precios de los Análisis de Precios Unitarios (APU) presentados por el contratista, pero que al final el contratista termina aceptando para que estas actividades, que ya habían sido ejecutadas por el contratista, no fueran desconocidas al final del contrato tal como la interventoría y la entidad hicieron con las demás actividades exigidas al contratista y que no fueron objeto de reconocimiento alguno”*¹⁶.

El no pago del anticipo no se hizo, a pesar de que se cumplían las condiciones para ello. La renuncia al pago del anticipo se dio por exigencia directa del supervisor del proyecto, para efectos de *“normalización del trámite y cobro”*¹⁷. La entidad contratante debe asumir el pago de la prima pagada por póliza de seguro de cumplimiento por amparo al buen manejo del anticipo, porque el anticipo nunca fue entregado.

2. Corrido el traslado para sustentar, el apelante reprodujo los mismos argumentos aducidos en los reparos concretos presentados durante el trámite de primera instancia¹⁸. La parte demandada descorrió traslado¹⁹ del escrito de sustentación, replicando argumentos de su defensa y sus alegaciones de conclusión.

La Sala analizará en esta instancia aquellos puntos de disenso enunciados anteriormente y que fueron debidamente sustentados, en los términos del artículo 322 numeral 3, inciso 2 del Código General del Proceso, en concordancia con el canon 328, inciso 1 *ibídem*, y el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022.

CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Están reunidos en este caso, y no se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado, de manera que se puede decidir de fondo el asunto litigioso.

¹⁶ Folio 587, C.1.

¹⁷ Folio 588, C.1.

¹⁸ Archivo 002, ExpHíbrido.

¹⁹ Archivo 008, ExpHíbrido.

2. Precisión preliminar. Régimen jurídico aplicable al caso.

Tal y como se indicó, el litigio se adelantó ante la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso hasta la etapa de alegaciones de cierre, y con posterioridad, se declaró la falta de jurisdicción. De conformidad con el artículo 138 del Código General del Proceso, la nulidad por falta de jurisdicción comprenderá la actuación posterior que la produjo y que resulte afectada por este; empero, preceptúa la regla procesal: *“la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla...”*.

En ese contexto, pese a que en primera instancia se agotó exclusivamente la etapa de sentencia, lo actuado conserva plena validez; máxime que se aprecia que a lo largo del procedimiento adelantado se respetaron las garantías inherentes al debido proceso de ambas partes.

Sin embargo, esta Sala aprecia una circunstancia de orden jurídico que resulta imperioso precisar y aclarar en esta instancia. La juez *a quo* en su sentencia analizó el problema jurídico a la luz de la Ley 80 de 1993, tras sostener que la controversia tenía origen en la ejecución del contrato de obra pública Nro. 2101102, regido por la Ley 80 de 1993, y que, por ende, sería bajo ese régimen normativo que se estudiará el litigio.

Este Tribunal aprecia que esta conclusión fue acertada por la juez de primer orden, en la determinación del problema jurídico; sin embargo, no se efectuó un análisis jurídico y fáctico que permitiera despejar cualquier manto de duda sobre qué régimen normativo disciplina el contrato objeto de litis.

De acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Por tal razón, esta Sala de Decisión Civil encuentra preciso determinar el régimen jurídico aplicable a este asunto.

Tal y como fue establecido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil tiene competencia para resolver este asunto, en virtud de que: i) FONADE es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, de conformidad con el Decreto 288 de 2004 (modificado por el Decreto 495 de 2019); y ii) en consecuencia, el contrato de obra objeto de análisis en este proceso, fue celebrado por la entidad demandada en cumplimiento en el giro ordinario de sus negocios, pues dentro de las funciones legales de la pasiva se encuentran: *“3.1. Promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales.; 3.6. Celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos; y 3.9. Prestar asesoría y asistencia técnica a entidades públicas y privadas en materias relacionadas con proyectos de desarrollo”* (Art. 3º, Decreto 288 de 2004).

Téngase presente que las empresas industriales y comerciales del Estado, categoría en la que se encuadra FONADE, fueron definidas por el artículo 85 de la Ley 489 de 1998²⁰

²⁰ "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones."

como “organismos creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley” y que cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente.

El artículo 93 de la Ley en cita reglamenta el régimen de contratos de este tipo de entidades, en estos términos:

“Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetaran a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetaran a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.

Ahora bien, tal y como lo ha explicado con nitidez la Corte Constitucional²¹, el caso de FONADE es especial, ya que en virtud del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, la contratación de esa entidad se regía por la Ley 80 de 1993, para el año **2010**.

El Consejo de Estado, ha explicado que la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por FONADE, depende de la fecha en que se hubiesen celebrado, debido a las modificaciones introducidas por la Ley 1150 de 2007, y luego por la Ley 1450 de 2011. Ha dicho la Alta Corporación contencioso-administrativa:

“En el marco de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 32 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los contratos que celebrara en el giro ordinario de las actividades propias de su objeto social se regían por las normas del derecho común. Posteriormente, el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que FONADE se regiría por las normas de contratación contenidas en la Ley 80 de 1993¹⁸; artículo que fue derogado por la Ley 1450 de 2011; en consecuencia, a partir de la promulgación de esta normativa, el régimen de contratación de esa entidad retornó a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en su texto modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007”²²

Descendiendo al caso, se tiene que, de acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, el convenio Nro. 2009102 suscrito entre FONADE y el Municipio de Hispania, tenía por objeto realizar la gerencia integral del proyecto “CONSTRUCCIÓN DEL HOGAR DE PASO DEL ADULTO MAYOR EN HISPANIA – ANTIOQUIA”²³

FONADE, a través de acto administrativo Nro. 1337 del 29 de marzo de 2010, dio apertura al proceso de Selección Abreviada Menor Cuantía SAM 009-2010, cuyo objeto era la “REVISIÓN A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS TÉCNICOS Y LA CONSTRUCCIÓN DEL HOGAR DE PASO DEL ADULTO MAYOR EN HISPANIA – ANTIOQUIA”. Así, una vez agotadas las etapas de selección, FONADE y el contratista demandante suscribieron el contrato en cuestión el **8 de junio de 2010**.

En ese contexto, surge que el contrato entre FONADE y la parte demandante fue suscrito en el giro ordinario de los negocios y funciones de la entidad financiera estatal, y su

²¹ Auto 1002 de 2023

²² Sentencia del 23 de octubre de 2020. CSE. Sección Tercera, Subsección A. Radicado: 47001-23-31-000-2007-00415-01(41277).

²³ Folio 22 y ss., C.1.

naturaleza es eminentemente estatal, puesto que, en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual contaba con la reforma del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007²⁴, su régimen fue el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

3. Cuestión jurídica a resolver

Corresponde a la Sala determinar si en la ejecución del contrato de obra Nro. 2101102 suscrito entre FONADE, como contratante, y Ricardo Antonio Herrera Ganem, como contratista, se presentó un desequilibrio económico en detrimento del contratista, atribuible al actuar de la entidad convocada. Sólo en caso de superarse lo anterior, habrá lugar a examinar la viabilidad del reconocimiento de los rubros económicos pretendidos en condena.

4. Equilibrio económico del contrato

De acuerdo con el principio de *“ley contractual”*, una vez celebrado legalmente el contrato, este se convierte en *“ley para los contratantes”* (artículo 1602 C.C.). Esto implica que las partes se obligan a lo acordado, pero también a ejecutar sus prestaciones de *“buena fe”* (preceptos 1603 C.C. y 871 C.Co.).

La buena fe contractual conmina a los contratantes a satisfacer las obligaciones expresamente estipuladas y aquellas que emanen de la naturaleza del pacto, conforme a la ley (artículo 1603 C.C.). Sumado a esto, principios como rectitud, probidad, igualdad, corrección y lealtad gobiernan los contratos, con independencia de su naturaleza jurídica: pública o privada.

De conformidad con el artículo 5, numeral 1°, de la Ley 80 de 1993, los contratistas tienen derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada, y *“a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato”*. La norma contempla, a renglón seguido, que éstos, *“tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”*

En materia contractual siempre ha existido una tensión frecuente entre el principio de *“el contrato es para observarse”* (Art. 1618 Código Civil) y el postulado de *“estando así las cosas”* (Art. 1624 *ejusdem*), concerniente a que el contrato cuenta con una visión solidaria, en donde la ejecución de las obligaciones atiende a diversas circunstancias que pueden modificar las condiciones inicialmente pactadas. Ha explicado el Consejo de Estado²⁵:

²⁴ “El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen.”

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 7 de febrero de 2010. R.I. 17.663

“La tensión que se aprecia en el trasfondo de la problemática reside en los principios de conmutatividad y la autonomía de la voluntad en el contrato estatal. Lo anterior, como quiera que ambos postulados, con puntuales matices, tienen aplicación en la contratación pública, razón por la que es necesario adelantar una precisa articulación e interpretación de los mismos, en aras de la satisfacción del interés público”. Y frente al contrato estatal ha recalcado: “el paradigma del contrato estatal difiere, en este aspecto, sustancialmente del de naturaleza privada, toda vez que en este último las partes buscan la satisfacción de intereses personales y, siempre que se respeten los postulados de orden público y de la buena fe, es posible que alguno de los contratantes llegue a soportar una pérdida económica significativa derivada del mismo negocio, razón por la que no devenga aplicable la teoría del restablecimiento económico del contrato. Contrario sensu, al mediar el interés general en el contrato estatal, la administración pública no persigue un objetivo particular o individual sino el cumplimiento de los propósitos públicos; en esa medida, la finalidad consiste en la ejecución de la obra o la prestación del servicio en un escenario de eficiencia”²⁶.

Cabe destacar que el instituto del equilibrio económico del contrato no corresponde a una figura privativa de los negocios jurídicos gobernados por el derecho público, dado que, por vía de principio, está llamado a imperar en todas las relaciones negociales bilaterales, con independencia del régimen jurídico que las informe. Así lo ha explicado el Consejo de Estado²⁷ al indicar:

“Ahora bien, sea que se trate de un contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o sea que se trate de aquellos que por corresponder a una regla de excepción a su aplicación, como ocurre en el caso que ahora se examina, se encuentre sometido a las normas del derecho privado o a disposiciones especiales, lo cierto es que la equivalencia económica de las prestaciones contractuales constituye un principio medular que se encuentra inmerso en la legislación en materia de contratación estatal y que además lo recogen varias disposiciones del aludido derecho privado, razón por la cual debe estar presente en todas las relaciones negociales, máxime cuando uno de los extremos que la integran es una entidad de naturaleza estatal por cuya intervención se desprende que el negocio envuelve una finalidad pública, de manera que por vía de principio el equilibrio económico del contrato también está llamado a permear las relaciones contractuales sometidas al régimen de los particulares en donde una de ellas sea una persona jurídica de derecho público”²⁸.

El Consejo de Estado²⁹ se ha ocupado de establecer las diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que de uno y otro caso se desprenden.

Su distinción es relevante, porque de allí pende el título de imputación (fáctico y jurídico) de la pretensión; lo cual repercute en la valoración probatoria, en armonía con los

²⁶ “(...) la revisión de precios era el mecanismo idóneo para satisfacer la finalidad de interés público del contrato de obra pública, puesto que si la administración pública optaba por otra fórmula diferente, como la de obligar al contratista a ejecutar los trabajos al precio inicialmente pactado, necesariamente lo colocaría en una situación ruinoso que le impediría cumplir sus obligaciones, lo que entorpecería la prestación regular de los servicios públicos; o si optaba por la resolución del contrato, posteriormente tendría que contratar la ejecución de las mismas obras a los nuevos precios del mercado, lo que también sería contrario a la eficiencia administrativa.” ESCOBAR Gil, Rodrigo “Teoría General de los Contratos de la Administración Pública”, Ed. Legis, Bogotá, 2002, pág. 590.

²⁷ Sentencia del 8 de mayo de 2019. CSE – Sección Tercera, Subsección A. Radicado 050012331000200600318 01 (58895).

²⁸ Ver sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, 27 de noviembre de 2013, expediente: 31.431. Postura reiterada en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 27 de enero de 2016, exp. 38.449.

²⁹ Sentencia proferida por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947.

presupuestos axiológicos. Por su relevancia para el caso bajo estudio, se cita en extenso lo que al respecto ha establecido el Alto Tribunal contencioso-administrativo:

“Para la Sala los supuestos de hecho alegados no son constitutivos de ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato, sino del incumplimiento contractual.

“La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

“La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina ‘hecho del príncipe’, y ‘potestas ius variandi’ (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada ‘teoría de la imprevisión’ y paralelamente en la ‘teoría de la previsibilidad’. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

“El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida. (...)

“Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no solo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno u otro caso.

“En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos casos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo dispone el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998”³⁰.

