



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL FAMILIA

TRASLADO 065

Fecha: 31/08/2022

Pág. 1

| No. RADICADO | TIPO PROCESO | DEMANDANTE | DEMANDADO | ACTUACIÓN | DIAS TRASLADO | FECHA FIJACION LISTA | FECHA INICIO TRASLADO | FECHA FIN TRASLADO | MAGISTRADO PONENTE |
|---|--------------|--|---|---|-------------------|----------------------|-----------------------|--------------------|-------------------------------------|
| 05034 31 12 001 2013 00122 01  | EJECUTIVO | CLAUDIA PATRICIA ESCOBAR DÍAZ | HEREDEROS DE JAIME DARIO HENAO GONZALEZ | SE INFORMA QUE SE SUSTENTÓ RECURSO Y SE ACOMPAÑA COPIA DEL ESCRITO | CINCO (5) DÍAS | 31/08/2022 | 01/09/2022 | 07/09/2022 | WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA |
| 05034 31 12 001 2017 00090 01  | VERBAL | RICARDO ANTONIO HERRERA GANEM | FONADE | SE INFORMA QUE SE SUSTENTÓ RECURSO Y SE ACOMPAÑA COPIA DEL ESCRITO | CINCO (5) DÍAS | 31/08/2022 | 01/09/2022 | 07/09/2022 | WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA |

| | | | | | | | | | |
|---|-----------------|--------------------------------|--------------------------|--|----------------|------------|------------|------------|----------------------------|
| 05615 31 03 002 2019 00082 01  | REIVINDICATORIO | CLAUDIA MARCELA SALAZAR FRANCO | SERGIO SANCHEZ LONDOÑO | SE INFORMA QUE SE SUSTENTÓ RECURSO Y SE ACOMPAÑA COPIA DEL ESCRITO | CINCO (5) DÍAS | 31/08/2022 | 01/09/2022 | 07/09/2022 | WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA |
| 05847 31 84 001 2019 00018 01  | VERBAL | AURELIO DE JESUS DUQUE FLOREZ | ALBA REGINA MUÑOZ LARREA | SE INFORMA QUE SE SUSTENTÓ RECURSO Y SE ACOMPAÑA COPIA DEL ESCRITO | CINCO (5) DÍAS | 31/08/2022 | 01/09/2022 | 07/09/2022 | WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA |
| 05034 31 84 001 2019 00162 01  | VERBAL | CARLOS ANDRES TOBON MORENO | EDELMIRA QUIROZ URREGO | SE INFORMA QUE SE SUSTENTÓ RECURSO Y SE ACOMPAÑA COPIA DEL ESCRITO | CINCO (5) DÍAS | 31/08/2022 | 01/09/2022 | 07/09/2022 | WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA |


LUZ MARÍA MARÍN MARÍN
 Secretaria

TRASLADO FIJADO EN EL MICROSITIO WEB DE LA SALA CIVIL FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA DE LA PÁGINA WEB DE LA RAMA JUDICIAL. VER LINK:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia>

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL-FAMILIA
M.P. DR. WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA

E.

S.

D.

PROCESO: EJECUTIVO
DEMANDANTE: CLAUDIA PATRICIA ESCOBAR DIAZ.
DEMANDADOS: HEREDEROS DE JAIME DARIO HENAO
GONZALEZ
RADICADO: 05034311200120130012201
Consecutivo Secretaria: 208-2020
Radicado interno: 054-2020

LUIS FERNANDO RESTREPO, apoderado judicial de la demandante procedo a sustentar el recurso de alzada en los siguientes términos:

1º) La nulidad decretada por el a-quo, que posteriormente originó la prescripción de la acción ejecutivas, miremos los siguientes eventos de la ocurrencia y ejecutoria de los autos dentro del expediente.

El día 28 de junio de 2013, se presentó demanda ejecutiva en contra de los herederos determinados e indeterminados del señor JAIME DARIO HENAO GONZALES por valor de TRESCIENTOS TREINTA MILLONES DE PESOS M/L (\$ 330'000.000.oo) por concepto de capital desde el 31 de enero de 2013, hasta la cancelación total de la obligación.

El juzgado de origen mediante auto del día Veintidós de Julio de 2013, denegó el mandamiento de pago a herederos determinados e indeterminados de JAIME HENAO GONZALEZ.

Se apelo por parte de este apoderado, la negación del auto del mandamiento de pago, recurso que se sustentó ante el superior.

El día 5 de noviembre de 2013, el honorable tribunal superior de Antioquia sala de decisión civil familia, MP. Dr. ALVARO GOMEZ DUQUE (Q.E.P) revoco la decisión de primera instancia para que se

Calle 18C sur Nro.43 A-200 Apto.1501 E-mail: lunando3@hotmail.com

celular 3006158440 Medellín - Colombia

LUIS FERNANDO RESTREPO R.

Abogado

pronuncie sobre su estudio formal de la demanda y se pronuncie sobre su admisibilidad, librando la correspondiente orden de apremio-

El día 8 de abril de 2014, se libro mandamiento de pago dentro de el proceso ejecutivo, promovido por CLAUDIA PATRICIA ESCOBAR DIAZ en contra de JENNY ANDREA HENAO ROJAS.

El día 28 de enero de 2014, mediante oficio 058, dictado por el Juzgado Promiscuo de Familia de Andes-Antioquia, quedo embargada toda la masa herencial del fallecido JAIME HENAO GONZALEZ

El día tres de agosto del año 2015, se notifico el Dr. RAUL CAÑAS PALACIO, en calidad de apoderado de JENNY ANDREA ROJAS HENAO, no presento excepciones al mandamiento de pago-

El día 8 de septiembre de 2015, el Juzgado Civil del Circuito de Andes, ordeno seguir adelante con la ejecución, a cargo de JENNY ANDREA HENAO ROJAS, THOMAS Y EMILYANA HENAO ARANGO, representados por su madre DIANA CAROLINA ARANGO BOTERO y en favor de CLAUDIA PATRICIA ESCOBAR DIAZ, la suma de TRESCIENTOS TREINTA MILLONES DE PESOS M/L (\$ 330'000.000.00) por concepto de capital , más intereses moratorios de una y media veces la tasa máxima legal autorizada por la superintendencia financiera desde el 31 de enero de 2013, hasta cuando se haga efectivo el pago

El día 16 de noviembre de 2017, es decir, más de dos años después de que el Juzgado Civil del Circuito de Andes, ordenara seguir con la ejecución, el apoderado de la parte demandada, solicito la nulidad de todo lo actuado, por la causal de los títulos de ejecución no fueron notificados a herederos indeterminados.

El día 20 de febrero de 2018, se pronunció sobre la nulidad solicitada por la parte demandada, denegando esta, ya que, en reiteradas jurisprudencias en el ámbito nacional, reiteran que no se hace necesario notificar a los herederos indeterminados, ya que estos no están facultados para el pago, y solo se notifican a los herederos indeterminados en los procesos de conocimiento, y no en los ejecutivos como acontece en este proceso.

Calle 18C sur Nro.43 A-200 Apto.1501 E-mail: lunando3@hotmail.com

celular 3006158440 Medellín - Colombia

La parte demandada, no estando de acuerdo con la decisión en que fue negada dicha nulidad por no haber notificado el título ejecutivo a herederos indeterminados, apelo y sustento en debida forma.

El día 14 de enero de 2018, el honorable Tribunal de Medellín Sala Civil Familia, resolvió el recurso de apelación, revocando la decisión en primera instancia y concluyo, “ se impone como necesaria la declaratoria de nulidad procesal en el presente asunto, pues no se trata de una irregularidad cualquiera sino la falta de notificación a los herederos indeterminados del causante- deudor JAIME DARIO HENAO GONZALEZ, del titulo base de ejecución, por tratarse de personas indeterminadas no puede sanearse” (comillas mías).

El día 15 de marzo de 2019, el Juzgado Civil del Circuito de Andes, libro mandamiento de pago en contra de THOMAS Y EMILINA HENAO ARANGO, representados legalmente por su madre DIANA CAROLINA ARANGO BOTERO, así como en contra de herederos indeterminados, ordenándoles que paguen a CALUDIA PATRICIA ESCOBAR DIAZ, dentro de los cinco días siguientes a la notificación la siguiente suma de dinero TRESCIENTOS TREINTA MILLONES DE PESOS M/L (\$ 330'000.000.00) como capital más los interese moratorios desde el 31 de enero de 2013, a la tasa máxima autorizada por la superintendencia financiera hasta el día en que se verifique el pago.

Se notifico en debida forma a los herederos indeterminados del señor JAIME DARIO HENAO GONZALEZ, se nombro como curadora a la Dr. ALICIA ZAPATA DE MARTELO, contesto en debida forma sin excepcionar.

El apoderado de la parte demanda en su momento, excepciono proponiendo la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción de la acción ejecutiva.

El día 7 de febrero de 2020, el juez fallador, en sus consideraciones de la decisión de fondo, decreto probada la excepción de prescripción de la acción ejecutiva.

En sentencia T-741 de 2005, la Corte Constitucional sostuvo que se incurre en defecto sustantivo si se declara prescrita la acción

cambiaría sin tener en cuenta la actuación diligente del demandante.

Dijo en esa oportunidad:

“El demandante que ha ejercido oportunamente el derecho de acción, no puede soportar en su contra la desidia o morosidad de quien debe realizar la notificación, mucho menos la conducta del demandado encaminada a eludirla con el fin de paralizar el proceso, haciendo nugatorio el derecho de quien acude a la administración de justicia. (...) Para la Sala, la necesidad de practicar la notificación del mandamiento de pago está en cabeza de la administración judicial, pues el demandante acude ante ella solicitando el cumplimiento de una obligación, para la cual anexa el título valor y la dirección de quien es señalado como deudor. En caso de no poder realizarse la notificación personal, se hace la notificación por edicto, según lo preceptuado por la ley y será responsabilidad del juez decretar oportunamente el emplazamiento.(...) la decisión del juez que considere simple y llanamente que opera la interrupción de la prescripción, por no notificarse al demandado dentro del lapso contenido en el artículo 90 del C.P.C., sin consideración a las diversas actuaciones del demandante, vulnera uno de los elementos que integran no sólo el núcleo esencial del derecho al debido proceso (artículo 29) sino del derecho mismo de acceso a la administración de justicia (artículo 229).”

“Es entendido que la posibilidad de iniciar nuevamente y de inmediato el cómputo del término extintivo, prevista en el inciso final del artículo 2536 de Código Civil respecto de la interrupción o la renuncia de la prescripción, no aplica cuando se trata de interrupción civil, o cuando la prescripción se entiende renunciada por la omisión del deudor en interponer oportunamente la excepción respectiva. Los efectos de la interrupción civil, que además descarta la inactividad del acreedor, o de la no interposición oportuna de la mencionada defensa judicial, son definitivos dentro del proceso en el cual ocurren, hasta su terminación mediante sentencia, pago o cualquiera de las formas anormales o alternativas de finalización permitidas por la ley, atendida la naturaleza de cada proceso y las consecuencias propias de dichas formas especiales en punto a la eficacia o ineficacia de la interrupción. (artículo 91 del Código de Procedimiento Civil; sentencias C-662 de 2004 y C-227 de 2009).”

LUIS FERNANDO RESTREPO R.

Abogado

De esta forma, el máximo órgano de la jurisdicción civil definió que la interrupción prevista en el inciso final del artículo 2536 del Código Civil no implica la posibilidad de iniciar de nuevo el cómputo del término prescriptivo, cuando se produce como consecuencia de la presentación de la demanda – interrupción civil-, que descarta por sí misma la inactividad del acreedor, elemento esencial para que se configure la prescripción extintiva. (sentencia T 281 de 2015)

En el caso en concreto, se deriva que el termino de prescripción de la acción ejecutiva, no esta llamada a prosperar, por los siguientes eventos, el apoderado de la parte demandada, tomo dos años para interponer esta nulidad, posterior a la decisión de fondo, y términos que fueron nadando en los recurso interpuestos por la parte demandada, mírese que el apoderado en su contestación inicial, debió proponer esta nulidad, convino esperar la oportunidad de dos años para sustentar dicha nulidad, es necesario precisar desde que fecha se interrumpió la caducidad y prescripción de la acción, ya que la parte demandante actuó con celeridad y castigarla con la prescripción, es darle herramientas jurídicas en otros procesos a que terminen de esta forma.

Por lo expuesto les solicito revocar la decisión y en su lugar continuar con la ejecución.