Ahora, aunque las figuras analizadas obedecen a causas diferentes y tienen consecuencias distintas, la jurisprudencia de esta Subsección ha reconocido que en algunas oportunidades las

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524.

decisiones judiciales han adoptado posturas que permiten identificar impropriadamente el incumplimiento contractual como causa de la ruptura económica del contrato:

*“Realizadas las anteriores precisiones conceptuales en torno a la figura del restablecimiento del equilibrio económico, conviene agregar que el tratamiento jurisprudencial en torno al tema de incumplimiento contractual, como causal generadora de la ruptura del equilibrio económico del negocio jurídico, **ha sido pendular en cuanto en veces se han adoptado posturas que permiten que su ubicación se radique en el terreno de la responsabilidad contractual³¹ aceptando así la inobservancia del contenido obligacional de uno de los extremos contratantes como causa eficiente de dicho quebranto, mientras que en otras tantas se ha hecho y mantenido la distinción para efectos de identificar el equilibrio económico y su ruptura como un fenómeno ajeno por completo a las nociones de incumplimiento y/o de responsabilidad contractual³².***

“Sin embargo, esta disparidad en modo alguno ha obedecido al arbitrio del fallador, comoquiera que ha sido la misma legislación la que quizá sin propiedad o de manera equívoca, se ha ocupado de identificar el incumplimiento contractual como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico del contrato; en ese sentido, el tenor literal del numeral primero del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 establece que “si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato. (...).

*“Para la Sala, en estricto rigor, aun cuando las normas vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una de las génesis del desbalance de la ecuación contractual, **imperativo resulta puntualizar, una vez más, que el instituto del equilibrio económico en materia de contratación estatal tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo³³.***

***De cualquier modo, en atención al principio constitucional que impone la prevalencia de lo sustancial sobre la forma, corresponderá al juez de la causa determinar en cada caso particular desde cuál óptica debe emprenderse el respectivo análisis.** (Énfasis y negrillas del Tribunal).*

Dadas las connotaciones del caso, esta Sala anticipa que el análisis del litigio se efectuará bajo el alero de la responsabilidad civil contractual, considerando que desde el contenido de la demanda se atribuye a FONADE distintas conductas, como causa del desequilibrio pretendido. De manera que serán presupuestos a analizar los siguientes: **i)** el incumplimiento contractual atribuido; **ii)** la generación de daños ciertos, y no meramente hipotéticos; y **iii)** el nexo de causalidad entre los anteriores presupuestos.

Sumado a esto, el desequilibrio económico atribuido a la convocada (analizado como daño contractual), exige que se acredite: **i)** el incremento significativo de los valores de los componentes, insumos o factores determinantes del precio del contrato (v.gr. elementos, mano de obra, materiales, etc.) por cualquier razón económica o del mercado, y **ii)** la insuficiencia del sistema o fórmula acordada por las partes en el contrato para reajustar las modificaciones a esos precios.³⁴

³¹ Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 15 de febrero de 1999, Exp. 11194; sentencia del 21 de junio de 1999, Exp. 14943; sentencia del 31 de agosto de 2011, Exp. 18080.

³² Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 26 de febrero de 2004, Exp. 14043; sentencia del 4 de septiembre de 2003, Exp. 10883; sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 22 de agosto de 2013, expediente: 22.947.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 7 de febrero de 2010. R.I. 17.663

5. Lo probado dentro del proceso

Militan en autos los medios de convicción que enseguida se relacionan y que resultan relevantes para resolver la problemática planteada en la segunda instancia:

1. Pliego de condiciones³⁵: en este documento se describe que el presupuesto oficial estimado para el proyecto “REVISIÓN A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS TÉCNICOS Y LA CONSTRUCCIÓN DEL HOGAR DE PASO DEL ADULTO MAYOR EN HISPANIA – ANTIOQUIA” es de **\$229.445.660** (discriminados, así: 1. Primera etapa \$8.420.300. 2. Segunda etapa: \$221.025.360). La primera etapa se describe como de estudios y diseños, y la segunda es la construcción de la obra. El plazo de la ejecución del contrato es de 3 meses (0.5 meses, primera etapa; 2.5 meses, segunda etapa)³⁶.

El pliego de condiciones contempla en su capítulo cuarto las “CONDICIONES CONTRACTUALES GENERALES”³⁷. En la forma de pago (numeral 4.2.1.) se describe lo siguiente (a continuación, se transcribe en extenso el acápite en cita, junto a los numerales subsiguientes, en tanto son relevantes para el análisis del caso concreto):

“4.2.1. Forma de Pago

Fonade pagará al contratista hasta el valor contratado, por el sistema indicado en el numeral 4.2.2., así:

ETAPA DE REVISIÓN DE DISEÑOS:

El 90% del valor correspondiente para la revisión y ajustes de diseños, previo recibo a satisfacción y aprobación por parte de la Interventoría y de FONADE de los estudios y diseños (planos de construcción, estudio de suelos, memorias, especificaciones técnicas, procedimientos constructivos, presupuesto, etc.), junto con la radicación de la solicitud de la licencia de construcción, y demás permisos requeridos con los respectivos soportes ante las entidades respectivas cuando se requiera.

Se pagará el DIEZ por ciento (10%) restante del valor correspondiente por la revisión y ajuste de diseños, y demás permisos requeridos por el municipio y la aprobación de la garantía de calidad de los estudios.

Si producto de la revisión y ajuste de los estudios y diseños, se identifican actividades no previstas y mayores cantidades de obra que afecten sustancialmente el presupuesto establecido por FONADE, se deberán presentar los análisis de precios unitarios y soportes respectivos para su evaluación. En caso de no contar este convenio con los recursos financieros adicionales requeridos, el contratista deberá presentar nuevamente la evaluación de los diseños para ser ejecutados por etapas, teniendo en cuenta que cada etapa deberá dejarse habilitado para su correcto uso por parte de la comunidad. En caso contrario de no contar con los recursos y que la estructuración del proyecto no permita adelantar la obra por etapas, se dará por terminado la ejecución del contrato, pagándole únicamente al contratista la realización de la revisión y ajuste de los estudios y diseños.

ETAPA DE OBRA:

4.2.1.1. Mensualmente, hasta el noventa por ciento (90%) del valor total de las respectivas actas de corte mensual de obra, previa presentación, aprobación y entrega de las mismas a la interventoría y de los informes correspondientes debidamente aprobados, descontando, en todo caso, el porcentaje del anticipo.

³⁵ Archivo 201043000090993-000064, aportado en CD2

³⁶ Folios 3 y ss. Archivo 201043000090993-000064, aportado en CD2

³⁷ Folio 24 y ss. Archivo 201043000090993-000064, aportado en CD2

4.2.1.2. El último pago correspondiente al saldo del diez (10%) del valor total de las actas de corte de obra, de acuerdo con las cantidades realmente ejecutadas y recibidas a satisfacción se realizará una vez se haya liquidado el contrato y previa suscripción del acta de recibo final de las obras a satisfacción de la interventoría y de Fonade, así como la aprobación de las garantías correspondientes, señaladas en el numeral 4.12.

4.2.2. Sistema de pago

El sistema de pago del contrato es por precios unitarios sin formula de ajuste. En consecuencia, el valor definitivo del contrato será la suma de los resultados que se obtengan al multiplicar las cantidades ejecutadas por el contratista y entregadas a Fonade a su entera satisfacción, por los valores o precios unitarios fijos pactados para el respectivo ítem según la propuesta económica (formato 07).

4.2.2.1. Cantidades de obra

Se entiende por cantidades de obra las estimadas por Fonade y presentadas en la propuesta económica del contratista (**formato 07**), las cuales son aproximadas y están calculadas, según las necesidades estimadas de la obra objeto del presente contrato, razón por la cual se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la misma, previo cumplimiento de las condiciones establecidas.

4.2.2.2. Precio unitario fijo

Se entiende por precio unitario fijo por unidad de recurso, obra, trabajo, servicio o bien, señalado por el contratista en su propuesta económica (**formato 07**), el cual remunera la totalidad de las actividades, suministros, servicios, costos, gastos, utilidad, impuestos y tasas que sean necesaria para la suscripción, legalización, ejecución y liquidación del contrato.

4.2.3. Mayores cantidades de obra

El contratista está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten necesarias para la ejecución del objeto contractual, a los mismos precios contenidos en el formato 07 "Propuesta Económica", previa autorización de la Interventoría. En caso de presentarse mayores cantidades de obra, estas podrán compensarse mediante acta suscrita entre el interventor y el contratista, con supervisión de FONADE.

4.2.4. Ítems o actividades no previstas

Son ítems o actividades no previstas aquellas necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, pero cuya ejecución no fue inicialmente pactada.

4.2.4.1. Ejecución

Si durante el desarrollo de la obra surge la necesidad de ejecutar ítems o actividades de obra no previstos contractualmente, el contratista los deberá ejecutar, previa celebración del contrato adicional correspondiente.

La necesidad de ejecutar los nuevos ítems de obra será determinada por Fonade, previo concepto de la interventoría.

4.2.4.2. Prohibición

Le está prohibido al contratista ejecutar ítems o actividades de obra no previstos en el contrato, sin que previamente, se haya suscrito el respectivo contrato adicional. Cualquier ítem que ejecute sin la celebración previa del documento contractual será asumido por cuenta y riesgo del contratista, de manera que Fonade no reconocerá valores por tal concepto.

4.2.4.3. Determinación del precio

Para la determinación del precio de los ítems o actividades no previstos y, por lo tanto, para la elaboración del análisis de precios unitarios, por parte del contratista, se tendrá en cuenta el valor de

los insumos, entendido como aquel que corresponde a las tarifas de los equipos, precios de los insumos y/o materiales básicos y las tarifas de personal, contenido en los respectivos análisis de precios unitarios de los ítems o actividades previstas y en la lista de precios de insumos.

En el evento en que en el análisis de los precios unitarios de los ítems o actividades previstas y/o en la lista de precios de insumos se hayan consignado valores diferentes para un mismo insumo, se aplicará el menor valor.

Si el precio de uno o algunos de los insumos necesarios para la determinación del valor del nuevo ítem o actividad no se encuentra en los análisis de precios unitarios, ni en la lista de precios de insumos, será acordado entre el contratista y el interventor, y sometido a la Subgerencia Técnica de Fonade, previa verificación de los precios por parte del Área de Estudios Previos.

Los precios que se acuerden por los ítem o actividades no previstos, en ningún caso, serán superiores a los del mercado al momento en el que se celebre el contrato adicional.

En el caso en el que dentro de los **diez (10)** días calendarios siguientes a la comunicación en la que la interventoría informe al contratista sobre la necesidad de ejecutar el ítem o actividad no previsto, éste no convenga en llevarlo a cabo, Fonade podrá contratar su ejecución con un tercero; en tal evento, el contratista autoriza a Fonade para que le sea descontada, de las sumas a él adeudadas, la diferencia entre el valor acordado con el tercero por concepto de los insumos de los ítems o actividades no previstas y el menor valor de los mismos insumos contenido en los análisis de precios unitarios y/o en la lista de precios de insumos presentados por el contratista para los ítems o actividades previstas en el contrato.” (Subrayadas de la Sala).

2. Oferta del contratista³⁸: En este documento se encuentra incluido el **Formato 07** contentivo de la propuesta económica, en donde se totaliza el costo del contrato así: **i) Valor costos directos: \$156.657.190; ii) Valor costos indirectos: Administración 27,83%: \$43.597.695, imprevistos 4,01%: \$6.281.953,32, Utilidad 2,00%: \$3.133.143,80).** Valor total de la construcción (A): \$210.171.286,11; y **iii) Valor total de los ajustes a los estudios y diseños (B): \$7.656.000. Valor total de la propuesta económica³⁹: \$217.827.286,11.**

3. Contrato de obra Nro. 2101102: Suscrito entre FONADE y el demandante, Ricardo Herrera Ganem. En lo pertinente, se acordó:

“CLÁUSULA PRIMERA. -OBJETO. EL CONTRATISTA se compromete a ejecutar la **“REVISION A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS TECNICOS Y LA CONSTRUCCION DEL HOGAR DE PASO DEL ADULTO MAYOR EN HISPANIA-ANTIOQUIA”**, de conformidad con el pliego de condiciones que rigió el correspondiente proceso de selección. **PARÁGRAFO PRIMERO. -** El pliego de condiciones a que hace referencia esta cláusula y especialmente su Capítulo Cuarto, denominado **CONDICIONES CONTRACTUALES GENERALES**, se entiende incorporado el presente contrato, aun cuando en este no se reproduzca su contenido. En el evento en que se presente alguna contradicción entre, una parte, el pliego de condiciones y este contrato, y de otra, la propuesta presentada por el **CONTRATISTA**, prevalecerá el contenido de aquellos documentos. **PARÁGRAFO SEGUNDO. -** Sin autorización previa y escrita de **FONADE**, previo concepto de la Interventoría, el **CONTRATISTA** no podrá apartarse de las obligaciones que le resultan exigibles en virtud del presente contrato. En el evento en que lo haga, perderá el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de cualquier suma que resulte de su decisión y será responsable de los daños que, como consecuencia, le causa a FONADE y al MUNICIPIO DE HISPANIA (ANTIOQUIA), sin perjuicio de la que seguirá vigente (sic)

³⁸ Archivo 201043000090993-00007. CD2

³⁹ Folios 24 y ss. Archivo 201043000090993-00007. CD2

su obligación de ejecutar el objeto contractual en su totalidad. **CLÁUSULA SEGUNDA. - VALOR DEL CONTRATO.** El valor del presente contrato es la suma de **DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTISIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$217.827.286,00)** incluido el valor del AIU, IVA y demás tributos que se causen por el hecho de su celebración, ejecución y liquidación, el cual corresponde a la totalidad de los costos presentados por **EL CONTRATISTA** en su propuesta, los cuales se relacionan a continuación (...)”⁴⁰.