Del Señor Magistrado



LUIS FERNANDO RESTREPO

C.C. Nro. 71.589.811

T.P. Nro. 127.971 del C.S. de la J.

Calle 18C sur Nro.43 A-200 Apto.1501 E-mail: lunando3@hotmail.com

celular 3006158440 Medellín - Colombia

Fw: alonso rey espinosa compartió "Apelacion Juzgado Hispania" contigo.

ricaherrera gmail <ricaherrera@gmail.com>

Vie 26/08/2022 6:54 PM

Para: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior - Antioquia - Seccional Medellín

<secivant@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Abo alonso rey Hotmail <al_rey78@hotmail.com>

Agosto 26 de 2022

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

DESPACHO DE LA SALA CIVIL FAMILIA

Atn. Magistrado ponente: WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA

Correo electrónico: secivant@cendoj.ramajudicial.gov.co

REF: Radicación del proceso 05034 31 12 001 2017 00090 01

AUTO DEL 2022-08-16 - ESTADOS 0134 17-08-2022

CONSTANCIA - LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO FUE PRESENTADO AL MOMENTO MISMO DE APELACIÓN INTERPUESTO

Demandante RICARDO ANTONIO HERRERA GANEM – CC 79.569.444

Demandado FONADE – NIT 899.999.316-1

Cordial saludos

Mediante la presente nos permitimos hacer constar que la SUSTENTACIÓN DEL RECURSO solicitado mediante auto del 2022-08-16 correspondiente al ESTADO 0134 17-08-2022, FUE PRESENTADO EN EL MISMO MOMENTO DE APELACIÓN INTERPUESTO ante el Juzgado Civil municipal de Andes - Antioquia.

Para efectos de comprobación, se anexa nuevamente el documento del recurso de apelación interpuesto consistente en 28 folio (incluyendo la sustentación presentado inmediatamente, y el pantallazo del proceso publicado en la página de la Rama Judicial.

Agradeciendole la atención prestada,

De usted atentamente,

Abo. Alonso Rey Espinosa

C. de C. Nro. 19.435.089 de Bogotá

T.P. Nro. 51.065 del C. S de la J

Email: al_rey78@hotmail.com

Carrera 10 No. 16- 18 Of 506. Bogotá - D.C.

Cel 316-4600510

----- Original Message -----

From: [alonso rey espinosa](mailto:alonso_rey_espinosa)

To: [ricardo her@hotmail.com](mailto:ricardo_her@hotmail.com)

Sent: Friday, August 26, 2022 6:12 PM

Subject: alonso rey espinosa compartió "Apelacion Juzgado Hispania" contigo.



alonso rey espinosa compartió un archivo contigo

alonso rey espinosa compartió "Apelacion Juzgado Hispania" contigo.



Apelacion Juzgado Hispania.docx

Abrir



[Declaración de privacidad](#)

R & C Asesores Consultores

Señora

Juez

MARLENE VÁSQUEZ CÁRDENAS

JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE ANDES

E. S. D.

PROCESO VERBAL — CONTROVERSIA CONTRACTUALES

Demandante RICARDO ANTONIO HERRERA GANEM

Demandado FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO

Rad.: 05034 31 12 001 2017 00090

Temas EQUILIBRIO ECONOMICO O FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL - CONTRATO DE OBRA N.º 114 de 2019

ALONSO REY ESPINOSA, de condiciones civiles y personales reconocidas en autos, de manera respetuosa, y dentro del término legal, interpongo **RECURSO DE APELACIÓN**, en contra de Sentencia proferida por su Despacho y calendada el día, 25 de noviembre del presente año, ante la negativa de acceder a nuestras peticiones, y su condena en costas, en contra de mi representado; lo anterior de conformidad con lo señalado en el artículo 320 y ss., del C.G. del P., con el objeto de que el Ad Quem, revise el fallo apelado, y revoque el mismo, y conceda nuestras pretensiones, en consideración a lo siguiente:

No deja de sorprender, que el A Quo, haya sustentado su providencia de manera exclusiva, en los argumentos esgrimidos por la demandada en su contestación, y alegatos finales, para ella, no fueron de recibo las argumentaciones de la demanda, ni sus pruebas, basa el sustento de la providencia que se impugna, en un solo testimonio, de persona vinculada con la demandada, quien mal podría indicar algo en su contra.

Fueron desconocidas, pruebas documentales, como la bitácora o libro de obra que no fue revisada en absoluto por el A Quo, no obstante hacer parte el expediente; la prueba pericial, fue a todas luces, menos apreciada por esta, quien sin ningún argumento de orden legal, dejó de apreciar la prueba en su contexto real.

Entendido es, que la prueba pericial busca, el obtener conocimientos técnicos, artísticos o científicos, que no son de la esfera de conocimiento del Juez, y que allegado este al interior del proceso, ha de darle luces, orientarlo, sobre la dirección que ha de seguir el proceso que está en sus manos.

Solicitamos dicha prueba, pues era la única, que podía determinar de manera clara y precisa, los mayores costos administrativos; las mayores cantidades de obra; sobre costos; (mayores costos en la ejecución de la obra), perjuicios y daños efectivamente sufridos por el demandante en la ejecución del contrato, y establecidos en los hechos y pretensiones de la demanda, a tal punto que se rompió el punto de equilibrio económico contractual, entendido, como que las prestaciones o beneficios de ambas partes, se miran como equivalentes, en cuanto que el contratista recibe un beneficio proporcional, a la retribución que él hace en la ejecución de los contratos.

No en las condiciones, de inferioridad, en el que con cara gano yo y con sello pierde usted; pues la finalidad de la contratación, es un beneficio para ambas partes, como lo ha señalado el Consejo de Estado en múltiples fallos.

Ha considerado la doctrina, que el dictamen pericial, tiene una doble condición, la primera, como instrumento para que el juez, entienda o comprenda asuntos que no son de su resorte habitual, o de sus conocimientos profesionales; y que requieren ser interpretados a través de un dictamen, por un experto en la materia que se trata; y en segundo lugar, la prueba pericial, como medio de prueba, pues permite comprobar a través de valoraciones técnicas o científicas, los hechos materia de los debates del proceso, lo que implica, para dicha prueba, el que pueda ser controvertida por las partes, solicitando las aclaraciones, complementaciones u objeciones por error grave, que no fueron solicitadas por la demandada, en el momento procesal respectivo.

No por ello indicamos, o afirmamos, que el dictamen, sea de por sí, una prueba incólume, indemne, o infalible, pues es realizada por una persona, por eso la ley, permite que pueda ser, aclarada, complementada, u objetada por error grave, y como indicamos, ninguna de estas circunstancias se presentó, por parte de la demandada, y por tal razón tampoco le es dable al juez de conocimiento, menospreciar tal prueba, sin argumentos legales, que le hagan perder su valor probatorio.

En la Sentencia T-796/06 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) “se pone de presente como el dictamen pericial responde a una naturaleza jurídica dual. De un lado, es comprendido como”...un verdadero medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar convicción en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos “. De otro lado, la experticia también es comprendida como “..un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez. Mientras los medios de prueba introducen en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las afirmaciones iniciales de las partes, con interés exclusivo para el proceso concreto, la pericia introduce máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier proceso”

El Ingeniero, que fungió como perito, al interior del presente proceso, se trata de un profesional, con vasta experiencia, de la Universidad Nacional de Antioquia, lo que le permitió, con base en la documentación entregada (el expediente – incluida la bitácora), pronunciarse, de la manera que lo hizo, accediendo a algunas de las pretensiones y negando otras, conclusiones que estuvieron debidamente fundamentadas, y como medio probatorio que es, no puede ser desvirtuado por los demás medios probatorios que obren al interior del proceso, en este caso por un testimonio.

Todo lo anterior en contraposición al fallo del A Quo que en el anverso del folio 559 estableció que “no se probaron los sobrecostos reclamados, esto es, que sufrió efectivamente los perjuicios a que alude en los hechos y pretensiones de su demanda, carga de la prueba que le corresponde según lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso que prevé que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

SEGÚN ACTA No. 64 DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS del 15 de abril de 2016, el juez dieciséis administrativo oral del Medellín practicó todas las prueba decretadas en la audiencia inicial, clausurando así el período probatorio; concedió oportunidad a las partes, de controvertir el informe después del traslado del dictamen; posteriormente procedió a clausurar el periodo probatorio, considerando innecesario la realización de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo cual solicito a las partes presentar sus alegatos de conclusión por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la audiencia de pruebas.

No podemos olvidar, el demandante denominado COMPLEMENTACIÓN AL INFORME DEL PERITO DEL 25 DE ENERO DE 2016 (del cual se dio traslado a la parte demandada), donde según el juez no se consignaron cuestionamientos puntuales dirigidos al auxiliar de la justicia, que tengan relación con el objeto de la prueba.

Cabe señalar que la parte demandada no solicitó pruebas para sustentar la objeción por error grave, e igualmente que el despachó no consideró necesario decretarlas de manera oficiosa, al momento de proferir fallo.

En la sentencia del a quo (anverso del folio 551 del expediente), con relación al dictamen aportado y que fuera realizado por la Facultad de Minas de la Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín, expuso textualmente que después de revisar los ítems que solicita el contratista se le reconozcan por parte del contratante, y analizando la justificación de cada uno de ello, se encontró que algunos no estén soportados debidamente o por falta de evidencia técnica o por estar incorporados dentro de la administración. 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 (equivalente a mas del 27% del valor final ejecutado según acta de recibo final suscrita con la intwerventoría y certificación expedida por la demandada), toda vez que se descartan los ítems por valor de \$37.706.547, correspondientes a:

| | | |
|-------|--------------|---|
| 1 | \$10.800.000 | Por mayores trabajos de coordinación para la revisión y ajuste a los estudios y diseños realizados por el director general o de proyectos representados por productos y subproductos adicionales elaborados y entregados por el contratista durante la suspensión del contrato por solicitud de la interventoría |
| 3.2 | \$5.323.281 | Por mayores costos administrativos para la ejecución de la prórroga y modificación No. 1 del 21 de enero de 2011 |
| 5 | \$16.464.555 | Por los análisis de precios unitarios (APU's) de ítems no previstos en el contrato 2101102 presentados por el contratista solicitados por la interventoría |
| 6.2 | \$868.711 | Por costo que tuvo que asumir y pagar de la póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal No. 33-44-101039591 de la aseguradora Seguros del Estado referente al pago de la prima del amparo del buen manejo del anticipo, cuando no recibió el mismo. |
| 7.3.1 | \$600.000 | Por la elaboración del segundo informe de revisión al estudio de suelos (30 junio de 2010) y la elaboración de apiques en el sitio del proyecto con sus correspondientes ensayos de laboratorio (fl. 65 documento de salvedades) |
| 7.3.2 | \$900.000 | Por análisis de riesgo eléctrico NTC 4552, cálculo de la cometida principal (e internas –alimentadores NTC 2050) y cuadro de cargas final elaborado por el especialista eléctrico del contratista a solicitud de la Alcaldía municipal de Hispania y por la interventoría. |
| 7.3.3 | \$2.750.000 | Por múltiples visitas al municipio de Hispania por parte del representante del contratista (Ing. Gilberto Gómez S.) previamente al inicio de la etapa de construcción del contrato 2101102, cuando se encontraba suspendido en gran parte en atención a los requerimientos de la Alcaldía el supervisor del contrato de Fonade. |

Igualmente, en la sentencia (anverso del folio 559 y 560) el a quo señala textualmente que "Finalmente, con relación a la prueba pericial aportada y que fuera realizado por la Facultad de Minas de la Universidad Nacional de Co[ombia Sede Medellín, se considera que la misma no puede ser acogida, esto además de las razones ya expuestas para no acoger las pretensiones, por cuanto el dictamen se limita a hacer una recomendación de reconocer algunos ítems y otros no, sin presentar soporte ni análisis específico alguno, ni cálculos sobre dichos ítems y las razones que lo llevaron a dicha conclusión, pues solo indica de manera escueta, que los que recomienda están soportados y justificados.

Además, considera este Despacho que conforme a los argumentos expuestos en que se funda la decisión que aquí se toma, no se hace necesario ahondar en el análisis de los cuestionamiento o contradicción que en contra de la prueba técnica presentaron los respectivos apoderados de las partes".

En cuanto a las consideraciones anteriores del A Quo, es imperativo mencionar que el soporte y análisis utilizado por el perito en su informe para que se reconozca al demandante la pretensión por \$59.261.246 están basado en todos los soportes documentales aportados por el demandante en la demanda como de todos sus soportes y anexos, especialmente en el documento de constancia de salvedades e inconformidades a la liquidación del 2011-07-26 donde basado en los planos records o finales, planos de diseños, medidas tomadas directamente en obra a los precios contratados de las actividades contractuales se calculan matemática y pormenorizadamente todas las cantidades y precios de actividades ejecutadas por el contratista sin el reconocimiento de la parte demandada, valorando además las observaciones y contradicciones efectuadas por la parte demandada, por lo que el dictamen aportado en el proceso está suficientemente soportado con análisis específico, en los cálculos sobre dichos ítems y las razones que lo llevaron a dicha conclusión. Finalmente, el juez administrativo de Medellín, tampoco objetó el dictamen pericial según consta en el Acta No. 64 del 15 de abril de 2016.

Resulta extraño que en toda la sentencia del A Quo no se valore los argumentos del demandante en la demanda junto con sus anexos y pruebas, incluido especialmente el documento de constancia de salvedades e inconformidades a la liquidación del 2011-07-26 de 85 folios, utilizado por el perito de la Universidad Nacional para soportar, justificar y presentar el dictamen pericial que reiteramos no fue objetado por el juez contencioso administrativo, pero que para el juez a Quo simplemente se limita a tildar sin justificación ni precisión alguna como un dictamen escueto, sin hacer “necesario ahondar en el análisis de los cuestionamientos o contradicción que en contra de la prueba técnica presentaron los respectivos apoderados de las partes”, según la demanda a Quo a folio 560.

En ningún momento se cuestiona la autoridad del A Quo para objetar o contradecir o rechazar el informe pericial o imparcialidad o competencia del perito, pero sí se solicita que cualquier cuestionamiento o rechazo se haga de manera precisa y pormenorizada, todo a la luz del Código General del Proceso.

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Artículo 228. Contradicción del dictamen. La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuanes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.

...

En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave.

Artículo 230. Dictamen decretado de oficio. Cuando el juez lo decrete de oficio, determinará el cuestionario que el perito debe absolver, fijará término para que rinda el dictamen y le señalará provisionalmente los honorarios y gastos que deberán ser consignados a órdenes del juzgado dentro de los tres (3) días siguientes. Si no se hiciera la consignación, el juez podrá ordenar al perito que rinda el dictamen si lo estima indispensable.

Artículo 231. Práctica y contradicción del dictamen decretado de oficio. Rendido el dictamen permanecerá en secretaría a disposición de las partes hasta la fecha de la audiencia respectiva, la cual solo podrá realizarse cuando hayan pasado por lo menos diez (10) días desde la presentación

del dictamen. Para los efectos de la contradicción del dictamen, el perito siempre deberá asistir a la audiencia, salvo lo previsto en el parágrafo del artículo 228.

Artículo 232. Apreciación del dictamen.

El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso.

Artículo 234. Peritaciones de entidades y dependencias oficiales. Los jueces podrán solicitar, de oficio o a petición de parte los servicios de entidades y dependencias oficiales para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquellas. Con tal fin las decretará y ordenará librar el oficio respectivo para que el director de las mismas designe el funcionario o los funcionarios que deben rendir el dictamen.

La contradicción de tales dictámenes se someterá a las reglas establecidas en este capítulo.

Artículo 235. Imparcialidad del perito. El perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.

Las partes se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces. La misma regla deberá observar el juez cuando deba designar perito.

El juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad.

En la audiencia las partes y el juez podrán interrogar al perito sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad.

En la Sentencia T-269 de 2012. Se indicó; **Valoración del Dictamen Pericial.** *“la valoración del dictamen pericial implica llevar a cabo un proceso de orden crítico con el fin de obtener certeza respecto de los hechos y conclusiones sobre los que versa la experticia. Para ello, el juez debe apreciar aspectos relativos (i) al perito, (ii) al agotamiento formal de los mecanismos para llegar a un dictamen suficiente, y (iii) a la coherencia interna y externa de las conclusiones. En cuanto a lo primero, deben verificarse las calidades y la probidad del perito. En segundo lugar, son objeto de apreciación los elementos (exámenes, experimentos, cálculos, etc.) en los cuales se apoyó el perito para sus indagaciones. En tercer lugar, debe examinarse la coherencia lógica del dictamen, el carácter absoluto o relativo que le da el perito a sus afirmaciones, la suficiencia de los motivos que sustentan cada conclusión, y la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos. Como resultado del proceso descrito el juez puede decidir apartarse de las conclusiones de la experticia. Los doctrinantes manifiestan al respecto que “el juez tiene libertad de valoración frente a los resultados de la peritación, y puede, por ende, con una motivación adecuada, apartarse de las conclusiones a las que ha llegado el perito” y, yendo más allá, establecen que “si un dictamen pericial no reúne las anteriores condiciones, el Juez deberá negarle todo valor probatorio”. En este orden de ideas, la garantía del debido proceso exige que el juez exponga de forma explícita dentro del fallo cuál es el mérito que le asigna al medio de prueba y cuáles son las razones que sustentan esta decisión. Pero en ningún caso, obliga al juez a aceptar las conclusiones del dictamen sin un examen crítico del*

mismo". Sub fuera de texto. Es decir, el A Quo, no podía negar valor al dictamen, por simple capricho, sino que requería de una motivación, o examen al mismo, que sustentara su decisión.

Prueba fehaciente de lo señalado, es lo que indica la A Quo, en la sentencia frente al dictamen pericial, y que tomamos textualmente; "Finalmente, con relación a la prueba pericial aportada y que fuera realizado por la Facultad de Minas de la Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín, se considera que la misma no puede ser acogida, esto además de las razones ya expuestas para no acoger las dictamen se limita a hacer una pretensiones, por cuanto el recomendación de reconocer algunos ítems y otros no, sin presentar soporte ni análisis específico alguno, ni cálculos sobre dichos ítems y las razones que lo llevaron a dicha conclusión, pues solo indica de manera escueta, los recomienda están soportados y que justificados. **(toda la documentación obraba al interior del expediente. Not.fuera de texto)**

"Además, considera este Despacho que conforme a los argumentos expuestos en que se funda la decisión que aquí se toma, **no se hace necesario ahondar en el análisis de los cuestionamientos o contradicción que en contra de la prueba técnica presentaron los respectivos apoderados de las partes.**" Así entonces, se concluye que entre RICARDO ANTONIO HERRERA GANEM y el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO se suscribió el contrato de obra No. 2101102 cuyo objeto fue la REVISION A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS TECNICOS Y LA CONSTRUCCION DEL HOGAR DE PASO DEL ADULTO MAYOR EN HISPANIA - ANTIOQUIA; que entre RICARDO ANTONIO HERRERA GANEM y el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO se suscribió el acta de terminación del contrato el 31 de enero de 2011, en la que se constató que el contratista cumplió con el objeto del contrato en el plazo establecido; que entre RICARDO ANTONIO HERRERA GANEM y el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO se suscribió el acta de entrega y recibo final del objeto contractual el 5 de febrero de 2011, en la que se constató que el contrato ha sido entregado por el contratista y recibido por la interventoría a satisfacción; y que el 24 de noviembre de 2011 entre la entidad demandada y el contratista se suscribió acta de liquidación final del contrato No. 21001102.

A falta de sustentación, por parte de la A Quo para quitar valor probatorio al dictamen pericial, también incurre en afirmaciones carentes de veracidad, pues, las partes como indica la A Quo, **NO** presentamos cuestionamientos o contradicciones en contra de la prueba técnica, **como para hacer innecesario que la señora juez de primera instancia, ahondara en los argumentos para pronunciarse frente al dictamen pericial, quitando su valor probatorio.**

No obstante, aun cuando se presentaron hechos no imputables al contratista que dieron lugar a una mayor duración del vínculo contractual, no se demostró una ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública No. 2101102 ni daños con ocasión de esa situación o de mayores costos por ejecución de obra, al contrario, si se probó según la prueba recaudada la adopción conjunta y de mutuo acuerdo de las medidas necesarias para superar las dificultades que se presentaron con el fin de obtener la ejecución del objeto contractual. **(Pruebas no existen son la argumentación de la demandada)**

El a Quo no tuvo en cuenta dentro de la sentencia todos los soportes documentales entre ellos las comunicaciones como oficios y correos electrónicos remitidos por el demandante a la demandada

como a la interventoría, los cuales solicitó en el acápite de PETICIÓN DE PRUEBAS de la demanda para que fueran aportadas por la demandante entre los antecedentes administrativos relacionados con el contrato, incluyendo todos y cada uno de los documentos que conforman el expediente, simplemente porque la entidad nunca los anexó al proceso.

En efecto en la demanda se anexaron como pruebas solamente los documentos mas relevantes del proceso como el contrato, actas y modificaciones del contrato como suspensiones, reinicio, liquidación, mayores y menores cantidades de obra y otro, solicitando a la demandada que aportara como prueba todas las demás que hicieran parte del expediente como los oficios y correos del demandante.

Entre los documentos aportados por el demandante estuvo la CONSTANCIA DE SALVEDADES E INCONFORMIDADES A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO (de 85 folios) del 26 de julio de 2011 que contiene todos los antecedentes del contrato, las salvedades e inconformidades de cada una de ellas relatadas pormenorizadas y valoradas matemáticamente, con fechas, medidas en obra, en los planos records o finales, las cuales fueron valoradas y tenidas en cuenta por el perito en su dictamen pericial.

Tampoco el a Quo tuvo en cuenta copia de la bitácora o libro de obra que el demandante solicitó entre otros documentos del expediente fuera aportada como prueba por la demandada (donde consta todas las órdenes, aprobaciones y exigencias tanto del supervisor por parte de la demandada como de la interventoría de obra para la ejecución de mayores cantidades de obra, ejecución de ítems nuevos o no previstos que habían autorizado su ejecución a cambio de compensaciones de mayores cantidades de obra de ítems contractuales pero que al final ni la demandada como la interventoría reconocieron al contratista.

El a Quo en la sentencia a folio 547 no pudo hacer un juicio de valoración completo cuando establece textualmente que “a fin de determinar si le asiste razón al demandante según el análisis que más adelante se hará es necesario tener en cuenta cómo se desarrolló el contrato y cuál fue la conducta asumida por las partes, conforme quedó plasmado en los documentos aportados tanto por el contratista demandante como por la entidad demandada, y la demás prueba recaudada testimonial y pericial, así..”, puesto que omitió entre otros el documento de CONSTANCIA DE SALVEDADES E INCONFORMIDADES A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO (de 85 folios) del 26 de julio de 2011 que contiene todos los antecedentes del contrato, las salvedades e inconformidades de cada una de ellas relatadas pormenorizadas y valoradas matemáticamente, con fechas, medidas en obra, en los planos records o finales, las cuales fueron valoradas y tenidas en cuenta por el perito en su dictamen pericial. Tampoco tuvo en cuenta la bitácora o libro de obra que el contratista solicitó en la demanda fuera aportada por la entidad demandada junto con todos los demás documentos y comunicaciones enviados por el contratista a la interventoría como a la entidad demandada y que está última se negó a aportar.

En cambio, el perito en su informe pericial del 25 de enero de 2016 sí hizo un juicio de valoración con todos los documentos aportados en la demanda, entre ellos del documento de CONSTANCIA DE SALVEDADES E INCONFORMIDADES A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO (de 85 folios) del 26 de julio de 2011, observando:

1. Revisando el documento de constancias de salvedades e inconformidad 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, donde después de revisar los ítems anteriormente mencionados y analizando la justificación de cada uno de ellos, 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:

El a Quo desconoce (véase sentencia al anverso del folio 554) que el contrato suscrito es de obra, y el sistema de pago según el documento del pliego de condiciones se estableció es por precios unitarios fijos sin fórmula de ajuste (y no a precio global donde el contratista debería asumir las mayores cantidades de obra y la ejecución de ítems no previstos), en consecuencia, el valor definitivo del contrato será la suma de los resultados que se obtengan al multiplicar las cantidades ejecutadas por el contratista por los valores o precios unitarios fijos pactados para el respectivo ítem según la propuesta económica, por lo que no se entiende que el a Quo desconozca la pretensión del contratista para que se le reconozcan aquellas mayores cantidades de obra de ítems contractuales no solo necesarias para el normal funcionamiento del hogar múltiple sino que también fueron ordenados por el interventor como por el supervisor de la entidad tal como consta en la bitácora o libro de obra.