El contrato describe que el contratista en su oferta económica totalizó los siguientes conceptos, así: **A)** Valor total de la construcción: \$210.171.286; **B)** Valor total por ajustes a los estudios y diseños: \$7.656.000; y **C)** La suma total de la propuesta arrojó un total de **\$217.827.286**⁴¹. El contrato continúa en estos términos literales:

“El valor del contrato se encuentra amparado según los certificados de disponibilidad presupuestal Nos. 7864 y 7903 del 11 y 17 de febrero de 2010, respectivamente, expedidos por la responsable Fondos Gerencia de Proyectos de FONADE. El valor del presente contrato incluye todos los tributos y demás costos en que se incurra **EL CONTRATISTA** (sic) en razón de la ejecución del mismo, de conformidad con la propuesta presentada el 14 de abril de 2010. **CLÁUSULA TERCERA. - FORMA DE PAGO.** FONADE pagará al contratista el valor por el cual le fue adjudicado el contrato, de conformidad con lo establecido en el numeral 4.2.1. del pliego de condiciones que rigió el proceso de selección, por el sistema de pago previsto. **CLÁUSULA CUARTA- PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.** El presente contrato deberá ejecutarse en el término de **TRES (3) MESES**, contados a partir de la suscripción del acta de inicio. Este plazo podrá ser prorrogado o suspendido, de común acuerdo. **PARÁGRAFO:** Si, por circunstancias imputables al **CONTRATISTA**, resulta necesaria la prórroga del plazo de ejecución del contrato, éste continuará en el ejercicio de sus obligaciones, asumiendo el valor de la Interventoría durante el mayor tiempo de ejecución que ello implique. Lo anterior, sin perjuicio de la imposición de las sanciones contractuales previstas y de las acciones que pueda interponer **FONADE** para la indemnización de los perjuicios que tales circunstancias le generen (...)”.

Las cláusulas subsiguientes tratan tópicos relativos a: garantías, indemnidad, lavado de activos y financiación del terrorismo, perfeccionamiento, ejecución y legalización del contrato⁴².

4. Modificación al contrato⁴³: suscrito el 21 de enero de 2011. En este documento se describe que el 15 de julio de 2010 se suspendió el plazo de ejecución del contrato, prorrogado hasta el 16 de noviembre de 2010, cuando se reiniciaron operaciones. Se indica que **“8)** El 16 de diciembre de 2010, las partes acuerdan adicionar el valor del contrato de obra No. 2101102 en la suma de **NUEVE MILLONES SETENTA MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$9.070.736) M/CTE, debido a que surgió la necesidad de efectuar mayores cantidades de obra y actividades no previstas tales como cimentación, estructura, mampostería, pisos, impermeabilización con manto, elementos de cubiertas, carpintería metálica, instalaciones eléctricas, para garantizar el normal y óptimo funcionamiento de las instalaciones a entregar**”. El plazo del contrato se prorrogó diez (10) días más, por solicitud del contratista, acompañado de concepto favorable de interventoría. FONADE aprobó los 17 ítems relacionados no previstos, indicando que los valores se ajustaban a las condiciones del mercado. Se expresó además que: **“13)** Mediante solicitud de novedades de contratación derivada FMI 011 N° 107 del 19 de enero de 2011, el gestor del convenio No. 2009102 y el Coordinador del Grupo de Ejecución de Fonade, solicitan modificar las cantidades de obra

⁴⁰ Folios 23 y ss. C.1.

⁴¹ Folios 27 y ss. C.1.

⁴² Folios 28 y ss. C.1.

⁴³ Folios 29 y ss. C.1.

para incluir ítems no previstos y mayores cantidades de obra y prorrogar el plazo de ejecución del contrato en DIEZ (10) DÍAS CALENDARIO, toda vez que durante la ejecución final del proyecto y una vez se terminaron actividades como cimentación, estructura cubierta y mampostería, se realizó la verificación de las actividades pendientes por ejecutar, encontrando que algunas no contractuales se requerían para dejar en total funcionamiento y adecuado uso la edificación". Las cantidades y valores de obra fueron modificados (Cláusula primera); así como el plazo de ejecución, prorrogado diez días más (cláusula segunda), estableciéndose que **"El contratista manifiesta expresamente que esta próroga no le causa costos ni gastos distintos a los inicialmente convenidos"**⁴⁴.

5. Acta de liquidación del contrato: de fecha 24 de noviembre de 2011⁴⁵. Se liquida el contrato estableciendo que el valor total del objeto ascendía a la suma de \$226.898.022, y que el valor ejecutado por el contratista (que comprende las dos etapas), suma un total de \$219.229.408, por lo que el valor a desembolsar al contratista es de \$21.922.940, y el contratista debe reintegrar la suma de dinero no ejecutada, equivalente a \$7.668.614⁴⁶.

En el acto de liquidación se plasmó lo siguiente:

"Mediante comunicación de fecha 28 de julio de 2011 con radicado FONADE No 2011-430-037765-2 y comunicación de 31 de octubre de 2011 con Radicado FONADE 2011-430-056311-2, el contratista solicita la inclusión en el Acta de Liquidación de 'salvedades del Contratista', referidas a las inconformidades u observaciones que se relacionan (...)

Las anotaciones transcritas fueron incluidas en el Acta sin que ello constituya para FONADE un reconocimiento y/o aceptación expresa o cierta del contenido, alcance o veracidad de lo que el contratista afirma, por lo anterior, FONADE procede a suscribir la presente Acta de Liquidación con las salvedades formuladas por el contratista.

No obstante lo anterior, las observaciones y salvedades planteadas por el contratista fueron remitidas a la interventoría mediante comunicación con radicado 20112310193481 del 29 de agosto de 2011 para revisión y posterior concepto.

*Mediante informe presentado por la firma interventora INGENIERÍA INTEGRAL DE OBRAS SAS – INGEOBRAS- el día 24 de octubre de 2011 con radicado FONADE 2011-430-054765-2 se remite concepto acerca de las salvedades presentadas por el contratista **manifestando la no aceptación de las mismas.***

De conformidad con el memorando interno No 2011-231-017755-3 remitido a la Subgerencia de Contratación de FONADE, la Gerencia del Convenio 2009102 no acepta las solicitudes planteadas por el contratista sustentando su decisión en el informe de la Interventoría INGENIERÍA INTEGRAL DE OBRAS SAS – INGEOBRAS- y en la ejecución del contrato.⁴⁷ (Subrayas de la Sala).

6. Dictamen pericial⁴⁸: realizado por el ingeniero Miguel David Rojas López, en representación de la Facultad de Minas de la Universidad Nacional de Colombia⁴⁹. La prueba hace un resumen de hechos y pretensiones, y conceptúa:

⁴⁴ Folio 34, C.1.

⁴⁵ Folio 218, C.1.

⁴⁶ Folio 216, reverso. C.1.

⁴⁷ Folio 217, incluido su reverso. C.1.

⁴⁸ Folio 464 y ss. C.1.

⁴⁹ En audiencia del 24 de noviembre de 2015 se estableció que el objeto de esta prueba consistía en que determinara "la existencia de las actividades, obras y/o suministros de bienes, no contemplados al interior del contrato, pero cubiertos en su totalidad por el contratista y no cancelados por la entidad demandada" Cfr. Folio 383, C.1.

“Revisando el documento de constancias de salvedades e inconformidades a la liquidación del contrato número 2101102 de junio 08 de 2010 suscrito entre FONADE y Ricardo Herrera Ganem donde el contratista hace una relación y justificación de cada uno de los ítems que solicita se le reconozca por parte del contratante, es decir FONADE y donde no se logró evidenciar el acuerdo entre el contratista y la interventoría para que FONADE hiciera el desembolso correspondiente. (...)

Después de revisar los ítems anteriormente mencionados y analizando la justificación de cada uno de ellos, se encuentra que algunos no están soportados debidamente o por falta de evidencia técnica o por estar incorporados dentro de la administración.

*La Facultad de Minas de la Universidad Nacional de Colombia sede Medellín recomienda no reconocer la totalidad de la pretensión inicial de \$97.367.739, y después de seleccionar los ítems soportados y justificados el valor a pagar debería ser el de \$59.261.246, toda vez que se descartan los siguientes ítems por valor de \$37.706.547 (...)*⁵⁰.

La prueba técnica fue objeto de contradicción de las partes en audiencia del 4 de marzo de 2016⁵¹. El perito no se hizo presente en las diligencias judiciales. La parte actora solicitó complementación o adición de la prueba, lo cual fue descartado por el Juzgado Administrativo, al advertir que lo señalado correspondía a desacuerdos o inconformidades, que serían analizadas en sentencia. El apoderado judicial de Fonade, por su parte, presentó objeción por error grave, a lo que el Despacho instructor del trámite destacó que con ésta *“no se solicitan pruebas para sustentar la objeción por error grave, e igualmente que el despacho no considera necesario decretarlas de manera oficiosa, al momento de proferir fallo, se decidirá sobre la prosperidad o no de la objeción propuesta por la parte demandada contra el dictamen pericial (...)*⁵².

6.1. Objeción por error grave formulada por Fonade a la prueba técnica: basado en el informe de la firma Ingeobras S.A.S., la parte indica que la prueba pericial no contiene razones o sustento del por qué se debe reconocer valor alguno por las pretensiones formuladas por el contratista⁵³.

7. Testimonio de Carlos Tovar Oliveros: Ingeniero de profesión, laboro para Fonade hace once años, aproximadamente. Conozco al demandante, debido a que fui el Gerente en el contrato en mención, hubo observaciones del contratista sobre la ejecución y la revisión final. Hago alusión al convenio 2009-102, el convenio fue suscrito con el municipio de Hispania, y de ahí se derivaron los contratos de obra e interventoría. (Minutos 4:20 y ss. CD, audio 1, folio 383). El contrato inició en junio de 2010 y fui el supervisor de éste. Mis funciones eran hacer seguimiento a la ejecución del proyecto; revisión a la interventoría y sus obligaciones. Regularmente iba cada mes a visitar el proyecto. *“¿Se presentaron inconsistencias?”* (Minuto 7:45 y ss.), el contrato tenía dos etapas: 1) revisión y ajustes de diseño: se presentaron observaciones y 2) en la obra, también (Minutos 8:40 y ss.).

En la primera etapa las revisiones del contratista fueron porque el Municipio entregó la revisión técnica, y Fonade a través del contratista hacía una revisión, y ajustaba lo requerido para que el proyecto se ejecutara adecuadamente. El Municipio hizo unos ajustes

⁵⁰ Folio 466, y su reverso. C.1.

⁵¹ Folio 467 y ss., y su reverso. C.1.

⁵² Folio 493, reverso y ss., C.1.

⁵³ Folio 492 reverso y ss. C.1.

técnicos. El Municipio de Hispania tenía por obligaciones entregar el predio, los estudios diseños y licencias y permisos; Fonade hacía la ejecución del contrato de obra.

Fonade es el ejecutor del proyecto y para eso contrató con Ricardo Herrera (demandante) (Minutos 9:00 a 10:00 y ss.). *“Respecto al contrato de obra que corrió por cuenta del demandante, podría indicar cómo fue la ejecución del contrato, qué surgió”*, Respuesta: En la etapa de estudios y diseños, la obligación del contratista era ajustar para que el proyecto fuera ejecutable. Estaba en la obligación de hacer ajustes técnicos y presentarlos a Fonade para hacer los ajustes respectivos. En la primera etapa se presentaron ajustes a la revisión técnica de suelos realizado por los municipios, y el municipio hace ajustes y los presenta de nuevo Fonade, los revisa el contratista, y lo aprueba la interventoría, y con eso se arranca la etapa 2. La etapa 2 es la construcción de la obra y era en un plazo de 3 meses (Minutos 10:40 a 11:40 y ss.).

Pregunta: ¿el contrato de obra se ejecutó de acuerdo a la etapa precontractual? Respuesta: La etapa 2 de construcción se ejecutó y se recibió a satisfacción por interventoría (Minuto 12:00 y ss.) En los pliegos de condiciones fueron revisados por el área de estudios previos, teniendo en cuenta la información técnica suministrada por el municipio, y sobre la cual el contratista debía hacer la revisión y ajuste si se requerían algunos de los componentes técnicos, y esto lo aprobaba la interventoría. ¿Qué observaciones se dieron en la etapa 2? Respuesta: como resultado de la revisión y ajuste, se hicieron ajustes al presupuesto, los cuales fueron presentados por el contratista ante la interventoría para la revisión respectiva. Producto de eso se hizo una modificación del contrato inicial haciendo una adición por unas actividades no previstas, y una modificación de ciertas cantidades (13:00 y ss.)

¿El contratista ejecutó actividades por fuera del pliego? Respuesta: las que eran de la ejecución, se ejecutaron; hubo observaciones de interventoría que se hicieron, según el contratista, por fuera del plazo como tal y no fueron previstas. Pregunta: ¿se verificaron por interventoría las labores del contratista? Respuesta: Interventoría hizo la revisión sobre las observaciones del contratista (Minutos 14:20 y ss.) Pregunta: ¿Todas esas actividades fueron canceladas al contratista? Las actividades contractuales fueron las que se cancelaron (15:20 y ss.), y las que la interventoría revisó y aceptó a satisfacción.

¿Hubo obras no aprobadas por interventoría? Respuesta: Sí señor, porque de acuerdo a la revisión no cumplían y no estaban aceptadas por la interventoría (Minutos 15:25 y ss.). *—A continuación, toma la palabra el apoderado de Fonade—*, quien pregunta: ¿Hubo actividades no previstas que fueron presentadas por el contratista, que no fueron pagadas, y si no fueron pagadas cuál fue la razón? Respuesta: De acuerdo a la revisión de interventoría, fueron actividades que se hicieron posterior a la ejecución del proyecto, o sea, por fuera del plazo contractual. De acuerdo con las reglas de participación, cualquier actividad que no fue aprobada por interventoría no se pueden pagar (16:40 y ss.). *—El apoderado lee el hecho sobre coacción de firmar acta de renuncia al cobro del anticipo, para que el testigo se pronuncie—* (18:40 y ss.). Respuesta: en ningún momento obligué a que el contratista renunciara al anticipo. El anticipo está contemplado en las reglas de participación del contrato, y es el porcentaje del contrato, y está establecido en el manual

de interventoría y en las normas de participación, para el cobro y aprobación, en ningún momento obligué a que renunciara como tal a ese cobro, a ese trámite. (Minutos 19:20 y ss.).

Pregunta: ¿usted nunca obligó a que hiciera un contrato con el municipio de Hispania? Respuesta: no, porque nosotros no tenemos relación contractual con el municipio, nosotros no interferimos (Minutos 20:00 a 23:00), eso era responsabilidad de la Alcaldía para entregárselas a Fonade. Sobre los precios unitarios y el presunto recorte sustancial por parte de Interventoría: Respuesta: El procedimiento que tiene Fonade tanto en las reglas de participación como en el manual, dice que cuando se presenten actividades no previstas, deberá el contratista hacer sus APEUS y presentarlas a la interventoría para su evaluación, en caso de que la interventoría no esté de acuerdo, los presenta a Fonade, quien tiene un área especializada en revisión del presupuesto, que es independiente y revisa la revisión con los precios de mercado, y son los que evalúan si los precios del contratista se ajustan al mercado, y si son aprobados por la interventoría; si no se aprueban por la interventoría, ellos entran a dirimir como un tercero el precio. En el presente caso se presentaron observaciones y el contratista en varias ocasiones fue y se reunió con el área de estudios previos, fueron varias observaciones a las que no se acogía, se llegaron a acuerdos, y por eso se hizo modificación del contrato con inclusión de ítems no previstos, en el mes de enero de 2011 (23:00 a 25:00), por lo tanto, esa parte ni el gerente ni el supervisor tenemos injerencia en APEUS.

-El apoderado de la parte demandante toma la palabra-. Pregunta: ¿Usted en las visitas que realizó a la obra, y cuando firmó actas hizo alguna observación frente a obras adicionales, o modificación de ítems? (Minutos 25:10 y ss.) Respuesta: En las visitas que realizamos hacemos observaciones a la calidad de las actividades ejecutadas, a observaciones recomendadas a la interventoría para que sean evaluadas acorde a las especificaciones técnicas, y una vez verificadas sean presentadas a Fonade para las respectivas modificaciones o aclaraciones. La pregunta es: a las actas que usted suscribió hizo observaciones (26:20 y ss.) Respuesta: se hicieron observaciones a las actividades contractuales, y a las que no estaban identificadas se hizo recomendación de evaluación por interventoría, quien es responsable de la ejecución técnica de la obra. Pregunta: ¿sírvese informar si dentro de las actas que usted suscribió en el contrato de la regencia usted hizo observaciones? Respuesta: (28:45 y ss.) Durante la ejecución se presentan dos actas: una que es el acta de comité operativo entre contratista, interventor, y dejan constancia de la información; cuando una va como supervisor hace sugerencias que encuentra en su momento, sugerencias de calidad cuando no se ve que se cumple con las especificaciones, y se deja a cargo a la interventoría. Acta de comité técnico que debe hacerse semanalmente, y no necesariamente debe estar el supervisor del contrato, y dejan establecidos el avance de la obra (29:00 y ss.).

Pregunta: ¿usted hizo recomendaciones en la etapa de diseños? Respuesta: en la etapa de estudios y diseños, dado que la información fue presentada por el municipio y el contratista debe hacer la revisión, las recomendaciones que se hicieron fue para cumplir las especificaciones técnicas y normatividad del hogar de paso: parte sismo-resistente; norma NSR; parte eléctrica y acabados, y para eso estaba la interventoría para que revisaran

como partes de la verificación (Minutos 29:50 y ss.). Pregunta: ¿Usted supo de recomendaciones de estudios y diseños por parte de interventoría? Respuesta: la interventoría envía comunicaciones sobre observaciones a los productos del contratista, los cuales no cumplían o cuando cumplían entregaban toda la información para que le hiciéramos seguimiento. *-Requerido por el Juez para que responda (31:00 y ss.)-* Respuesta: sí hubo observaciones en la etapa de revisión y ajuste por parte de interventoría.

Pregunta: ¿En las visitas usted vio actividades no previstas por el contratista? (Minutos 31:40 y ss.) Respuesta: Las recomendaciones como supervisores eran en el marco del contrato, el contratista no podía ejecutar ninguna actividad no prevista sin aprobación o legalización de las mismas. Cualquier aclaración o modificación debía ser aprobada por la interventoría, esas son las recomendaciones que como supervisores hacíamos. (Minutos 32:00 y ss.). Pregunta: ¿identificó obras no previstas? Respuesta: Se identificaron obras que la interventoría decía que había actividades que el contratista estaba ejecutando sin la aprobación (32:30 y ss.). **La indicación que se hizo a la interventoría y al contratista fue que debían hacer las modificaciones de acuerdo a las reglas de participación, hacer la evaluación, mirar el presupuesto, y hacer la solicitud a Fonade para incluirlas.** (Minutos 33:00 y ss.). Pregunta: ¿fue al final de la obra cuando todo fue ejecutado a satisfacción? Respuesta: al final del contrato sí fui a revisar la obra y las actividades modificadas incluidas en el contrato fueron en enero y el contrato terminó en enero 31, hubo una modificación a mediados de enero donde se incluyeron modificaciones validadas que fueron aprobadas por Fonade. (Minutos 33:00 y ss.).

Pregunta: ¿Las actividades no previstas ejecutadas fueron consideradas y aprobadas por la interventoría, y por ende pagadas por Fonade? Respuesta: Todas las actividades que fueron revisadas con interventoría fueron pagadas. Unas que fueron modificadas en el contrato, otras que el contratista no presentó el debido cambio o especificación oportunamente, y la interventoría las pagó a través de una actividad complementaria. Según interventoría todas las actividades fueron pagadas (Minutos 34:00 y ss.).

Pregunta: Haciendo relación al anticipo, ¿sabe usted si el contratista había presentado la documentación para el pago del anticipo? Respuesta: la información fue presentada a Fonade, pero sin cumplir requisitos. Fonade en la revisión entrega y solicita la información de los formatos de recibo a satisfacción de la primera etapa, los cuales no fueron aportados por el contratista en su debido momento y por lo cual interventoría no avala la aprobación del pago del anticipo por faltar esta información (Minutos 35:20 y ss.). Pregunta: Sin embargo, la interventoría aprobó a finales de noviembre el anticipo, ¿Qué tiene para decir? Respuesta: la aprobó, pero faltaban unos documentos: el recibo a satisfacción de la primera etapa, y el formato de inicio del contrato, los cuales no fueron aportados por parte del contratista e interventoría; razón por la cual en un correo de diciembre se le dice que debe aportar la documentación a más tardar el día siguiente, lo cual no fue presentado, y por eso Fonade devuelve el desembolso manifestando que no se cumplieron la totalidad de los requisitos. (Minutos 35:00 a 37:00).

Pregunta: si fue aprobado por el interventor, ¿por qué se dice que se tenían que presentar unos documentos? Respuesta: lo que está es que no se presentaron los requisitos para el desembolso, uno de los requisitos es el recibo a satisfacción de diseño, y el acta de inicio de la etapa 2, esos eran los requisitos básicos para el desembolso del anticipo (Minutos 37:00 y ss.). Pregunta: Sírvase informar cuándo se inició la etapa de obra. Respuesta: fue en noviembre de 2010, no tengo el día exacto (Minutos 37.30 y ss.). –Se exhibe ante el testigo el folio 43 (Acta de inicio de obra FMI-A). Pregunta: Sírvase informar por qué no pagaron al contratista, a pesar que se reinició el contrato en noviembre de 2010. Respuesta: el contratista no presenta el formato FMI-A que era necesario, y por eso no se pudo pagar. (Minutos 6:30 y ss. Audio 02 – CD2). (Subrayas y negrillas del Tribunal).

6. Análisis de los reparos concretos

Lo que dice la pretensión impugnativa es que la juzgadora de primera instancia se equivocó en su valoración probatoria, debido a que no tuvo en cuenta la totalidad de los medios documentales, y el dictamen pericial, lo cual refleja el desequilibrio contractual presentado.

A juicio del Tribunal, el argumento de la impugnación, mirado en el contexto de la jurisprudencia relacionada en el marco teórico y de conformidad con los medios de convicción, no encuentra prosperidad en esta instancia.

A continuación, la Sala por razones metodológicas analizará los reparos a la sentencia proferida de forma separada, atendiendo que el contrato se ejecutó en dos etapas. Así, en primer lugar, se valorarán aquellos cuestionamientos que conciernen a la etapa de revisión y ajuste de diseños; y luego se examinarán los embates vinculados con la etapa de ejecución de la obra.

6.1. Reproches frente a la ejecución de la etapa de “revisión y ajuste de diseños”:

La parte actora reclama que en esta etapa se incurrió en gastos por mayores trabajos de revisión y ajustes de diseños. La *a quo* descartó su causación, dado que el sistema de pago es a precio unitario fijo, y frente a la primera etapa se estableció que el valor era el fijado para toda esa etapa. Recalcó que el contratista debía entregar los estudios y diseños ajustados, pese a los subproductos y gestiones para su obtención.

Para esta Sala la conclusión de la juez reluce acertada; sin embargo, ello merece una precisión: en realidad la improcedencia del reclamo pecuniario se origina en la ausencia de incumplimiento contractual atribuible a Fonade, más allá de que se hubiese incurrido en sobrecostos o se tuviese que ejecutar la etapa a cabalidad.

En otras palabras: los incumplimientos a las obligaciones del contrato por parte de la pasiva no están probados, en la primera etapa del contrato. Por tanto, los gastos o actividades que ejecutó el contratista no pueden calificarse como detrimentos contractuales, porque, como se verá a continuación, a la luz de lo pactado esto es atribuible exclusivamente a sus actos, y no a la acción u omisión de Fonade.

Téngase en cuenta que el pliego de condiciones estableció claramente que el sistema de pago es por precios unitarios sin fórmula de reajuste, lo cual implica que, “el constructor o contratista se obliga, salvo estipulación en contrario, a «sostener los precios unitarios originales estipulados para cada uno de los ítems de la obra realizada, aun cuando estos puedan sufrir alzas, riesgo que en la práctica puede recompensarse durante la ejecución o en la liquidación; o preverse, según las cláusulas de reajustes que, de común acuerdo, se pacten» (CSJ SC5568-2019, 18 dic., rad. 2011-00101-01)⁵⁴.