Es importante anotar que la demandada ni la interventoría nunca cuestionaron la existencia de mayores cantidades de obra de actividades contractuales ejecutadas y reclamadas por el demandante ni tampoco la existencia de actividades nuevas o no previstas (solicitas y autorizadas por estas) ejecutadas y necesarias para el buen funcionamiento del proyecto, simplemente porque eran físicamente identificables y medibles en la obra entregada.

Según lo estipulado por el a Quo en la sentencia a folio 558 sobre que “Según la prueba documental que obra en el proceso, se suscribieron 3 actas de mayores y menores cantidades de ítems no previstos (Folios 53-55; 56-59 y 60-63), en las que el contratista y el representante legal de la interventoría dejan constancia de las modificaciones a las cantidades de obra el 7 de diciembre de 2010, 19 de enero de 2011 (a escasas 24 horas para la terminación contractual) y 31 de enero de 2011 (el mismo día que la terminación contractual) en las respectivas condiciones en que se detallan en el acta, actas que fueron suscritas por Ricardo Herrera Ganen como contratista, y Giancarlo Avene Corrales, como representante legal de la interventoría, sin salvedad ni objeción alguna hecha por el contratista, **no implica de modo alguno que el contratista está renunciando al cobro de las obras faltantes sino mas bien una forma de poder asegurar de alguna forma el reconocimiento y pago de obras ya ejecutadas por el contratista exigidas por la interventoría y la entidad**, mas aún que las actas de mayores o menores o balance de obra no son reconocida por la jurisprudencia como documento idóneo para dejar constancias de salvedades o inconformidades del contratista.

Consecuentemente con lo anterior, sobre el hecho de que el contratista no haya dejado salvedades en las actas de mayores y menores cantidades (balance), suspensión y prórroga a la suspensión, según lo estipulado por el a Quo en la sentencia a folio 558 sobre la buena fe en materia negocial, es preciso mencionar que el contratista dejó constancia oportunamente de todas sus salvedades e inconformidades tanto a la interventoría como a la entidad demandada a través de comunicaciones como oficios, correos electrónicos y bitácora o libro de obra, pruebas documentales, **inclusive antes de la suscripción de actas como de suspensión, de adición y prórroga, de mayores y menores cantidades de ítems no previstos, de terminación y entrega de recibo final, y por ende no se puede afirmar que el contratista guardó silencio como vulneración al principio de la buena fe negocial.**

Es importante señalar que ni en la demanda del a Quo ni jurisprudencialmente se señala que resulta obligatorio incluir salvedades e inconformidades en las actas mayores y menores cantidades de obra, de terminación y de entrega final, para su reconocimiento.

El a Quo tampoco tuvo en cuenta (véase sentencia a folio 540) que si bien “el valor inicial del contrato fue de \$217.827.286, y posteriormente mediante Adición No. 1 del 16 de diciembre de 2010 se adicionó en \$9.070.736, valor del contrato: \$226.898.022”, finalmente la interventoría solo recibió otras ejecutadas por \$219.229.408 (sobrando \$7.668.614 que no fueron pagados al contratista) según consta en el acta de recibo a satisfacción y certificación de obra expedida por la demandada el 14 de abril de 2011.

Extrañamente, en la sentencia el a quo no hace reconocimiento alguno al demandante de ninguna de las 38 actividades y cantidades de los siguientes ítems solo de OBRA suficientemente soportados matemática y pormenorizadamente en la demanda, y reconocidas casi en su totalidad en la prueba pericial aportada y realizada por la Facultad de Minas de la Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín:

7.1.1 – En cuantía de CIENTO NUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS Mda./Cte. (\$109.555.00.) por el Item A15 - Rampa en concreto de 2,500 psi $e=0.10$ con dilataciones, M2, \$54.570, Cant. Ejecutada 1.50 M2. (fls.61 del documento de salvedades. - anexo)

7.1.2. - En cuantía de **TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SESENTA Y DOS PESOS Mda./Cte. (\$334.062.00.)** por el 9.2 - Item A24 – Bajantes en PVC de 4”, MI, \$33.293, Cant. Ejecutada 25,90 MI. (fls.61 del documento de salvedades. - anexo)

7.1.3. – En cuantía de **UN MILLON CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS SESENTA Y UN PESOS Mda./Cte. (\$1.051.661.00.)** por **Item A33 - Anclaje** perfil metalico a estructura en concreto. (fls.61 del documento de salvedades. - anexo)

7.1.4. – En cuantía de **TRES MILLONES DOSCIENTOS DIECISIETE MIL TRESCIENTOS CUATRO PESOS Mda./Cte. (\$3.217.304.00.)** por Item A34 - Canal (canao) en galvanizada Cal. 24 d = 0.90 m, MI, \$114.148, Cant. Ejecutada 47,40 MI. (fls.61 del documento de salvedades. - anexo)

7.1.5. – En cuantía de **UN MILLON CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y UN PESOS Mda./Cte. (\$1.465.361.00.)** por item A35 - soportes canal ángulo 1 1/2"x1"x1/4" anclados con 2 pernos de 3/8"x2" c/, und, \$42.110, cant. ejecutada 26 und. Son 2 canales de 23,70 MI c/u, soportados cada 2 M para un total de 13 soportes por cada canal y un total de 26 Und para las 2 canales. (fls.61 del documento de salvedades. - anexo)

7.1.6. – En cuantía de **TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL VEINTE PESOS Mda./Cte. (\$382.020.00.)** por item A45 - sistema de anclaje luminarias fluorescentes en techo, und, \$12.410,00, cant. ejecutada 23 und. (Es importante señalar que los Items A15, A24, A33, A34, A35 y A45 no están incluidos dentro del presupuesto inicial del contrato ni en las especificaciones técnicas iniciales del contrato.) (fls.61 del documento de salvedades. - anexo)

7.1.7. – En cuantía de **UN MILLON CIENTO OCHENTA Y TRES MIL CIENTO TREINTA Y TRES PESOS Mda./Cte. (\$1.183.133.00.)** por Item - En vigas de amarre de fundición sección .40 x .35, MI, Cant. Ejecutada 39,60 MI. (fls.63 del documento de salvedades. - anexo)

7.1.8. – En cuantía de **UN MILLON OCHOCIENTOS VEINTINUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS Mda./Cte. (\$1.829.454.00.)**tem - Muro lateral externo h=0.60m (confinamiento de canal de aguas lluvias), ml, cant. ejecutada 48 ml. (fls.63 del documento de salvedades. - anexo)

7.2. MAYORES CANTIDADES EJECUTADAS DE UNA MISMA ACTIVIDAD

7.2.1. – En cuantía de **CUATROCIENTOS UN MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS Mda./Cte. (\$401.520.00.)**, por Traslado de la valla (Acta 16 del 10-dic-2010, 03/12/2010) (fls.63 del documento de salvedades. - anexo)

7.3. EJECUCION DE ACTIVIDADES o ITEMS NO PREVISTOS EN EL CONTRATO EN LA ETAPA DE ESTUDIOS y DISEÑOS: DURANTE LA ETAPA DE ESTUDIOS y DISEÑOS

7.3.1. – En cuantía de **SEISCIENTOS MIL PESOS Mda./Cte. (\$600.000.00.)** por la elaboración del segundo informe de revisión al estudio de suelos (fechado el 30 de junio de 2010) y la elaboración de apiques en el sitio del proyecto con sus correspondientes ensayos de laboratorio. (fls.65 del documento de salvedades. - anexo)

7.3.2. –En cuantía de **NOVECIENTOS MIL PESOS Mda./Cte. (\$900.000.00.)** – por análisis de riesgo eléctrico NTC 4552, cálculo de la acometida principal (e internas - alimentadores NTC 2050) y cuadro de cargas final elaborado por el especialista eléctrico del contratista a solicitud de la Alcaldía municipal de Hispania y por la Interventoría. (fls.66 del documento de salvedades. - anexo)

7.3.3. – En cuantía de **DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS Mda./Cte. (\$2.750.000.00.)** por múltiples visitas al municipio de Hispania por parte del representante del Contratista (Arq. Gilberto Gómez S.) previamente al inicio de la etapa de construcción del contrato 2101102 cuando el contrato se encontraba suspendido en gran parte, en atención a los requerimientos de la Alcaldía y el Supervisor de contrato por Fonade.

8. - EJECUCION DE ACTIVIDADES o ITEMS NO PREVISTOS EN LA ETAPA DE CONSTRUCCION DEL CONTRATO. (Durante la etapa de construcción del contrato se ejecutaron actividades o ítems no previstos solicitados y autorizados por la Interventoría y el Supervisor de contrato por Fonade, las cuales y finalmente no fueron reconocidos económicamente al Contratista), a saber:

8.1. – En cuantía de **TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS Mda./Cte. (\$365.544.00.)**, por Item 1.4 - Provisional de energía e Item 1.5 - Provisional de acueducto.

8.2. - En cuantía de **CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS Mda./Cte. (\$468.440.00.)** por la construcción de la instalación para la provisional de energía Bifásica para equipo destronadora y pulidora de piso. 1 Und.

8.3. - En cuantía de **CUATROCIENTOS VEINTE MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO PESOS Mda./Cte. (\$420.228.00.)** por la Construcción de pisatechos en fachadas principal y posterior. 14 ML.

8.4. - En cuantía de **CIENTO VEINTISIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS Mda./Cte. (\$127.264.00.)** por el suministro e instalación de nariz y mezclador para ducha + punto hidráulico no incluido en el Análisis de Precio Unitario (APU) del Item no previsto A66 (Suministro e instalación de ducha teléfono para baños discapacitados incluye accesorios materiales y mano de obra). 1 Und.

8.5. - En cuantía de **CIENTO SESENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS Mda./Cte. (\$163.820.00.)** por la **Construcción** de redondeos de filos.

8.6. - En cuantía de **DOSCIENTOS CINCO MIL OCHOCIENTOS TREINTA PESOS Mda./Cte. (\$205.830.00.)** por la construcción de poyos en concreto en las bases de las Bajantes de Aguas Lluvias (BALL) 8 Und.

8.7. - En cuantía de **NOVENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS Mda./Cte. (\$93.688.oo.)** por el suministro e instalación de timbre y pulsador. 1 und.

8.8. - En cuantía de **CIENTO VEINTISIETE MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO PESOS Mda./Cte. (\$127.148.oo.)** por el suministro e instalación de fotocelda. 1 Und.

8.9. - En cuantía de **DOSCIENTOS DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS Mda./Cte. (\$202.979.oo.)** por el suministro e instalación de bala u ojo de Buey debajo del alero. 2 Und.

8.10. - En cuantía de **DOSCIENTOS DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS Mda./Cte. (\$202.979.oo.)** por el suministro e instalación de reflectores en la fachada principal. 2 Und.

8.11. - En cuantía de **CIENTO SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS PESOS Mda./Cte. (\$167.300.oo.)** por la construcción de granito pulido para lavaollas acorde con especificación del municipio de Hispania. 1 Und.

8.12. - En cuantía de **DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS NUEVE PESOS Mda./Cte. (\$287.609.oo.)** por la construcción de granito pulido para pisos en poceta de ducha y lavaescoba.

8.13. - En cuantía de **SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS NUEVE PESOS Mda./Cte. (\$782.609.oo.)** por el suministro e instalación de dilataciones de aluminio.

8.14. - En cuantía de **DOSCIENTOS TRES MIL QUINIENTOS CUARENTA PESOS Mda./Cte. (\$203.540.oo.)** por la construcción de acometida eléctrica aérea a poste. 10 ML.

8.15. - En cuantía de **DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS Mda./Cte. (\$246.662.oo.)** por el suministro e instalación de cenefas para baños y bocel plástico de remate.

8.16. - En cuantía de **CIENTO DIECISEIS MIL TRESCIENTOS VEINTICUATRO PESOS Mda./Cte. (\$116.324.oo.)** por la construcción de resalte en pañete en vanos de puertas, ventanas fachada principal y medidor de energía.

8.17. - En cuantía de **CIENTO UN MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS Mda./Cte. (\$101.718.oo.)** por el suministro e instalación de topes magnéticos. 4 UN.

8.18. - En cuantía de **UN MILLON SIETE MIL CIENTO TREINTA Y CINCO PESOS Mda./Cte. (\$1.007.135.oo.)** por el maquillaje estructura de concreto a la vista (vigas y columnas).

8.19. - En cuantía de **TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS PESOS Mda./Cte. (\$3.487.400.oo.)** por mayor longitud promedio construido para cada salida eléctrica de las actividades o Items Contractuales o Previstos inicialmente en el contrato 2101102.

OTRAS EJECUCIONES DE ACTIVIDADES o ITEMS NO PREVISTOS EN LA ETAPA DE CONSTRUCCION DEL CONTRATO.

8.20. - En cuantía de **CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS Mda./Cte. (\$186.378.oo.)** por el suministro e instalación tubo PVCP RDE 21 1 ½": 6 ML.

8.21. - En cuantía de **OCHENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS Mda./Cte. (\$84.964.00.)** por el suministro e instalación tubo PVC sanitario 4”.

8.22. - En cuantía de **QUINIENTOS TREINTA Y DOS MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO PESOS Mda./Cte. (\$532.325.00.)** por el suministro y aplicación IMPERMEABILIZACIÓN INTEGRAL MORTERO CON SIKA para exteriores de las fachadas Frontal, sur (depósito de gas) y posterior.

8.23. - En cuantía de **UN MILLON CIENTO SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS Mda./Cte. (\$1.166.653.00.)** por el la construcción de guarda escoba recto granito pulido.

8.24. En cuantía de **UN MILLON CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS Mda./Cte. (\$1.479.877.00.)** por el la construcción de guarda escoba granito pulido ½ caña.

8.25. - En cuantía de **DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS Mda./Cte. (\$224.851.00.)** por el suministro e instalación de topes puertas. 14 UN.

8.26. - En cuantía de **CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS Mda./Cte. (\$492.387.00.)** por el suministro y aplicación de pañete lanzado o zafarreado o Champiado. 94.71 M2.

Tampoco el a Quo se pronuncia ni da contestación alguna a las siguientes pretensiones del demandante, suficientemente soportado en la demanda:

4.- Condenar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE, a reconocer y cancelar al demandante, en cuantía de **CATORCE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS Mda./Cte. (\$14.751.274.00.)** por mayores cantidades de obra de ítems o actividades de cimentación ejecutadas por el contratista y no reconocidas finalmente por la interventoría ni por la entidad. (fls.27 a 44 del documento de salvedades. - anexo)

5.- Condenar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE, a reconocer y cancelar al demandante, en cuantía de **DIECISEIS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS Mda./Cte. (\$16.464.555.00.)** por los análisis de precios unitarios (apu's) de ítems no previstos en el contrato 2101102 presentados por el contratista solicitados por la interventoría. (fls.44 **a 51 y** anexo 4 del documento de salvedades. - anexo)

6. - SE EFECTUÓ RETEGARANTIA DEL 10% A CADA UNA DE DOS (2) PRIMERAS LAS ACTAS DE RECIBO PARCIAL DE OBRA, NO CONTEMPLADA EN LA FORMA DE PAGO.

El proyecto en la etapa de estudio y diseño presentó muchas modificaciones posteriores a la entrega oficial del informe del 6 de julio de 2010 que hizo el contratista a la interventoría, efectuadas todas por la Alcaldía, la entidad demandada y la interventoría en detrimento del contratista. En ninguna parte del contrato ni en el pliego de condiciones se exigía la presentación de varias revisiones a los diseños existentes, sino solo al inicial para que cumpliera con la Norma Sismo Resistente y otras mas obligatorias en el país.

Contractualmente l contratista solo debía revisar y efectuar eventuales ajustes a los diseños iniciales existentes del proyecto entregados por la entidad demanda y que hacían parte del pliego de

condiciones, consistente esencialmente en una edificación de dos plantas; posteriormente, después de haber presentado el informe contratado el 6 de julio de 2019, la Alcaldía, la entidad demandada y la interventoría modificaron todo el proyecto a una sola planta y que el contratista se vio obligado a presentar un segundo informe; seguidamente las entidades anteriores modificaron el sistema de cimentación y estructura del proyecto en base a las aclaraciones del geotecnista de la alcaldía al estudio de suelos obligando al contratista a presentar un tercer y cuarto informe de supuestamente revisión y ajustes a los estudios y diseños.

Después de haber entregado el contratista a la interventoría el informe de ajustes a los diseños contratados el 6 de julio de 2019, la Interventoría hasta el 6-dic-10 mediante su Oficio IO IHPH059-10 Concepto diseño estructural, la Interventoría aprobó la propuesta del diseño realizado con la capacidad portante de 15 ton/m², valor recomendado en el estudio de suelos realizado por el Municipio de Hispania, cuando el informe de estudios de suelos contratado por el municipio de Hispania solo fue entregado oficialmente y firmado el pasado 3-dic-10, con el cual hacían recomendación sobre el nuevo nivel de fundación del proyecto.

Y mas extraño resulta el hecho que la interventoría hasta el **día 12 de enero de 2011 (a escasos 9 días de la terminación contractual del 21 de enero y cuando el inicio de la etapa de obra habría iniciado el 16 de noviembre de 2019)**, según el Acta No, 1 formato FM1032, se deja constancia del recibo y aprobación de los estudios y diseños del contrato en mención, tal como consta en el anverso del folio 550 de la sentencia del a Quo.

En la demanda se describe cronológica y sucintamente los mayores productos y subproductos de revisión y ajuste de los estudios y diseños elaborados y entregados por el contratista a solicitud de la Interventoría, de la entidad demandada como de la alcaldía de Hispania, todo en detrimento del contratista.

1.- Condenar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE, a reconocer y cancelar al demandante, en cuantía de DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS Mda./Cte. (\$10.800.000.oo.) por mayores trabajos de coordinación para la revisión y ajuste a los estudios y diseños realizados por el director general o de proyecto representados por productos y subproductos adicionales elaborados y entregados por el contratista durante la suspensión del contrato por solicitud de la interventoría. (fls.11 y 12 del documento de salvedades. - anexo)

En la sentencia a Quo en el folio 557 se establece textualmente que “En las tres actas se deja constancia expresa que las partes acuerden que la suspensión del contrato no generará gastos de administración adicionales por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de FONADE, actas que se encuentran suscritas por Ricardo Herrera Ganen como contratista, y Giancarlo Avene Corrales, como representante legal de la Interventoría.

De tal suerte, no es de recibo afirmar que la mayor permanencia en obra pudiera dar lugar al reconocimiento por sobrecostos que pudieran haber sido asumidos por el contratista por el incremento de precios de los Insumos de obra o por administración, dado el inicio tardío de la etapa de obra como por el cambio de año pues las partes contratantes acordaron que las suspensiones del contrato no generaría gastos de administración adicionales por permanencia en obra, y no se hizo en dichas actas de suspensión ninguna anotación o salvedad alguna por el contratista con relación a esos mayores costos que dice se causaron”.

Sobre lo anterior es preciso aclarar que el demandante en ningún momento está reclamando sobrecostos por gastos de administración adicionales por permanencia en obra o lucro cesante al haber suscrito las tres (3) actas suspensión, tal como se estableció que no se generarían en las respectivas actas, **sino por todos los trabajos que la entidad demandada como la interventoría obligaron al contratista y director general a ejecutar trabajos de coordinación para la revisión y ajuste a los estudios y diseños (ETAPA 1) adicionales (4) representados por productos y subproductos adicionales elaborados y entregados por el contratista durante la suspensión del contrato, que debían cesar todas las obligaciones contractuales, todo por solicitud de la interventoría.**

Conviene señalar que al momento de suscribir el acta de suspensión como de sus correspondientes prórrogas, el contratista nunca se imaginó que tanto la interventoría, la demandada como la alcaldía de Hispania le iban a exigir durante el término de suspensión la elaboración y presentación de **revisión y ajuste a los estudios y diseños (ETAPA 1) adicionales (4) representados por productos y subproductos adicionales elaborados y entregados por el contratista durante la suspensión del contrato, cuando debían cesar todas las obligaciones contractuales, los cuales deben ser reconocidos al contratista.**

En la sentencia a Quo entre el folio 547 y 548 se conforman las fechas del acta inicio, suspensiones, prórrogas de las suspensiones, reinicio y acta de inicio de la obra. En las Actas No. 1, 2 y 3 de suspensión se confirman las razones por las cuales se suspendió el contrato por razones ajenas del contratista, tales como que el estudio de suelos realizado previamente por la Alcaldía de Hispania no es congruente con los resultados obtenidos mediante los apiques de verificación realizados por el contratista en el sitio del proyecto, por las diferencias con los estudios anteriores e incongruencias dentro del mismo estudio presentado, las cuales deberán ser evaluadas y corregidas por la Alcaldía de Hispania hasta tanto se reciba y apruebe el estudio de suelos a entregar el cual debe cumplir con la norma vigente y debe presentar las correcciones y los ajustes requeridos. Adicionalmente, hasta que el municipio de Hispania ejecute en su totalidad las actividades de nivelación del terreno del predio con las respectivas estructuras de confinamiento, de tal manera que se puedan iniciar las actividades objeto del contrato para la construcción del Hogar de Paso dei. Adulto Mayor,

La justificación del funcionario de la demandada Carlos Tovar en el folio 555 de que “No son de recibo entonces las reclamaciones por mayores trabajos de coordinación para la revisión y ajuste a los estudios y diseños. realizados por el director general, por personal adicional que hubiere contratado o por rediseños estructurales .o arquitectónicos adicionales, pues como se expuso dicho ítem fue contratado por un precio fijo único que el mismo contratista ofertó, de conformidad con las condiciones presentadas en el pliego de condiciones dei que devino el contrato, en virtud del cual, el producto a entregar en la etapa de revisión y ajuste es uno solo y con base en el precio fijo pactado”, carece de todo fundamento mas si se tiene en cuenta que todas las modificaciones al proyecto no fueron por causas imputables al contratista, además del hecho que el primer producto entregado el 6 de julio de 2010 cumplía con todas las exigencias contratadas por la entidad demandada (incluido con los pliegos de condiciones) como con toda la normatividad vigente.

Contractualmente el contratista solo debía revisar y efectuar eventuales ajustes a los diseños iniciales existentes del proyecto entregados por la entidad demanda y que hacían parte del pliego de condiciones, consistente esencialmente en una edificación de dos plantas; posteriormente, después de haber presentado el informe contratado el 6 de julio de 2019, la Alcaldía, la entidad demandada y la interventoría modificaron todo el proyecto a una sola planta y que el contratista se vio obligado a presentar un segundo informe; seguidamente las entidades anteriores modificaron el sistema de cimentación y estructura del proyecto en base a las aclaraciones del geotecnista de la alcaldía al estudio de suelos obligando al contratista a presentar un tercer y cuarto informe de supuestamente revisión y ajustes a los estudios y diseños.

En primer lugar el contrato de obra se componía de 2 etapas, entre ellas la correspondiente a AJUSTE A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS existente con que contaba la entidad, donde el contratista se comprometió a presentar un producto consistente que cumpliera con las condiciones establecidas por la demandada en el pliego de condiciones así

| AJUSTE A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS | | |
|--|--------------|---------------------|
| Ajuste a los estudios y diseños | 6.600.000,00 | 6.600.000,00 |
| Valor IVA | | 1.056.000,00 |
| VALOR TOTAL DE LOS AJUSTES A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS (B) | | 7.656.000,00 |

El plazo de ejecución inicial estipulado en el contrato era de TRES (3,0) MESES contados a partir de la suscripción del acta de inicio (21 de junio de 2010) y discriminados de la siguiente manera (de acuerdo al Numeral 1.5. PLAZO DE EJECUCIÓN del pliego de condiciones de la SELECCION ABREVIADA — MENOR CUANTIA SAM 009-2010).

| Etapa | OBJETO | TIEMPO EJECUCION |
|----------------------------------|--|------------------|
| 1 | Etapa de Revisión y ajuste de los Estudios y Diseños | 0.5 mes |
| 2 | Etapa de Construcción de las Obras | 2.5 meses |
| TOTAL TIEMPO DE EJECUCION | | 3.0 MESES |

Además, se aclara que el sistema de pago según el documento del pliego de condiciones se estableció es por precios unitarios fijos sin fórmula de ajuste (y no a precio global donde el contratista debería asumir las mayores cantidades de obra y la ejecución de ítems no previstos).

El demandante presentó el INFORME DE REVISION Y AJUSTES A LOS ESTUDIOS y DISEÑOS el 6 de julio de 2010 (correspondiente a la primera etapa del contrato) por parte de mi representado a la Interventoría, cumpliendo con el alcance, el objeto (revisión y ajustes a los estudios y diseños técnicos) y plazo contratado (0.5 mes). Posteriormente tanto la Entidad como la Interventoría decidieron suscribir la primera Acta de suspensión No. 1 fechado el 15-jul-10 (posterior a la entrega del informe y terminación de la primera etapa) suspendiendo el contrato hasta el 8 de Agosto de 2010, "Debido a que el estudio de suelos realizados previamente por la Alcaldía Municipal de Hispania no es congruente con los resultados obtenidos mediante los apiques de verificación realizados por mi representado en el sitio del proyecto...". Se aclara que dentro del alcance y objeto de la etapa de revisión y ajustes a los estudios y diseños técnicos no se tenía contratado con mi representado la ejecución de apiques o sondeos.