En el contrato de obra objeto de litigio se estipuló para la etapa de revisión de diseños, que, “Si producto de la revisión y ajuste de los estudios y diseños, se identifican actividades no previstas y mayores cantidades de obra que afecten sustancialmente el presupuesto establecido por FONADE, se deberán presentar los análisis de precios unitarios y soportes respectivos para su evaluación. En caso de no contar este convenio con los recursos financieros adicionales requeridos, el contratista deberá presentar nuevamente la evaluación de los diseños para ser ejecutados por etapas, teniendo en cuenta que cada etapa deberá dejarse habilitado para su correcto uso por parte de la comunidad. En caso contrario de no contar con los recursos y que la estructuración del proyecto no permita adelantar la obra por etapas, se dará por terminado la ejecución del contrato, pagándole únicamente al contratista la realización de la revisión y ajuste de los estudios y diseños.

A este propósito, es de ver que el contrato inició el 21 de junio de 2010⁵⁵. Sin embargo, en la ejecución de esta etapa se presentaron tres suspensiones por dificultades con las características y propiedades del suelo, sobre el cual se iban a ejecutar las obras, entre el 15 de julio y el 16 de noviembre de 2010⁵⁶. Para el 16 de noviembre de 2010 se reinició la ejecución del contrato, luego de que contratista e interventoría aprobaran la superación de las inconsistencias presentadas, ya que *“las actividades de adecuación del terreno y estructuras de contención a realizar por parte del Municipio de Hispania, las cuales provocaron la tercera suspensión del contrato, se encuentran actualmente en ejecución y no impiden el inicio de las actividades preliminares”*⁵⁷.

Lo anterior da cuenta que la parte demandante tenía conocimiento claro de las condiciones de la primera etapa del contrato, y, por tanto, era su deber a la hora de realizar la oferta económica, haber previsto la totalidad de gastos en los que iba a incurrir en esta etapa. Téngase presente que el pliego de condiciones, establece con nitidez frente a la mayor cantidad de obra que *“El contratista está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten necesarias para la ejecución del objeto contractual, a los mismos precios contenidos en el formato 07 “Propuesta Económica”, previa autorización de la Interventoría. En caso de presentarse mayores cantidades de obra, estas podrán compensarse mediante acta suscrita entre el interventor y el contratista, con supervisión de FONADE”*; y según fue descrito por la empresa interventora a la reclamación realizada por el contratista al acto de liquidación final, *“el contratista era consciente que todo trabajo realizado durante el periodo de suspensión, sin excepción alguna, correría por su propia cuenta y no representaría gastos adicionales a cargo de la Entidad Contratante”*⁵⁸.

Este panorama refleja que entre contratista e interventoría no se estableció acuerdo de mayores cantidades de obra en la etapa de revisión y ajuste de diseños; y ello no merece reproche en esta instancia, puesto que el contrato celebrado prevé con claridad una

⁵⁴ En este mismo sentido SC505-2022

⁵⁵ Folios 35 y ss. Cuaderno 1.

⁵⁶ Folios 44 y ss. Cuaderno 1.

⁵⁷ Folios 44 y ss. Cuaderno 1. Acta de Reinicio FMI024.

⁵⁸ Folios 188 y ss. Reverso Cuaderno 1.

prohibición general en el pliego de condiciones, consistente en que *“Le está prohibido al contratista ejecutar ítems o actividades de obra no previstos en el contrato, sin que previamente, se haya suscrito el respectivo contrato adicional. Cualquier ítem que ejecute sin la celebración previa del documento contractual será asumido por cuenta y riesgo del contratista, de manera que Fonade no reconocerá valores por tal concepto.”*

En puridad, el acervo probatorio permite colegir que la obligación de cumplir con la primera etapa del contrato se ejecutó a cabalidad por parte del contratista, una vez se superaron las causas de suspensión del convenio; y que el contratista tenía pleno conocimiento de las labores que debían adelantarse, para lo cual incluso realizó una oferta económica vinculante, que fue la que determinó las condiciones económicas de la convención estatal.

En consecuencia, si la parte demandante falló en esta actividad, en sus proyecciones y análisis de mercado, su falta de previsión y su conducta inexperta en ese campo sólo al contratista le es atribuible, de manera que, si obtuvo pérdidas en esta etapa, no pueden ser imputables a Fonade, porque el contrato determinó claramente que cualquier actividad adicional, debía pasar por el matiz de interventoría y la entidad contratante, para concluir en una eventual adición al contrato, en los términos del pliego de condiciones.

Cumple significar que los reproches consistentes en que no se realizó una recta interpretación de las actas de suspensión; que no se tuvo en cuenta el libro de obra o bitácora; y que se menospreció la prueba pericial, no varían lo hasta ahora concluido.

La bitácora de obra⁵⁹, si bien da cuenta de la ejecución de estudios y labores sobre el lote de terreno, estos actos *per se* no suplen la prueba del incumplimiento atribuido a FONADE, lo cual se descarta de plano en lo que respecta a esta etapa del contrato, porque las condiciones contractuales fueron ejecutadas en debida forma por la entidad convocada, y fue precisamente el contratista quien desatendió sus deberes, especialmente la diligencia exigida como ingeniero civil, a la hora de efectuar su propuesta económica sin efectuar los cálculos acertados.

Este razonamiento se extiende por igual sobre las actas de suspensión y la prueba pericial. Las suspensiones del contrato reflejan una circunstancia necesaria del contrato, ya que con esto se procuró sortear las dificultades que se presentaron con las condiciones del terreno. Si en este interregno el contratista ejecutó labores extracontractuales, que no fueron plenamente informadas a la interventoría y a Fonade, no cabe duda que fue un acto deliberado del contratista, que en modo alguno vinculaba a la entidad contratante, en virtud de lo estipulado contractualmente.

De otro lado, al margen de las deficiencias que ostenta la prueba pericial –lo cual será motivo de análisis más adelante–, lo cierto es que su contenido incluso descarta la acreditación de causación de sobrecostos y gastos no previstos, por concepto de: *“1.0 Por mayores valores trabajos de coordinación para la revisión y ajuste a los estudios y diseños realizados (...); “6.2. Pago de póliza de seguro de cumplimiento (...); “7.3.1. Segundo informe revisión de estudios de suelos”; “7.3.3. Múltiples visitas al municipio de Hispania por parte del (...) contratista (...) cuando se*

⁵⁹ Folios 79 y ss. Cuaderno 1.

encontraba suspendido en gran parte, en atención a los requerimientos de la Alcaldía y supervisor de contrato...⁶⁰.

Ahora, en lo que tiene que ver con el reconocimiento por excedente en el pago por aporte a EPS y pensión, del mes de diciembre por valor de \$536.184, para el desembolso del 90% del valor de la etapa de revisión de estudios y diseño, la Sala atisba que el raciocinio de la *a quo* es acertado, porque desde el pliego de condiciones se previó el valor a percibir por utilidad, y por ello era el contratista quien le asistía hacer la liquidación de los aportes a seguridad social. Esta circunstancia debió incluirse con claridad por parte del contratista, a la hora de efectuar el cálculo de su oferta económica en aquellos acápites vinculados con gastos de administración e imprevistos, máxime que uno de los requisitos habilitantes para todo proponente era allegar *“Certificación de pagos al sistema de seguridad social y de aportes parafiscales”⁶¹.*

En punto del no pago del anticipo y la supuesta exigencia del gerente del proyecto a renunciar a este, no se evidencian medios de convicción que acrediten este pormenor. El testigo Carlos Tovar Oliveros, gerente del contrato en representación de FONADE, fue claro en explicar en audiencia que la solicitud de anticipo sí se presentó, pero *“sin cumplir requisitos”*, ya que no se aportaron los formatos de recibo a satisfacción de la primera etapa. Y a pesar de que la parte actora procuró desacreditar esta circunstancia enrostrándole al testigo que Interventoría había avalado el pago del anticipo, no desvirtuó que no se hubiesen aportado los documentos necesarios para habilitar el pago, a lo cual explica el testigo que *“por eso Fonade devuelve el desembolso manifestando que no se cumplieron la totalidad de los requisitos”*. (Minutos 35:00 a 37:00).

Las exigencias de FONADE para entregar el anticipo reposan en el pliego de condiciones, en su numeral 4.2.5.2., y al haber suscrito el demandante misiva de fecha 17 de diciembre de 2010 en la cual expresa, renunciar al cobro del anticipo, bajo el argumento de que el trámite y desembolso *“no fue aprobado por la Interventoría según consta en su comunicación IO-IHPH-060-10 del 6 de diciembre y la fecha límite para su radicación y trámite en Fonade venció el pasado 13 de diciembre de los corrientes”⁶²,* no puede concluirse algo distinto en esta instancia.

Destáquese que este documento no fue tachado de falso, ni desconocido en su contenido por la parte actora, como para restarle valor suasorio. El contratista tampoco cumplió con demostrar que, presuntamente, este acto dispositivo de renuncia fuera producto de una coerción o fuerza; y lo cierto es que los dichos del único testigo escuchado en este proceso ofrecen a la Sala plena convicción de que se trató de una falta de cumplimiento y diligencia exclusiva del demandante, al no atender los requerimientos de la entidad contratante, para poder habilitar el pago de este rubro.

Con base en esta disertación es que también debe señalarse que no existe incumplimiento de la entidad demandada, en no reconocer los pagos efectuados por concepto de garantías de cumplimientos (pólizas) por parte del contratista; porque,

⁶⁰ Folios 466, reverso. Cuaderno 1.

⁶¹ Folio 18, Pliego de condiciones. CD3.

⁶² Folio 199, C.1.

sencillamente, si no hubo anticipo, no había objeto de amparo de buen manejo de anticipo, y esa circunstancia atañía únicamente al contratista, en su calidad de tomador. En otras palabras: las cargas jurídicas que le asistían al contratista, en modo alguno pueden extrapolarse a Fonade; máxime cuando lo que se entrevé es una completa falta de cuidado y organización del contratista, en la gestión de sus deberes como contratista, ya que no se adhirió a las reglas del contrato y el pliego de condiciones.

6.2. Reparos frente a la ejecución de la obra:

Lo que asevera el extremo impugnador es que las actas de mayores y menores cantidades no previstos, no se traducen en una renuncia del contratista al cobro de las obras ejecutadas en exceso; y que las mayores cantidades de obra por ítems y actividades de cimentación ya habían sido reconocidas por la interventoría y la demandada, a través de acta Nro. 1 del 9 de diciembre de 2010. Se reprocha no haber otorgado valor demostrativo a la prueba pericial.

La *a quo* en su sentencia estableció que en cada acta de suspensión se pactó que no se generaría gastos de administración adicionales por permanencia en la obra o lucro cesante a cargo de FONADE, las cuales fueron suscritas por el contratista y el interventor. Destacó que en el acta de prórroga y modificación se resaltó también esta circunstancia, y que tal documento no contiene ninguna salvedad o manifestación de inconformidad. Descartó la prueba pericial, al esbozar que su contenido se limita a hacer una recomendación de reconocer algunos ítems, sin presentar soporte ni análisis específico.

Para la Sala las conclusiones de la juzgadora de primer grado no resultan susceptibles de reproche en esta segunda instancia. Ciertamente la prueba pericial practicada no desarrolla con nitidez el objeto de la prueba. Ahora bien, sí debe reconocer este cuerpo colegiado que la *a quo* no ofreció argumentos sólidos y motivados para descartar el medio de convicción, e incluso omitió resolver sobre la objeción por error grave formulada por el gestor judicial de Fonade.

Sin embargo, en realidad la prueba técnica practicada sería útil exclusivamente en el evento en que el incumplimiento contractual se demostrara, porque a partir de su contenido podría analizarse la concreción del daño contractual, y su nexo de causalidad, toda vez que la desatención de las obligaciones por parte del extremo convocado es un punto de derecho que corresponde al Juez determinar, a la luz de los acuerdos alcanzados por las partes, en cotejo con la conducta contractual desplegada en la ejecución del acuerdo bilateral.

Ahora bien, en aras de agotar cabalmente la instancia, y como quiera que la parte actora reprochó la falta de valoración del dictamen pericial, a la luz de las reglas de apreciación probatoria, este Tribunal precisará las razones que impiden otorgar valor suasorio a la prueba técnica. Esto, bajo la imperiosa precisión de que la objeción por error grave no será objeto de pronunciamiento en esta sentencia, en cumplimiento al principio de limitación del recurso de apelación, ya que, en orden al interés para recurrir, correspondía alegar este punto a la parte que la formuló (Fonade).