El a Quo desconoció lo demostrado en la demanda que posterior a la entrega del producto del 6 de julio de 2010 el contratista tuvo que hacer otras cuatro (4) revisiones adicionales en atención a las modificaciones al proyecto que había sido exigido por la alcaldía de Hispania como por Fonade por causas no imputables al contratista, pero en detrimento de este último.

Se reitera que el sistema de pago contratado establecido fue por precios unitarios fijos sin fórmula de ajuste (y no a precio global donde el contratista debería asumir las mayores cantidades de obra y la ejecución de ítems no previstos), donde el contratista cumplió con la entrega del 6 de julio de 2019.

El período de suspensión del contrato fueron 121 días durante los cuales el contratista siguió presentando otras cuatro (4) revisiones exigidas por la entidad como por la interventoría como a continuación;

| | INICIO | TERMINO | DIAS |
|-----------------------------|-----------|--------------|------------|
| Suspension | 15-jul-10 | 09/08/2010 | 24 |
| Prorroga de la suspension 1 | 9-ago-10 | 30/08/2010 | 21 |
| Prorroga de la suspension 1 | 30-ago-10 | | |
| Reinicio | | 16/11/2010 | 76 |
| | | TOTAL | 121 |

En todo el transcurso de la suspensión del contrato, término donde debió cesar todas las obligaciones contractuales de las partes, se presentaron las siguientes comunicaciones salientes como entrantes entre el contratista y las demás partes como prueba fehaciente de que el contratista fue obligado a seguir laborando en demás entregas de otros ajustes a los estudios y diseños diferentes a los entregados el 6 de julio de 2010:

| | <u>Correos electrónico</u> | <u>Oficios</u> |
|----------------------|----------------------------|--|
| Contratista | 63 | 22 (desde el 14 al 35) |
| Interventoría | 81 | 09 (25,37,38,39,42,43,44,45,47) Fonade |
| – Supervisor | 25 | 02 (Sept 9 y 21 de 2010) |
| Alcaldía de Hispania | 4 | 01 (Agosto 24 de 2010) |

La valoración de esta pretensión se hizo basada en el costo de \$1.350.000 propuesto por el contratista en su oferta para el proceso de contratación del Director general o de proyecto para 0.50 meses multiplicado por cuatro los (4) meses que duró las suspensiones del contrato, cuando el contratista y director general se vio obligado a seguir laborando para cumplir con las cuatros (4) revisiones y requerimientos adicionales exigidas por el municipio de Hispania como por Fonade y la interventoría.

1. 1- Condenar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE, a reconocer y cancelar al demandante, en cuantía de QUINIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CIENTO OCHENTA Y CUATRO PESOS Mda./Cte. (\$536.184.oo.) por excedente en el pago de aportes a EPS y PENSION exigido por el supervisor de contrato al contratista para la cancelación de la factura de venta 53 para el cobro del 90% del valor correspondiente de la etapa de revision de diseño del contrato de obra no. 2101102. (fl. 14 del documento de salvedades. - anexo)

El Supervisor de contrato por Fonade exigió al Contratista un mayor aporte a EPS y PENSION correspondiente al mes de diciembre de 2010 (mes donde se efectuó el recibo del producto) como prerequisite para el desembolso del 90% DEL VALOR CORRESPONDIENTE DE LA ETAPA DE REVISION DE DISEÑO DEL CONTRATO DE OBRA No. 2101102 correspondiente a la Factura de venta 53 radicada en la Entidad el el 02-02-2011 bajo el No. 2011-430-005036-2.

Lo anterior quedó documentado en correo electrónico enviado el 03-feb-1 1 por el Supervisor de contrato al Contratista, el cual se transcribe a continuación:

Ricardo Her Hotmail

De: "Carlos Rene Tovar Oliveros" <ctovar@fonade.gov.co>
Para: "Ricardo Her Hotmail" <ricardo_her@hotmail.com>; "Moramay Quifones" <mquinonez@ingeobrasas.com>;
"Valentina Marin" <vmarin@ingeobrasas.com>
Enviado: jueves, 03 de febrero de 2011 4:01
Asunto: DESEMBOLSO PARA PAGO ETAPA 1 CONTRATO 2101102 HISPANIA

Buenas noches, favor revisar los soportes de pago adjunto al desembolso, toda vez que estos no cubren el monto facturado

RICARDO HERRERA GANEM

vr. Soportado

| | | | | |
|---------------------|-------------------|-----------|--|----------------------------------|
| vr. Factura etapa 1 | 6.890.400,00 | | | |
| 40% del valor | 2.756.160,00 | | | |
| aporte por pensión | 16% 440.985,60 | 82.400,00 | | mes dic. Del recibo del producto |
| aporte por salud | 12,50% 344.520,00 | 64.400,00 | | mes dic. Del recibo del producto |

CARLOS TOVAR OLIVEROS

Gerente Master

Subgerencia Técnica

FONADE

Calle 26 No. 13-19

Telefonos: 5940407 Ext. 2652

ctovar@fonade.gov.co

Lo anterior causó extrañeza e inconformismo al Contratista toda vez que el INFORME DE REVISION Y AJUSTE DE LOS ESTUDIOS Y DISENOS presentado por el Contratista fue finalmente aprobado por la Interventoría en el mes de enero-2011, y además como se pudo comprobar en el presente numeral como en los subsiguientes, la etapa de REVISION Y AJUSTE DE LOS ESTUDIOS Y DISENOS se extendió desde el 21-jun-10 hasta a enero de 2011 mes cuando fue aprobado el referido informe por parte de la Interventoría, meses que el contratista había venido pagando oportunamente los respectivos aportes como quedó consignado en el correo electrónico enviado el 03-feb-11 por el Contratista al Supervisor de contrato donde se informó:

“ADJUNTO TE ENVIO UNA RELACION DE PAGOS CON SUS CORRESPONDIENTES SOPORTES DE LOS APORTES A EPS y PENSION, TANTO COMO INDEPENDIENTE COMO A LA COOPERATIVA, DESDE JUNIO DE 2010, MES QUE INICIO EL CONTRATO EN LA ETAPA DE REVISION A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS TECNICOS (21 DE JUNIO) A ENERO DE 2011, MES QUE SE APROBARON Y FACTURARON ESTOS MISMOS, A LA ESPERA QUE SEAN SUFICIENTES PARA EL TRAMITE DE LOS DESEMBOLSOS RADICADOS”.

Por lo tanto la Entidad debe reconocerle el excedente del pago que fue exigido y que tuvo que incurrir el Contratista por el mayor aporte a EPS y PENSION correspondiente al mes de diciembre por valor de \$536.184 para el desembolso del 90% del valor de la etapa de revisión de estudios y diseño cuando esta fue aprobada por la Interventoría solo en enero-2011, la factura 53 fue radicada en la Entidad el 02-02-2011 y por el no reconocimiento de los aportes efectuados por el Contratista desde el momento mismo del inicio de la etapa de revisión de estudios y diseños hasta cuando fue aprobado finalmente por la Interventoría.

2.- Condenar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE, a reconocer y cancelar al demandante, por mayores productos y subproductos de revisión y

ajuste de los estudios y diseños elaborados y entregados por el contratista a solicitud de la interventoría

En la sentencia del a Quo a folio 551, según la prueba documental y testimonial de Carlos René Tovar Oliveros, quien fue el Gerente del convenio, confirmó que en la primera etapa se presentaron observaciones por el contratista, que implicaron que el Municipio debió hacer unos ajustes técnicos, pues las obligaciones del Municipio consistían en entregar el predio y entregar la información técnica y las licencias. Y que se suspendió la ejecución hasta que el Municipio hizo los ajustes requeridos, es decir que la suspensión de 120 días de la etapa 1 de ajustes a los diseños no fue por causas imputables al contratista.

La justificación del funcionario de la demandada Carlos Tovar en el anverso del folio 554 de no reconocerle al contratista “un solo producto sin importar los subproductos y gestiones que requirieran realizar para su obtención y aprobación de la interventoría” independientemente de los cuatro (4) ajustes adicionales de los estudios y diseños que tuvo que elaborar y entregar el contratista a solicitud de la interventoría, por causas ajenas al contratista, carece de todo fundamento mas si se tiene en cuenta que todas las modificaciones al proyecto no fueron por causas imputables al contratista, además del hecho que el primer producto entregado el 6 de julio de 2010 cumplía con todas las exigencias contratadas por la entidad demandada (inclusive con el pliego de condiciones) como con toda la normatividad vigente.

Contractualmente el contratista solo debía revisar y efectuar eventuales ajustes a los diseños iniciales existentes del proyecto entregados por la entidad demanda y que hacían parte del pliego de condiciones, consistente esencialmente en una edificación de dos plantas; posteriormente, después de haber presentado el informe contratado el 6 de julio de 2019, la Alcaldía, la entidad demandada y la interventoría modificaron todo el proyecto a una sola planta y que el contratista se vio obligado a presentar un segundo informe; seguidamente las entidades anteriores modificaron el sistema de cimentación y estructura del proyecto en base a las aclaraciones del geotecnista de la alcaldía al estudio de suelos obligando al contratista a presentar un tercer y cuarto informe de supuestamente revisión y ajustes a los estudios y diseños.

Después de haber entregado el contratista a la interventoría el informe de ajustes a los diseños contratados el 6 de julio de 2019, la Interventoría hasta el 6-dic-10 mediante su Oficio IO IHPH059-10 Concepto diseño estructural, la Interventoría aprobó la propuesta del diseño realizado con la capacidad portante de 15 ton/m², valor recomendado en el estudio de suelos realizado por el Municipio de Hispania, cuando el informe de estudios de suelos contratado por el municipio de Hispania solo fue entregado oficialmente y firmado el pasado 3-dic-10, con el cual hacían recomendación sobre el nuevo nivel de fundación del proyecto.

Y mas extraño resulta el hecho que la interventoría hasta el **día 12 de enero de 2011 (a escasos 9 días de la terminación contractual del 21 de enero y cuando el inicio de la etapa de obra habría iniciado el 16 de noviembre de 2019)**, según el Acta No, 1 formato FM1032, se deja constancia del recibo y aprobación de los estudios y diseños del contrato en mención, tal como consta en el anverso del folio 550 de la sentencia del a Quo.

Durante el período de suspensión del contrato y posterior al reinicio del mismo se solicitó al Contratista la elaboración de productos y subproductos adicionales a los contratados por la Entidad y/o a lo entregado oficial y contractualmente por este a la Interventoría el 6- jul-10 mediante Oficio Fonade Hispania 11-10, tales como la elaboración y presentación de varios rediseños del proyecto por solicitud de Fonade, la Interventoría y la Alcaldía de Hispania, como hasta cuatro conceptos del geotecnista y hasta cuatro rediseños estructurales elaborados y presentados por parte del contratista por solicitud de la Interventoría. Además de lo anterior, se presentaron por solicitud de la

Interventoría varios ajustes a los informes de estudios y diseños, inclusive de productos y subproductos que ya habían sido aprobados por la Interventoría con anterioridad.

En el anverso del folio 550 de la sentencia, el a Quo confirmó que según el Acta No, 1 formato FM1032, se deja constancia del recibo y aprobación de los estudios y diseños del contrato en mención, **el día 12 de enero de 2011 (a escasos 9 días de la terminación contractual del 21 de enero y cuando el inicio de la etapa de obra habría iniciado el 16 de noviembre de 2010)**, Acta con la que se hace entrega formal de los planos relacionados en la misma en original, y que dichos planos se encuentran debidamente aprobados por la interventoría con las observaciones plasmadas en el oficio de remisión IOIHPH-086-11, y se deja constancia que la interventoría revisó, verificó y aprobó las memorias de cálculo, cantidades de obra y los planos correspondientes a los diseños, de acuerdo con las especificaciones técnicas. Acta suscrita por Ricardo Herrera Ganen como contratista, y Giancarlo Avena Corrales, como representante legal de la Interventoría.

A. CONCEPTOS DEL GEOTECNISTA DEL CONTRATISTA

El geotecnista del contratista presentó dos (2) informes de revisión al estudio de suelos (fechados el 20 y 30 de junio de 2010) y efectuó los apiques en el terreno del proyecto con sus respectivos ensayos de laboratorio exigidos por la entidad y la interventoría, cuando según el pliego de condiciones y el contrato no estaba contemplado, quien además emitió los conceptos geotécnicos correspondientes al estudio de suelos inicial, los cuales fueron remitidos por el Contratista a la Interventoría en el INFORME DE REVISION Y AJUSTES A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS INICIAL mediante Oficio Fonade Hispania 11-10 del 05-07-2010.

Posteriormente a la entrega por parte del Contratista a la Interventoría del INFORME DE REVISION Y AJUSTES A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS INICIAL mediante Oficio Fonade Hispania 11-10 del 05-07-2010, y la elaboración del nuevo estudio de suelos contratado por la Alcaldía de Hispania, el Contratista presentó cuatro (4) conceptos geotécnicos exigidos por la interventoría como por la entidad en detrimento del contratista como requisito previo a la aprobación del referido estudio elaborado por la Alcaldía, por parte del Ing. Melquisedec Cantor Bello. Los conceptos emitidos por el especialista en geotecnia del Contratista se presentaron en las siguientes fechas: 10-ago-2010, 19-ago-2010, 04-sep-2010, 16-sep-10.

Es importante aclarar que, a parte de los cuatro (4) conceptos geotécnicos anteriores emitidos por el Geotecnista del Contratista, Ing. Melquisedec Cantor Bello, el Contratista había presentado ya en su INFORME DE REVISION A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS del 6-jul-10 mediante Oficio Fonade Hispania 11-10 dos (2) conceptos geotécnicos emitidos por el Ing. José Ignacio Sierra del 20 y 30 de junio de 2010.

B. REDISEÑOS ESTRUCTURALES ADICIONALES AL PRESENTADO CONTRACTUAL y OFICIALMENTE EL 06-iul-10 ELABORADOS Y PRESENTADOS POR PARTE DEL CONTRATISTA POR SOLICITUD DE LA INTERVENTORIA

C. REDISEÑOS ARQUITECTONICOS DEL PROYECTO ADICIONALES y AJUSTES AL PRESUPUESTO DE OBRA AL PRESENTADO CONTRACTUAL y OFICIALMENTE EL 6-iul-10 POR SOLICITUD DE FONADE. LA INTERVENTORIA Y LA ALCALDÍA DE HISPANIA

El Contratista elaboró tres (3) rediseños y ajustes estructurales y arquitectónicos al presentado inicialmente por el Contratista el 6-jul-10 mediante Oficio Fonade Hispania 11-10, a saber:

- 2010-09-30, mediante Oficio Fonade Hispania 30-10 enviado por Servientrega a la Interventoría se remite los PLANOS REDISEÑO ESTRUCTURAL PARA REVISION Y APROBACION, enviado además por correo electrónico.

- 2010-10-15, mediante Oficio Fonade Hispania 31-10 se remite el rediseño estructural ajustado y plano arquitectónico ajustado según observaciones y recomendaciones de la Interventoría.

- 2010-11-29, correo electrónico del Contratista donde se envía las 2 PROPUESTAS DE DISEÑOS DE ZAPATAS, ACORDE CON LO SOLICITADO EN REUNION SOSTENIDA EN LAS OFICINAS DE LA INTERVENTORIA EL PASADO 23 DE NOVIEMBRE DE LOS CORRIENTES.

En la demanda está perfectamente descrito cronológica y sucintamente los mayores productos y subproductos de revisión y ajuste de los estudios y diseños elaborados y entregados por el contratista a solicitud de la Interventoría, soportados documentalmente y que el a Quo ni siquiera revisó, entre el 22 de julio de 2010 hasta el 8 de febrero de 2011.

Después de haber entregado el contratista a la interventoría el informe de ajustes a los diseños contratados el 6 de julio de 2010, la Interventoría hasta el 6-dic-10 mediante su Oficio IO IHPH059-10 Concepto diseño estructural, la Interventoría aprobó la propuesta del diseño realizado con la capacidad portante de 15 ton/m2, valor recomendado en el estudio de suelos realizado por el Municipio de Hispania.

3.- Condenar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE, a reconocer y cancelar al demandante, por sobrecostos asumidos por el contratista por el incremento de precios de los insumos de obra (materiales, mano de obra, equipos, herramientas y transportes) por el inicio tardío de la etapa de obra como por el cambio de año, y mayores costos administrativos para la ejecución de la prórroga y modificación n°1 del 21 de enero de 2011

En la sentencia del a Quo en el folio 556, cuando se afirma que “Con relación a las pretensiones por sobrecostos asumidos por el contratista por el incremento de precios de los insumos de obra, (materiales, mano de obra, equipos, herramientas y transporte); por el inicio tardío de la etapa de obra como por el cambio de año, y mayores costos administrativos para la ejecución de la prórroga y modificación No. 1 del 21 de enero de 2011, se considera que tampoco hay lugar a su reconocimiento”, **es necesario observar que no se justifica ni explica las razones por las cuales haya lugar al reconocimiento de los mencionados sobrecostos al contratista de obra.**

El inicio tardío de la etapa de obra y por consiguiente la ejecución de la misma, conllevó al contratista asumir mayores costos representados por el incremento de precios de los insumos de obra (materiales, mano de obra, equipos, herramientas y transportes), incrementos que se reflejó además por el cambio de año, si se tiene en cuenta que según el Acta de inicio (Formato FMIO15) del contrato, la etapa de obra debió concluir el pasado “día 21 del mes Septiembre del año 2010” y no el 31 de enero de 2011, como en realidad sucedió por causas ajenas y no imputables al Contratista.

No hay que perder de vista que el contrato inició formalmente el 21 de junio de 2010, y tenía un plazo de ejecución de tres (3) meses, el cual debía terminarse el 21 de septiembre de 2010. Pero por culpa exclusiva de la entidad contratante, alcaldía de Hispania y la interventoría, el contrato se suspendió prorrogándose varias veces sus suspensión hasta terminar el 31 de enero de 2011, teniendo que asumir el contratista mayores de costos administrativos y de insumos como materiales, mano de obra, equipos, herramientas y transportes, por el inicio tardío del contrato pasando a la vigencia de 2011.

4.- Condenar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE, a reconocer y cancelar al demandante, en cuantía de CATORCE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS Mda./Cte. (\$14.751.274.oo.) por mayores cantidades de obra de ítems o actividades de cimentación ejecutadas por el

contratista y no reconocidas finalmente por la interventoría ni por la entidad. (fls.27 a 44 del documento de salvedades. - anexo)

Se aclara que según lo contenido en la sentencia del a Quo en el anverso del folio 555, donde el municipio de Hispania se comprometía a realizar algunas actividades previas al Inicio del contrato a cargo de FONADE como era “la nivelación del terreno y la construcción de las obras de contención” no están siendo reclamadas por el contratista.

El mismo día para la terminación contractual del contrato (21 de enero de 2011) se suscribe una PRÓRROGA de 10 días Y MODIFICACIÓN N°1 con el cual se pretende legalizar un gran número de actividades no previstas **(55)** en un plazo de 10 días, demostrando que la gran mayoría de estas actividades ya habían sido ejecutadas por el contratista a los precios recortados convenientemente por el área de estudios previos de la demandada, dejando un saldo a favor de la entidad de \$4.989.277.

Lo anterior quedó plasmado en la sentencia del a Quo donde en el anverso del folio 548 se confirma que se suscribió una prórroga de término de 10 días calendario, para poder dar cumplimiento a cabalidad con de alcance de las obras contratadas, **a través de un gran número de actividades no previstas (55)** cuya ejecución requiere un mayor tiempo que la prevista inicialmente, y con el ánimo de garantizar la correcta ejecución y finalización de las actividades dentro del plazo contractual (para garantizar el normal y óptimo funcionamiento de las Instalaciones del Hogar de Paso del Adulto Mayor), solícita a prórroga del contrato por el término de 10 días.

En la misma sentencia se confirmó que mediante solicitud de novedades de contratación derivada FMI011 no. 107 del 19 de enero de 2011, el Gestor del convenio 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 10 días calendados, toda vez que durante la ejecución final del proyecto y una vez se terminaron actividades como cimentación, estructura abierta 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. Documento en el que se describen en la cláusula primera las actividades y cantidades de obra previstas en el formato denominado Propuesta Económica” del contratista, y que arrojan un valor total de costos directos e indirectos de \$214.252.745 y una diferencia del contrato Inicial vs condiciones actualizadas de -\$4.989.277.

El hecho que según la sentencia del a Quo a folio 558 donde se establece textualmente que “Según la prueba documental que obra en el proceso, se suscribieron 3 actas de mayores y menores cantidades de ítems no previstos (Folios 53-55; 56-59 y 60-63), en las que el contratista y el representante legal de la interventoría dejan constancia de las modificaciones a las cantidades de obra el 7 de diciembre de 2010, 19 de enero de 2011 (a escasas 24 hora de la terminación) y 31 de enero de 2011 (el mismo día de la terminación) en las respectivas condiciones en que se detallan en el acta, actas que fueron suscritas por Ricardo Herrera Ganen como contratista, y Giancarlo Avene Corrales, como representante legal de la Interventoría, sin salvedad ni objeción alguna hecha por el contratista”, **no implica de modo alguno que el contratista está renunciando al cobro de las obras faltantes sino mas bien una forma de poder asegurar de alguna forma el reconocimiento y pago de obras ya ejecutadas por el contratista exigidas por la interventoría y la entidad**, mas aún que las actas de mayores o menores o balance de obra no son reconocida por la jurisprudencia como documento idóneo para dejar constancias de salvedades o inconformidades del contratista.

Se reitera que ni en la demanda del a Quo ni jurisprudencialmente se señala que resulta obligatorio incluir salvedades e inconformidades en las actas mayores y menores cantidades de obra, de terminación y de entrega final, para su reconocimiento.

No deja de extrañar que en toda la sentencia del a Quo no se menciona que el valor final ejecutado del contrato (\$219.228.408) según la interventoría y la entidad fue \$7.668.614 inferior al valor contratado (\$226.898.022), lo que denota que muchas de las mayores cantidades de obra de ítems contractuales y obras nuevas o no previstas no fueron reconocidas finalmente por la interventoría y la demandada al contratista.

El Contratista dejó constancia en la demanda sobre las MAYORES CANTIDADES DE OBRA DE ITEMS o ACTIVIDADES DE CIMENTACION EJECUTADAS POR EL CONTRATISTA y NO RECONOCIDAS FINALMENTE POR LA INTERVENTORIA NI POR LA ENTIDAD, las cuales se encuentran relacionadas y valoradas en el Anexo 3 adjunta a la demanda, representando una diferencia de \$14.786.542 / \$ 210.171.286,11 = 7,035% del valor inicial del contrato correspondiente a la etapa de construcción, como de su inconformidad ante el tratamiento dado por la Interventoría y la Entidad en procura de desconocer finalmente, por razones o motivaciones hasta hoy desconocida, las mayores cantidades de obra ejecutadas por el Contratista cuando desde un inicio habían sido reconocidas y valoradas por ellos mediante documentos contractuales tales como en el ACTA No. 1 DE MAYORES Y MENORES CANTIDADES E ITEMS NO PREVISTOS del 9 de diciembre de 2010 que derivó el contrato ADICION No. 1 del 16 de diciembre de 2010.