Precisado lo anterior, cumple indicar que para esta Sala Civil la experticia no cumple con satisfacer los parámetros de claridad, exhaustividad y precisión (Art. 232 Código General del Proceso) que se exigen de toda prueba pericial. El dictamen no efectúa un análisis pormenorizado de las distintas pruebas documentales, y sólo se vale del documento de salvedades e inconformidades a la liquidación del contrato de obra, y no cumple con señalar la metodología implementada en el análisis efectuado; tampoco se valoran las comunicaciones cruzadas entre el contratista y la Interventoría, como para deducir que los ítems y/o actividades no contratadas, sí debían reconocerse.

Incluso, para este Tribunal la aseveración del perito ingeniero en cuanto a que “algunos (ítems) no están soportados debidamente o por falta de evidencia técnica o por estar incorporados dentro de la administración”, siembra serias dudas sobre el soporte documental de las actividades contractuales analizadas, y por ende, alejan de toda certeza probatoria la ocurrencia de actividades, ítems y obras no previstas en el contrato.

Cumple indicar que la apreciación de las condiciones del contrato y el rol de la firma interventora resultaban elementos necesarios para el agotamiento de la experticia, sin que con ello se pretenda imponer una exclusiva metodología de la prueba pericial; la cual, se resalta una vez más, es inexistente en este caso.

Téngase presente que, como lo ha establecido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia⁶³, “es verdad consagrada la de que uno de los requisitos sine qua non (...) que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos sobre que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y que compete al juzgador apreciar con libertad esta condición, dentro de la autonomía que le es propia, no obstante que el dictamen no haya sido materia de tacha u objeción de las partes en el traslado correspondiente”⁶⁴.

Esa carga de fundamentación del dictamen a la que alude la cita jurisprudencial se extraña en la experticia realizada por el profesional ingeniero de la Universidad Nacional de Colombia. Motivo por el cual este Tribunal no variará las conclusiones fijadas por la *a quo* en cuanto a su valor demostrativo, pero por las razones antes esgrimidas.

De otro lado, y pasando al estudio de los reproches vinculados a las mayores cantidades de obras e ítems, esta Sala de Decisión debe hacer énfasis en que el contrato de obra objeto de litigio fue modificado por las partes para el 21 de enero de 2011, con ocasión a que “3) El 16 de diciembre de 2010, las partes acuerdan adicionar el valor del contrato de obra No. 2101102 en la suma de NUEVE MILLONES SETENTA MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$9.070.736) M/CTE, debido a que surgió la necesidad de efectuar mayores cantidades de obra y actividades no previstas tales como cimentación, estructura, mampostería, pisos, impermeabilización con manto, elementos de cubiertas, carpintería metálica, instalaciones eléctricas, para garantizar el normal y óptimo funcionamiento de las instalaciones a entregar”.

⁶³ SC3941-2020

⁶⁴ CSJ, SC del 5 de abril de 1967. G.J., t. CCXVI, pág. 440. Tales inferencias de la Sala son atendibles en la actualidad, esto es, bajo la vigencia del Código General de Proceso, como quiera el inciso 5° de su artículo 226 establece que “[t]odo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos, técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones” (se subraya). -

En este punto se enfatiza que FONADE aprobó los 17 ítems relacionados no previstos, indicando que los valores se ajustaban a las condiciones del mercado. Se expresó además que: **“13) Mediante solicitud de novedades de contratación derivada FMI 011 N° 107 del 19 de enero de 2011, el gestor del convenio No. 2009102 y el Coordinador del Grupo de Ejecución de Fonade, solicitan modificar las cantidades de obra para incluir ítems no previstos y mayores cantidades de obra y prorrogar el plazo de ejecución del contrato en DIEZ (10) DÍAS CALENDARIO, toda vez que durante la ejecución final del proyecto y una vez se terminaron actividades como cimentación, estructura cubierta y mampostería, se realizó la verificación de las actividades pendientes por ejecutar, encontrando que algunas no contractuales se requerían para dejar en total funcionamiento y adecuado uso la edificación”**. Las cantidades y valores de obra fueron modificados (Cláusula primera); así como el plazo de ejecución, prorrogado diez días más (cláusula segunda), estableciéndose que **“El contratista manifiesta expresamente que esta prórroga no le causa costos ni gastos distintos a los inicialmente convenidos”**⁶⁵.

De acuerdo con lo anterior, para este Tribunal la inferencia probatoria realizada por la funcionaria judicial de primer grado reluce acertada. Esta Sala no desconoce, como lo indica el recurrente, que en la etapa contractual surjan vicisitudes que obliguen a las partes a concertar nuevas condiciones de ejecución. Precisamente en el contrato examinado, esa eventualidad se encontraba previamente establecida como una posibilidad desde el pliego de condiciones; pero, claramente, para realizar modificaciones era necesario que se agotaran requisitos y etapas que vinculaba el actuar de contratante, contratista e Interventoría.

Justamente en uso de esa facultad contractual las partes consintieron en modificar las condiciones económicas del acuerdo, celebrando una modificación al mismo en cuanto a su incremento presupuestal (por valor de \$9.070.736), y el plazo, prorrogado diez días calendario más.

Sin embargo, tal y como lo definió con atino la Juez de primer grado, el contratista demandante no expresó inconformidad o salvedad, de cara a la modificación del contrato; y consintió expresamente la inclusión de los nuevos ítems, a su solicitud, y el valor atribuido a cada actividad e ítem.

Contrario a como afirma el recurrente, para esta Sala sí es contrario a la buena contractual realizar salvedades y objeciones a la liquidación del contrato, luego de haberse posibilitado al contratista en distintas etapas haber efectuado las modificaciones pertinentes, a fin de no incurrir en sobrecostos o en actividades no pactadas asumidas a cuenta y riesgo del contratista. Esto, en una sola frase, es una directa contravención a los actos propios del contratista. Figura jurídico-contractual sobre la cual el Consejo de Estado⁶⁶ ha tenido ocasión para desarrollar los siguientes argumentos, en el marco de controversias contractuales por desequilibrio económico del contrato estatal. Veamos:

“Sentado lo anterior, viene al caso puntualizar que en varias providencias de la Sección Tercera de esta Corporación se ha advertido que las etapas del contrato son de carácter preclusivo, lo que equivale a sostener que las partes gozan de las oportunidades para negociar y pactar las condiciones del contrato, para disponer su suspensión cuando las circunstancias existentes no

⁶⁵ Folio 34, C.1.

⁶⁶ Sentencia del 8 de mayo de 2019. CSE – Sección Tercera, Subsección A. Radicado 050012331000200600318 01 (58895).

hagan posible su ejecución en el término convenido, así como para proponer y acordar sus modificaciones, con base en la información disponible al tiempo en que estas se suscriben y en sus propios cálculos, las cuales, una vez formalizadas, agotan la posibilidad en lo que se refiere a buscar nuevos reconocimientos sobre las mismas condiciones que se conocieron, o debieron conocerse al tiempo de la celebración del contrato, al de su respectiva modificación o cuando se dispuso la suspensión⁶⁷.

A propósito de las modificaciones del contrato y a los efectos que se desprenden del acuerdo que en ese sentido se suscribe sin que las partes hubieran previsto algún mecanismo para contener los percances económicos que pudieran desencadenarse por el paso del tiempo, se ha considerado:

“Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea ‘venire contra factum proprium non valet’, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas”⁶⁸.

Siguiendo ese esquema, es cierto que durante la relación negocial las partes pueden afrontar dificultades relativas a la definición de los alcances y contenido de las prestaciones contraídas con ocasión del negocio jurídico, inconvenientes que bien pueden solventarse a través de acercamientos de los extremos co-contratantes encauzados a redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su ejecución y que se materializan a través de contratos adicionales, prórrogas, modificaciones o acuerdos que convengan su suspensión.

Es por eso que estos instrumentos deben contener tanto el acuerdo relativo a las modificaciones que habrá de sufrir el alcance y dimensión del objeto contractual como al precio o medida dispuestos para cubrir esas alteraciones, dado que resultaría alejado del principio de buena fe contractual^[xliii] que se transara la renegociación en unos términos y luego, al final de la ejecución, se sorprendiera a la contraparte con reclamaciones que se entendían zanjadas.”

En ese contexto, y aplicando la regla jurisprudencial antes citada al caso bajo estudio, es preciso puntualizar que el arreglo contractual incorporado en el aludido documento de modificación al contrato de obra, en cuanto a la adición del precio, la fijación de nuevos ítems y valores, y la prórroga al plazo de entrega de la obra, son convenios que reflejan el consenso de las partes, en un primer momento, para agotar el valor del contrato y, luego, para adicionarlo presupuestalmente en procura del cabal cumplimiento de su objeto y para lograr la ejecución plena del contrato.

Aunado a lo expuesto, el hecho de que se hubiese acordado que **“El contratista manifiesta expresamente que esta prórroga no le causa costos ni gastos distintos a los inicialmente convenidos”⁶⁹**, desdibuja cualquier posibilidad de plantear cuestionamientos vinculados a nuevos costos por actividades ejecutadas, porque expresamente esto fue excluido de debate por los contratantes, precisamente porque la modificación del convenio era fiel

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2016, exp. 47336. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 3 de agosto de 2016, exp. 56.513.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. No. 10.151. Esta postura fue reiterada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, en sentencia del 21 de septiembre de 2017, exp. 37.478.

⁶⁹ Folio 34, C.1.

reflejo de las verdaderas condiciones económicas, técnicas y materiales del contrato para su plena ejecución.

Precítese además que esta modificación al contrato primigenio contempló que las demás condiciones del contrato permanecían incólumes, lo que apareja que no habiéndose cuestionado la legalidad de los acuerdos en comento, debe concluirse que gozan de validez y las estipulaciones allí contenidas están llamadas a producir plenos efectos. En ese orden, no resulta ajustado de cara a la voluntad contractual de las partes, y al orden jurídico en general, que en sede judicial se desconozca el libre consentimiento que en dicho acuerdo se depositó frente a la imposibilidad de hacer reclamaciones posteriores⁷⁰.

8. Conclusión

Se concluye pues conforme a la jurisprudencia y doctrina relacionada, y a las pruebas relevantes aportadas al expediente, que acertó la juzgadora de primera instancia en negar las pretensiones de la demanda. El incumplimiento contractual no está acreditado, y sí está demostrado que Fonade honró los acuerdos alcanzados con el contratista, y con ello no puede deducirse que se presentó un desequilibrio contractual. El demandante a lo largo de la ejecución del contrato tuvo oportunidades para modificar las condiciones alcanzadas, pero cuando tuvo ocasión para ello no realizó salvedades que ahora en sede jurisdiccional sí busca hacer valer. Por estos motivos habrá de confirmarse íntegramente la sentencia de primera instancia.

9. Las costas

A voces del canon 365, numeral 1, del Código General del Proceso se condenará en costas a la parte demandante, en segunda instancia. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 366 *ejusdem*, las agencias en derecho se fijarán mediante auto del Magistrado Ponente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA CIVIL – FAMILIA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2019, por el Juzgado Civil del Circuito de Andes dentro del proceso declarativo promovido por Ricardo Antonio Herrera Ganem frente a la entidad Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE)

⁷⁰ Sobre el particular ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2012, exp. 21.429

SEGUNDO: Se condena en costas de esta instancia a la parte demandante, ante el fracaso del recurso. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 366 *ejusdem*, las agencias en derecho se fijarán mediante auto del Magistrado Ponente.

TERCERO: En firme esta sentencia, devuélvase el proceso a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutido y aprobado según consta en Acta No. 293

Los Magistrados,

(Firma electrónica)
WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA

(Firma electrónica)
CLAUDIA BERMÚDEZ CARVAJAL

OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA
(Ausencia justificada)

Firmado Por:

Wilmar Jose Fuentes Cepeda
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Claudia Bermudez Carvajal
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f2bc50cb5c1adb5f82acd58e195d08689d8785cbb76f9dac6885ea7da75bc4d0**

Documento generado en 17/08/2023 04:42:39 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA CIVIL – FAMILIA

Medellín, tres de octubre de dos mil veintitrés

Proceso	: Filiación
Asunto	: Recurso de Queja
Ponente	: WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA
Auto	: 180
Demandante	: Delio Ferney López Londoño
Demandado	: Deisy Kimberly Giraldo y otra.
Radicado	: 05736318400120220018901
Consecutivo Sec.	: 1626-2023
Radicado Interno	: 0376-2023

ASUNTO A TRATAR

Se decide el recurso de queja interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el auto de 7 de julio de 2023, por el cual, el Juzgado Promiscuo de Familia de Segovia denegó la concesión del recurso de apelación que formuló éste contra el proveído de 14 de junio pasado dictado dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Delio Ferney López Londoño presentó demanda contra Daisy Kimberly Giraldo Gallego y Lina Marcela Jaramillo Posada, para que se declare que aquél es el padre biológico de la niña **M**, y que producto de ello se ordene el registro de la sentencia y opere el cambio de apellidos de la menor. En el pliego introductor, concomitantemente, se solicitó el decreto y práctica de la prueba de ADN.

2. El 5 de enero de 2023, se admitió el libelo inicial y se decretó la prueba científica a la niña, al demandante y a las demandadas.

3. Las demandadas contestaron el pliego introductor y se opusieron a sus súplicas, pues, en su sentir, *“la realidad familiar de M requiere un tratamiento diferencial por parte de la jurisdicción (...) La prueba de ADN pretendida, resulta insustancial para su forma familiar ...”*.

4. En providencia de 25 de abril de 2023, el *a-quo* tuvo por **NO** contestada la demanda (por extemporaneidad en el escrito de réplica); mas sin embargo, estimó necesaria la práctica de la prueba genética.

5. Mediante auto de 14 de junio de este año, la agencia judicial que lleva la causa dispuso:

“continuar con el trámite correspondiente del proceso, como quiera que, no fue posible realizar la prueba de ADN decretada en el presente proceso, toda vez que las demandadas no se hicieron presentes ante el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el día y hora señalados, a pesar de que han sido citada en dos oportunidades, a lo que se suma que allegaron escrito, a través del apoderado judicial, quien manifestó que ellas no cuentan con la forma económica para trasladarse hasta la ciudad de Medellín para tales efectos, pero que aceptan que el demandante es el padre de biológico de la niña M.J.G. En ese orden, ejecutoriado el presente auto, se dispone pasar el expediente a despacho para dictar sentencia de plano escrita, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 y 4, literal a) del artículo 386 del C.G.P. Se estimarán en su valor legal probatorio, los documentos allegados con la demanda”.

6. Inconforme con la precitada decisión, el abogado de las demandadas interpuso los recursos de reposición, como principal, y de apelación subsidiariamente, con el objetivo de que se decreten pruebas de oficio para verificar las condiciones socio familiares de la menor. En pos de su ataque, expresó el profesional del derecho que sus representadas *“reconocen y aceptan que el demandante fue el dador de esperma que necesitaban para tener su hija”*; pero, esgrime, no puede modificarse el estado civil de la niña, *“sin establecer, de oficio, por mandato legal y jurisprudencial cuál es la real situación familiar”* de la pequeña.

7. Con auto de 7 de julio de 2023, el Juzgado Promiscuo de Familia de Segovia resolvió no reponer el auto atacado y tampoco conceder la alzada subsidiaria, con base en los siguientes razonamientos:

“ ... toda vez que las demandadas (...) no contestaron la demanda dentro del término legal, debió esta judicatura proceder a dictar sentencia acogiendo las pretensiones de la demanda; sin embargo, para ahondar en garantías y establecer la verdadera filiación de la niña (...), decretó la práctica de la prueba de ADN, a la cual no asistieron las demandadas, aunque aduciendo la falta de recursos económicos para trasladarse a la ciudad de Medellín con el fin de asistir al Laboratorio (...) carga que no podía imponérsele tampoco al demandante, ya que de igual manera se encuentra amparado por pobre. Fue por consiguiente que, apoyada en los preceptos jurídicos citados, a través de la providencia recurrida se ordenó pasar el proceso a despacho para dictar sentencia y tener en su valor legal la documentación aportada con la demanda, pues, como se desprende de la lectura de dichos fundamentos legales, es facultad del juez decretar pruebas en caso de estimarlas necesarias, facultad con la que también cuenta por disposición del art. 169 del C.G.P; y de la que no estima necesario hacer uso; sin perjuicio de que, más adelante, de considerarse pertinente, pueda tomarse otra decisión al respecto (...) Así las cosas, esta judicatura mantendrá la decisión tomada; y, como quiera que la providencia recurrida no es susceptible de apelación, no se concederá el mismo. En este sentido, importa señalar que el numeral 3 del artículo 321 del citado

Estatuto Procesal, enlista como auto apelable ‘El que niegue el decreto o la práctica de pruebas’, decisión ésta que dista de la tomada en el proveído que se rebate, en el cual, por el contrario, se decretó prueba documental y ordenó pasar el proceso a despacho para sentencia”.

EL RECURSO DE QUEJA

El impugnante formuló recurso de reposición frente a la decisión del juez de primera instancia y en subsidio recurso de queja. En esencia, señaló que la apelación es procedente por mandato del numeral 3° del artículo “231” sic del Código General del Proceso, y que *“No es viable, bajo ningún concepto, proceder a modificar el estado civil de una niña y su conformación familiar especial y singular, sin establecer, de oficio, por mandato legal y jurisprudencial cual es la real situación familiar de la niña M como sujeta de especial protección, constitucional, convencional y legal y garantizar el goce efectivo de su derecho fundamental a tener SU propia familia y no ser separada de ella. Este es el sustento legal, convencional y constitucional de la solicitud probatoria oficiosa, que si bien se peticiona por la parte, es negada por la operadora judicial. Esta negación es la fuente de procedencia del recurso de alzada negado, que en esta oportunidad se repone y que en caso de negarse nuevamente, se solicita que se dé trámite a la queja, para que el superior defina su procedencia”.*

CONSIDERACIONES

1. Como reiteradamente se ha sostenido, el recurso de queja previsto en el artículo 352 del Código General del Proceso tiene por finalidad permitir que el superior, con abstracción de toda consideración acerca de los razonamientos de fondo expuestos por el juzgador, examine si su actuación es acertada en la negativa de conceder la alzada impetrada, es decir, a esta instancia sólo compete por virtud del recurso de queja determinar si el auto cuestionado resiste o no el conocimiento del segundo grado de competencia, y si se interpuso en tiempo por quien tiene la legitimidad para impugnar la providencia.

2. En materia civil, el Código General del Proceso reglamenta el recurso de alzada en los artículos 320 a 330. De la normatividad en comentario es dable concluir que todas las sentencias son susceptibles de apelación salvo las de única instancia y las que se dicten en equidad. Pero, en materia de autos, rige el principio de la especialidad, conforme al cual **solamente son apelables los autos que expresamente consagre el Código en el artículo 321 o en normas especiales, y ningún otro.** Por manera que no caben analogías porque, justamente, tratándose de providencias interlocutorias este recurso tiene carácter restrictivo.

3. Por manera que, a la luz de las precisiones efectuadas en precedencia, la competencia de este Tribunal, en tratándose del recurso de queja, se circunscribe a examinar si la providencia en cuestión es o no apelable, o en otros términos, si goza del beneficio de la segunda instancia. En ese orden, solo a vuelta de realizar el contraste pertinente, donde despunta con marcados caracteres el

principio de la taxatividad, es que es posible a esta Corporación señalar si la apelación estuvo bien o mal denegada.

4. Pues bien: la regla procesal que viene a cuento, a no dudarlo, es la del numeral 3° del artículo 321 del Código General del Proceso, a cuyo tenor, es apelable el auto que “... *niegue el decreto o la práctica de pruebas*”.

Y la verdad, para de antemano ponerlo de presente, el auto de 14 de junio de este año, en aparte alguna contiene un pronunciamiento en el sentido de negar el decreto o la práctica de alguna prueba, pues, ante la constatación de que las demandadas no asistieron al laboratorio para realizar la prueba de ADN, previamente decretada, la juzgadora de conocimiento determinó dictar sentencia de plano escrita, y estimar con su valor probatorio los documentos allegados con la demanda.

Si las cosas son así, como en efecto se corrobora con la lectura de la respectiva providencia, no es posible predicar de ella la posibilidad de un examen en segundo grado, habida cuenta que este se encuentra reservado para las determinaciones que “*niegan*” el decreto o práctica de alguna prueba, y no para aquellas que disponen el ingreso de la actuación para emitir fallo por escrito y de plano.

Es más, el recurrente no presenta, en el marco de la taxatividad imperante, razones tendientes a demostrar por qué el referido auto goza del beneficio de alzada, diferentes a la enunciación del numeral 3° del artículo 321 del Código General del Proceso, que como se vio, no subsume los ordenamientos emitidos en el auto de 14 de junio de 2023.

Por el contrario, el impugnante insiste en que no es posible entrar a modificar el estado civil de la niña, sin establecer, incluso de oficio, la conformación de su situación familiar actual; argumentos que, aunque sin duda importantes, no atienden el propósito para el cuál se ha instituido el remedio procesal de la queja.

Ahora bien. Cumple indicar que el auto frente al cual no se concedió el recurso de apelación, esto es, el de 14 de junio de 2023, no estuvo propiamente precedido de una solicitud probatoria, como para inferir de ello una denegación en el decreto de alguna probanza. En efecto, el memorial que el abogado de la parte demandada adosó por correo el 31 de mayo de 2023, contiene, en estrictez, aspectos informativos a saber: “*PRIMERO: tal como se informó en el memorial anterior, mis representadas no cuentan con los medios económicos suficientes para trasladarse a la ciudad de Medellín a cumplir con la orden dada por su Despacho. SEGUNDO: se informa que no es la voluntad de mis representadas negarse a cumplir la orden dada*”.

5. En suma, el auto que incorporó como pruebas unos documentos y ordenó el ingreso de la actuación para sentencia de plano y por escrito, no es susceptible

de controvertir en sede de apelación, toda vez que por ninguna parte contempla el estatuto procesal civil vigente la posibilidad de impugnarlo por esa vía; por supuesto que si en materia de apelaciones el sistema procesal colombiano, incluso el nuevo, acude a un criterio eminentemente restrictivo, de tal manera que sólo cuentan con ese beneficio aquellos proveídos expresamente señalados en la ley, no puede decirse, entonces, que dicho medio impugnativo quepa en el caso de ahora, donde se enfila contra un auto que no se encuentra enlistado como apelable en el artículo 321 del código general del proceso, ni hay disposición especial que lo señale como tal.

Como secuela de lo dicho, se declarará bien denegada la concesión del recurso; no habrá condena en costas, por no aparecer causadas.

D E C I S I Ó N

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA CIVIL – FAMILIA,**

RESUELVE:

PRIMERO: Se declara bien denegado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la decisión emitida el 14 de junio de 2023 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Segovia

SEGUNDO: No se impone condena en costas en esta instancia, porque no se causaron.

TERCERO: Devuélvase el expediente a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE

(Firma electrónica)
WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA
Magistrado

Firmado Por:
Wilmar Jose Fuentes Cepeda
Magistrado

Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8ce21c8e7f871fe1b78fdd94749beaf9290f17ae6c59846c31d6f26b40da7174**

Documento generado en 03/10/2023 01:53:56 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL - FAMILIA
MAGISTRADO OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA**

Referencia: Verbal RCE
Demandante: BRAYAN DAVID WILCHES CADENA y otros
Demandada: MARÍA CENETH MARTÍNEZ ROJAS
Asunto: Confirmar auto apelado
Radicado: 05579 31 03 001 2023 00018 01
Auto No.: 293

Medellín, tres (3) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver la apelación elevada contra el auto proferido el 20 de junio de 2023, por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE PUERTO BERRIO, negando la nulidad denunciada, por indebida notificación y condena en costas, dentro del proceso Verbal de Responsabilidad Civil Extracontractual, instaurado por BRAYAN DAVID WILCHES CADENA, ALEXANDRA CADENA TORRES, AQUILEO WILCHES MORENO, YEISON ALFONSO NEIRA PINZON, DUVAN CAMILO NEIRA RUIZ, LUZ MARIA NEIRA RUIZ y LIZ MARBELLY MEDINA FONSECA, contra MARIA CENETH MARTINEZ ROJAS.

I. ANTECEDENTES

1. El señor BRAYAN DAVID WILCHES CADENA y otros, interponen demanda de responsabilidad civil extracontractual, en contra de la señora MARIA CENETH MARTINEZ ROJAS, por el accidente ocurrido el 24 de septiembre de 2022 en el KM 74 + 400 vis Cisneros, sector curva la botella del municipio de Puerto Berrio, la que fue admitida

el 21 de marzo de 2023, por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE PUERTO BERRIO.

2. El 30 de marzo de 2023, fue surtida la notificación personal a la parte demandada por medio de comunicación electrónica enviada a e mail ceneth31@hotmail.es, que fue suministrado a la parte demandante por la Nueva EPS y la Secretaria de Transporte de Cota (Cundinamarca), luego de que el A quo, en uso de su facultad deber como director del proceso, solicitara infamación a esas entidades.

3. El 12 de mayo de 2023, vencidos los términos de traslado sin que la parte invocada a juicio contestara la demanda, el A quo fijo fecha de audiencia inicial para el 31 de mayo de 2023.

4. El 31 de mayo de 202, fue instaurada audiencia inicial, a la cual asistieron todas las partes, fue fijado el litigio, y como no se avizoraron vicios que pudieran acarrear la nulidad, fue concedida la palabra a las partes para que se pronunciaran al respecto, sin que alegaran causal alguna de nulidad; por último, fueron decretadas las pruebas, frente a las cuales tampoco fue interpuesto recurso alguno por parte de los contendientes.

5. Posteriormente, el 8 de junio de 2023, la parte demandada propuso incidente de nulidad por indebida notificación del auto admisorio de la demanda, que fue resultado de manera negativa por el A quo, el 20 de junio de 2023.

II. DEL AUTO APELADO

El A quo, procedió resolver la solicitud de nulidad elevada por la parte demandada, poniendo de presente las actuaciones procesales surtidas con el fin de notificar a la parte demandada, entre ellas, menciona la solicitud de la parte demandante de oficiar a la

Secretaría de Tránsito de Cota (Cundinamarca) y a la Nueva EPS para que suministrara la dirección física y electrónica de la demandada, solicitud que aceptada y en respuesta, ambas entidades informaron como dirección electrónica de la demandada, el correo electrónico ceneth31@hotmail.es

Indica el A quo que en auto del 12 de mayo de 2023 advirtió que los términos de traslado comenzaron a correr el 10 de abril de 2023, por lo que al encontrarse vencidos para la fecha en que dictó el auto, procedió a fijar fecha para la audiencia inicial; que el 31 de mayo del 2023 la demandada acudió a la audiencia en compañía de su apoderado, y en la etapa de control de legalidad el Juez de la causa manifestó que no avizoraba ningún vicio que pudiera acarrear la nulidad, por lo que concedió el uso de la palabra a las partes y el abogado de la demandada que manifestó *"...en el mismo sentido del abogado demandante señoría, sin ningun avizoramiento de nulidades."*

Igualmente, expresa la A quo que la parte demanda fue notificada debidamente del auto admisorio de la demanda según lo establecido en el artículo 8 de la Ley 2213 de 2022 y señala que *"Si la demandada tenía algún reparo frente al procedimiento de notificación personal y que ello conllevara a invalidar la actuación, debió alegarlo oportunamente..."* y que según lo manifestado por el apoderado de la parte demandada con respecto a que no observaba la presencia de nulidades, por lo que cualquiera que se hubiese presentado fue saneada, conforme a lo establecido en los artículos 136, 137 y el numeral 8º del artículo 372 del CGP.

Así las cosas, decidió el A quo negar *"...la solicitud de nulidad interpuesta por MARIA CENETH MARTÍNEZ ROJAS, porque se considera (i) que fue debidamente notificada del auto admisorio de la demanda como se explicó en auto del 12 de mayo de 2023 y (ii) si se hubiera notificado indebidamente, con la participación de la demandada*

en el proceso sin proponer la nulidad oportunamente, se saneó cualquier vicio por indebida notificación que pudiese afectar la validez.”

III. LA APELACION

Inconforme con la decisión, la parte demandada interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación en pro de su revocatoria, haciendo un recuento histórico normativo y jurisprudencial del uso de la tecnología en la administración de justicia, pasando así a mencionar las normas del CGP que regulan la notificación personal poniendo de presente que; *"de acuerdo con la doctrina, la notificación personal puede ser entendida como una de las formas que contempló el legislador para informar de manera directa a los sujetos procesales de providencias judiciales o existencia de un proceso, en pro de asegurar plenamente el derecho a realización de los principios como el de defensa, publicidad, seguridad jurídica, celeridad, y de eficacia de la función judicial, notificación que es concebida como de carácter principal.”*

Igualmente asevera que *"El artículo 8 de la Ley 2213, NO DEROGO, desde ningún punto de vista los referidos artículos 291 y 292 del C.G.P.”* Qué; *"El apoderado de la parte Actora nunca manifestó bajo la gravedad del juramento al momento de la notificación de como adquirió la dirección electrónica de la parte pasiva.”*; que *"La Ley 2213 del 2022, que incorporo como legislación permanente el Decreto 806 de 2022 en punto a la notificación personal de providencia judiciales, en su artículo 8 trajo consigo la posibilidad de interponer el control de legalidad...”* ; que *"no existe constancia de envió de notificación por aviso en los términos de del artículo 292 del C.G.P., en concordancia con la Ley 2213 del 2022 en el expediente dentro del proceso de la referencia, enviado a la dirección electrónica de la aquí demandada la señora MARIA CENETH MARTINEZ ROJAS.”*; que *"El apoderado de la señora MARTINEZ ROJAS, para el mes de mayo, desconocía la NULIDAD*

POR INDEVIDA NOTIFICACION por parte del juzgado.”; que "en audiencia inicial, el juez no se pronunció de los yerros causados a la parte pasiva como es la notificación personal en aplicación del artículo 132 del C.G.P. "Control de Legalidad”.

IV. CONSIDERACIONES

1.- El artículo 29 de la Carta Política que consagra el debido proceso, se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y el derecho de defensa rodea a las partes de una serie de garantías constitucionales, especialmente encaminadas a asegurar a las partes su intervención durante todo proceso, de manera que puedan conocer la pretensión que contra ellos se formula, o las respuestas que busquen enervar las súplicas, probar en contra, controvertir las evidencias y fundamentos fácticos y en síntesis, a accionar y defenderse, a ser oídos y vencidos en juicio, al término del cual puedan eventualmente resultar afectados sus derechos o intereses.

Las notificaciones, citaciones o emplazamientos, de conformidad con lo dispuesto por la ley, deben ser ejecutadas de manera que sirvan a su finalidad, que no es otra que la de permitir al destinatario de la queja, acción o demanda, poder disponer lo necesario para la defensa de sus derechos e intereses cuestionados.

Los actos de comunicación procesal, entre ellos las notificaciones, son manifestaciones concretas del principio de publicidad que orienta el sistema procesal. En virtud de este principio, las decisiones del juez o del servidor público que ejerce funciones administrativas o judiciales deben ser comunicadas a las partes y conocidas por éstas, de modo que puedan defender sus derechos e intereses mediante la utilización oportuna de los recursos legales correspondientes.

La plena efectividad de los derechos de defensa y de contradicción consagrados en el artículo 29 de la Constitución exige que las partes o personas legitimadas para intervenir en el proceso tengan conocimiento de las resoluciones proferidas por el órgano respectivo, lo que sólo puede acontecer, en principio, mediante su notificación.

En este sentido, la forma cómo se lleven a cabo las notificaciones a las partes o a los interesados no es constitucionalmente irrelevante. El legislador dispone para cada proceso y actuación las formas de notificación: personal, por aviso, por emplazamiento, en estrados, por estado, por conducta concluyente, entre otras, todas ellas encaminadas a poner en conocimiento de las partes las providencias que las vinculan.

2.- Ahora, la causal de nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 133 del Código General del Proceso establece, que el proceso es nulo en todo o parte cuando: *"No se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, el emplazamiento de personas indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que suceder en el proceso de cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público, o a cualquier persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado."*

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 137 del Código General del Proceso: *"En cualquier estado del proceso el juez ordenará poner en conocimiento de la parte afectada las nulidades que no hayan sido saneadas. Cuando se originen en las causales 4 y 8 del artículo 133, el auto se le notificará al afectado de conformidad con las reglas generales previstas en los artículos 291 y 292. Si dentro de 3 días siguientes a la notificación la parte no alega la nulidad, dicha se entenderá saneada y el proceso continuará su curso. En caso contrario el juez la declarará"*.

Con fundamento en lo establecido en el artículo 137 no puede considerarse la causal de nulidad prevista en el numeral 8 del artículo 133 como una nulidad insanable, pues el mismo estatuto determina el proceder para obtener eventualmente (ante el silencio del afectado) el saneamiento de la misma, previa puesta en conocimiento por parte del juez la existencia de la nulidad y su no saneamiento. Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 135 del Código General del Proceso: *"La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento sólo podrá ser alegada por la parte afectada."*

3.- En el presente caso, aunque el apelante alega una indebida notificación del auto admisorio de la demanda, en virtud de que debió adelantarse dicho trámite según lo establecido en el CGP, puesto que el artículo 8º de la Ley 2213, no derogó los artículos 291 y 292 del CGP, luego de analizar los documentos aportados y el recuento procesal, se advierte que el presente proceso de responsabilidad civil extracontractual, fue instaurada el 17 de marzo de 2023, repartido al JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE PUERTO BERRIO, que expidió el auto admisorio de la demanda en el cual puede leerse en su numeral cuarto: *"CUARTO: OFICIAR a la Secretaría de Tránsito de Cota y a NUEVA EPS, para que brinden al despacho la información de contacto de MARIA CENETH MARTINEZ ROJAS, con la que pueda notificarse personalmente esta providencia."* (PDF 002, página 3 del expediente digital)

Como puede evidenciarse, las órdenes del Juzgado van encaminadas a que se le brinde la información necesaria al demandante para que pueda realizar la notificación personal del auto admisorio dada la afirmación de desconocer la dirección física y electrónica de la demanda.

Posteriormente, en respuesta a los oficios ordenados por el A quo, tanto la secretaría de transportes y movilidad referida, como

la Nueva EPS, informaron como dirección electrónica de la parte demandada (señora MARÍA CENETH MARTÍNEZ ROJAS), el correo electrónico: ceneth31@hotmail.es (PDF 007, página 2 y PDF 009, página 3 del expediente digital)

Así las cosas, la parte demandante procedió a realizar la notificación personal de la demanda según lo establecido en el artículo 8 de la ley 2213 de 2022; artículo que establece:

*"ARTÍCULO 8º. NOTIFICACIONES PERSONALES. Las notificaciones que deban hacerse personalmente **también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica** o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. **Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio.***

*El interesado afirmará bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la petición, **que la dirección electrónica** o sitio suministrado corresponde al utilizado por la persona a notificar, **informará la forma como la obtuvo y allegará las evidencias correspondientes**, particularmente las comunicaciones remitidas a la persona por notificar.*

La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje** y los términos empezarán a contarse cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o **se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje.

Para los fines de esta norma se podrán implementar o utilizar sistemas de confirmación del recibo de los correos electrónicos o mensajes de datos. (...)"

Al revisar la documentación aportada por el juzgado en el expediente digital, evidencia la Sala que la parte demandante cumplió con los requisitos exigidos en el artículo anteriormente citado, pues en el archivo "0013 8" está la manifestación de la parte demandante donde afirma que la dirección electrónica fue *"extraída de la información aportada por la NUEVA EPS SA y por la secretaría de transportes y tránsito de Cundinamarca, sede operativa de Cota, Cundinamarca."* Igualmente se encuentra el certificado de envío expedido por E. ENTREGA en el cual se certifica que la notificación fue enviada el 30 de marzo de 2023 al correo electrónico ceneth31@hotmail.es, y donde se anexaron *"Demanda y anexos, en versión PDF. - Auto admisorio de la demanda, en versión PDF. - Auto corrige providencia, en versión PDF."* (PDF 013, pagina 1 a la 5)

Ahora, si bien la parte demandada se queja de que no fueron cumplidos los requisitos exigidos en los artículos 290 y 291 del CGP, al no notificársele personalmente del auto admisorio de la demanda y no adelantarse la notificación por aviso. Es importante para esta Sala aclarar qué, en primer lugar, si bien es cierto que la Ley 2213 del 2022 no derogó el Código General del Proceso, la misma habilitó en su artículo 8º, la posibilidad de realizar la notificación personal por medio de *"mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual"*, siempre y cuando se cumpla con los requisitos exigidos por el mismo, que fueron cumplidos por la parte demandante como se explicó anteriormente.

Teniendo en cuenta lo anterior, no pueden acogerse los argumentos esbozados respecto a que se ha vulnerado el debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a la contradicción al no haberle notificado del auto admisorio de la demanda, conforme a lo dispuesto en el artículo 292 del CGP; pues si bien puede ser esta una de

las formas de realizar la notificación personal, la misma no excluye la posibilidad de realizarla conforme a lo establecido en el artículo 8º de la ley 2213 del 2022, como en efecto fue efectuada por la parte demandante; por lo que considera esta Sala que la parte demandada fue debidamente notificada del auto admisorio de la demanda, con cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la ley.

En las condiciones descritas y con fundamento en las consideraciones esbozadas, teniendo en cuenta el trasegar procesal e infiriéndose que no hubo una indebida notificación del auto admisorio como con acierto lo dispuso el A-quo, la decisión sometida a control de legalidad, vía apelación, se advierte conforme a derecho y por ello habrá de confirmarse.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, en Sala Unitaria de Decisión Civil – Familia.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia, porque no se causaron.

TERCERO: Por secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA

Magistrado

Firmado Por:
Oscar Hernando Castro Rivera
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e9a129c5b9de03c4aacb5163a3aadee95991097a8e1220338732901017f90576**

Documento generado en 03/10/2023 01:00:59 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>