Tal circunstancia sobre el desconocimiento final por parte de la Interventoría y la Entidad de las mayores cantidades de ítems o actividades de cimentación ejecutadas por el Contratista quedó evidenciada en los siguientes documentos contractuales:

- Informes de obra No. 2 y 3.
- Informe final de obra.
- Planos record o finales de obra.
- Informe final de revisión a los estudios y diseños técnicos remitido por el Contratista.
- Planos de diseños remitidos por el Contratista a la Alcaldía mediante Oficio Fonade Hispania 50-10 para actualización de la licencia de construcción.
- Oficio Fonade Hispania 42-10 del 6-dic-10 enviado a Fonade con copia a la Interventoría por Deprisa con Radicado No. 201 0-430-079761-2. REF: SOLICITUD DE SUSPENSIÓN INMEDIATA DEL CONTRATO DE OBRA No. 2101102.
- Oficio Fonade Hispania 43-10 del 7-dic-10 enviado a la Interventoría con copia a Fonade con Radicado No. 201 0-430-082088-2. REF: SU OFICIO No. IO-IHPH-059-10 RECIBIDO POR CORREO ELECTRÓNICO HOY 7 DE DICIEMBRE DE 2010. CONCEPTO DISEÑO ESTRUCTURAL.
- Oficio Fonade Hispania 44-10 del 9-dic-10 enviado a la Interventoría con copia a Fonade con Radicado No. 201 0-430-082086-2. REF: SU OFICIO No. IO-IHPH-060-10 RECIBIDO POR CORREO ELECTRÓNICO HOY 7 DE DICIEMBRE DE 2010 de RESPUESTA A SOLICITUD DE SUSPENSIÓN.
- Oficio Fonade Hispania 45-10 del 9-dic-10 enviado a la Interventoría con copia a Fonade con Radicado No. 201 0-430-082085-2. REF: REMISIÓN INFORME FINAL DE REVISIÓN A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS TÉCNICOS, FORMATOS FM1039 (COMPARACIÓN Y FIJACIÓN DE PRECIOS NO PREVISTOS) y FM1044 (ACTA DE MAYORES Y MENORES CANTIDADES E ÍTEMES NO PREVISTOS No. 1).
- Oficio Fonade Hispania 46-10 del 10-dic-10 enviado a la Interventoría con copia a Fonade con Radicado No. 2010-430-082082-2. REF: SOLICITUD DE ADICION PRESUPUESTAL POR \$ 9.070.736,00.
- Oficio Fonade Hispania 47-10 del 10-dic-10 enviado a la Interventoría con copia a Fonade con Radicado No. 2010-430-082081-2. REF: REMISION FORMATO FMI 025 — SOLICITUD DE ADICION PRESUPUESTAL POR \$9.070.736,00.

- Oficio Fonade Hispania 50-10 del 16-dic-10 enviado a la Alcaldía de Hispania. REF: REMISION PLANOS DE LOS ESTUDIOS TECNICOS OBJETO DEL CONTRATO DE OBRA No. 2101102 SUSCRITO ENTRE FONADE y RICARDO HERRERA PARA EFECTOS DE ACTUALIZACION LICENCIA DE CONSTRUCCION DEL PROYECTO.
- Oficio Fonade Hispania 53-10 del 22-dic-10 enviado a la Interventoría por Deprisa con copia a Fonade con Radicado No. 201 0-430-085200-2. REF: SU OFICIO No. IO-IHPH 061-10 DEL 9 DE DICIEMBRE DE 2010 PRECISIONES A LAS OBSERVACIONES AL INFORME FINAL DE REVISIÓN A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS.
- Oficio Fonade Hispania 54-10 del 22-dic-10 enviado a la Interventoría por Deprisa. REF: SU OFICIO No. IO-IHPH-065-10 DEL 13 DE DICIEMBRE DE 2010 RESPUESTA A SOLICITUD DE SUSPENSIÓN INMEDIATA.
- Oficio Fonade Hispania 59-10 del 19-ene-ii. REF: OFICIO No. IO-IHPH-080-10 RECIBIDO POR CORREO ELECTRONICO HOY 14 DE ENERO DE 2011 DEVOLUCION INFORME MENSUAL DE OBRA NO 2 Y OBSERVACIONES.
- Oficio Fonade Hispania 65-10 del 28-ene-11 enviado a la Interventoría con copia a Fonade con Radicado No. 2011-430-004291-2. REF: OBSERVACIONES AL OFICIO DE LA INTERVENTORIA No. IO-IHPH-086-11 ALUDIDO EN EL ACTA ESPECIAL PARA CONTRATOS DE DISEÑO Y OBRA PARTE A (FORMATO FM1O32) ELABORADO y DILIGENCIADO POR LA INTERVENTORIA.
- Oficio Fonade Hispania 66-10 del 28-ene-11 enviado a la Interventoría. REF: REMISION ACTA ESPECIAL PARA CONTRATOS DE DISEÑO Y OBRA PARTE A (FORMATO FM1O32) y ACTA No. 2 DE MAYORES Y MENORES CANTIDADES E ITEMS NO PREVISTOS (FORMATO FM1O44) DEBIDAMENTE FIRMADAS POR EL CONTRATISTA.
- Oficio Fonade Hispania 75-10 del 1-mar-11 enviado a la Interventoría. REF: SU OFICIO CON RADICADO No. 20112310042061 del 15-02-2011 RECIBIDO AYER 28 DE FEBRERO.
- Oficio Fonade Hispania 76-10 del 11-mar-11 enviado a Seguros del Estado SA. REF: POLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 33-44-1 01 039591.
- Oficio Fonade Hispania 79-10 del 24-mar-11 enviado a Seguros del Estado SA. REF: POLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 33-44-101039591 y DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No. 33-40-101006291.
- Oficio Fonade Hispania 80-10 del 1-abr-11 enviado a la Interventoría con copia a Fonade con radicado No. 2011-430-015857-2. REF: REMISION INFORME FINAL DE OBRA.

En efecto, las MAYORES CANTIDADES DE OBRA DE ITEMS o ACTIVIDADES DE CIMENTACION EJECUTADAS POR EL CONTRATISTA ya habían sido reconocidas y valoradas por la interventoría y la entidad en el ACTA No. 1 DE MAYORES Y MENORES CANTIDADES E ITEMS NO PREVISTOS del 9 de diciembre de 2010 pero que posteriormente en un gesto de retaliación no fueron reconocidos al contratista al final del contrato.

5.- Condenar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE, a reconocer y cancelar al demandante, en cuantía de DIECISEIS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS Mda./Cte. (\$16.464.555.00.) por los análisis de precios unitarios (apu's) de ítems no previstos en el contrato 2101102 presentados por el contratista solicitados por la interventoría. (fls.44 a 51 y anexo 4 del documento de salvedades. - anexo)

Según la demanda del a Quo en el anverso del folio 551, según testimonio del funcionario de la entidad demanda expone que el procedimiento establecido una vez que se identifican actividades no previstas, se presentan a la interventoría para su evaluación y si esta no está de acuerdo los presenta a FONADE que tiene un área especial Independiente para definir si los precios que presenta sí se encuentran ajustados en el mercado, lo que da entender que FONADE es el que a final de cuentas define o recorta los precios de las actividades nuevas presentadas por el contratista en caso de desacuerdo con las observaciones de la interventoría.

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 APUs 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.

A diferencia de la respuesta dada por la demandada y a lo contenido en la sentencia del a Quo en el anverso del folio 543, el Contratista hizo constar en la demanda que, a pesar de haber manifestado su “no aceptación” con los precios aprobados y fijados por el Area de estudios previos de Fonade y haber solicitado en varias ocasiones efectuar reuniones para su revisión, al Contratista nunca se le permitió el derecho de la réplica ni tampoco reunirse con el Area de estudios previos de Fonade como se hace con los demás contratistas de otros contratos, pese a que ya había sido programado la reunión por el Supervisor de contrato por Fonade, con el mejor ánimo de sustentar sus precios presentados ante la Entidad.

Es decir, después de que el contratista ejecutó algunas actividades o ítems no previstos por exigencia de la entidad contratante como de la interventoría, el área de estudios previos recortó los precios de los APUs presentados por el contratista a su conveniencia y diferentes a los del mercado, a sabiendas que el contratista tenía finalmente que aceptar los precios de la entidad so pena de no ser reconocidos al final de la obra.

7.- ANTICIPO DE OBRA NO AUTORIZADO POR LA INTERVENTORIA NI DESEMBOLSADO POR LA ENTIDAD AL CONTRATISTA QUE ESTE TENIA POR DERECHO ACORDE CON EL CONTRATO Y EL PLIEGO DE CONDICIONES DEL PROCESO QUE DERIVÓ EL REFERIDO CONTRATO (SELECCIÓN ABREVIADA - MENOR CUANTIA SAM 008-2010) y COSTO QUE TUVO QUE ASUMIR Y PAGAR DE LA POLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTIDAD ESTATAL NO. 33-44- 101039591 DE LA ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO REFERENTE AL PAGO DE LA PRIMA DEL AMPARO DEL BUEN MANEJO DEL ANTICIPO.

En la sentencia del a Quo en el anverso del folio 553, según testimonio de Carlos René Tovar Oliveros, Gerente del Convenio del contrato, afirma que efectivamente a tollo 65 reposa la cuenta de cobro del anticipo del 30%. del valor total de la etapa de obra del contrato No. 2101102 convocatoria 2009102, y que establece que el porcentaje corresponde a \$63.051.386, techada el 1 de diciembre de 2010, y suscrita por el contratista, y que el demandante renuncia a su cobro toda vez que su trámite y desembolso de este último no fue aprobado por la Interventoría según consta en su comunicado IO-IHPH460-10 del 6 de diciembre (pues faltaba el recibo a satisfacción de la etapa de ajustes y diseños y el acta de Inicio de la etapa 2, los que no fueron aportados por el contratista, por lo que FONADE devolvió la factura) y la fecha límite para su radicación y trámite en FONADE venció el pasado 13 de diciembre de los corrientes, **es decir que el anticipo como los soportes fueron presentados a tiempo por el contratista.**

En la sentencia del a Quo a folio 551 y anverso, según testimonio de Carlos René Tovar Oliveros, Gerente del Convenio del contrato, afirma que el contratista no se acogió al procedimiento para el cobro del anticipo según lo establece la interventoría, que la información y documentos para la aprobación del anticipo no fueron aportados, y por eso la Interventoría no avaló el pago del anticipo, pues faltaba el recibo a satisfacción de la etapa de ajustes y diseños y el acta de inicio de la etapa 2, dando entender que según el funcionario de Fonade **el contratista tuvo que renunciar al anticipo porque la interventoría no avaló su pago por no haber recibido a satisfacción la etapa de ajustes y diseño.**

Sobre el particular conviene reiterar que el fundamento de la demandada como de la interventoría de rechazar la cuenta de cobro del anticipo presentado por el contratista el 23 de noviembre de 2010

(y que tuvo que renunciar por exigencia del funcionario de Fonade) resulta totalmente improcedente si se tiene en cuenta que según el Acta No, 1 formato FM1032, se deja constancia del recibo y aprobación de los estudios y diseños del contrato en mención por parte de la interventoría **el día 12 de enero de 2011 (a escasos 9 días de la terminación contractual del 21 de enero y cuando el inicio de la etapa de obra habría iniciado el 16 de noviembre de 2010) y que el contratista había presentado oportunamente a la interventoría mediante Oficio 36 del 23 de noviembre de 2010 todos los documentos para cobro del anticipo, y que inexplicablemente se abstuvo de aprobar para pago por la entidad demandada.**

El Contratista desea reiterar que si bien renunció al cobro del anticipo indicado en el contrato, actitud sin razón lógica alguna de renunciar a algo que tenía derecho, fue por exigencia directa del supervisor para efectos estrictamente de normalización del trámite y cobro del Acta de recibo parcial No. 1 radicado el pasado 13 de diciembre de 2010, toda vez que la cuenta de cobro del anticipo fue radicada mediante Oficio Fonade Hispania 36-10 del 23-nov-10.

Lo inaudito e inaceptable resulta el hecho de que la Interventoría mediante su Oficio IOIHPH-055-10 del 29-nov-10 se permite "hacer la devolución de todos los documentos recibidos por parte del contratista, para que personalmente los radique en la entidad", entre ellos la CERTIFICACION DE CUMPLIMIENTO PARA EL PAGO y la cuenta de cobro debidamente firmado y autorizado por la Interventoría, respectivamente, los cuales fueron radicados oportunamente en la Entidad bajo el No. 201 0-430-078443-2 del 01-dic-10 para solicitar el respectivo cobro del anticipo y que fueron finalmente devueltos por la Entidad mediante Oficio con Radicado No.: 20102310290841 del 20-12-2010.

En la demanda se hizo un recuento cronológico pormenorizado sobre todo lo atinente sobre el porqué la Interventoría no autorizó ni la Entidad desembolsó el Anticipo al Contratista este que tenía por derecho, y que la entidad como la interventoría alegaron se debió porque no habían aprobado los diferentes informes de estudios y diseños presentados por el Contratista, lo que resulta inexplicable si se tiene en cuenta que para el 16 de noviembre de 2010 se había firmado el ACTA ESPECIAL PARA CONTRATOS DE DISEÑO Y OBRA PARTE B (Formato FM1032) por parte del Contratista y la Interventoría (dejando constancia de que la obra inició realmente el 16 de noviembre de 2010), teniendo como prerrequisito previo la aprobación de los estudios y diseños presentados por el contratista.

En cuanto al COSTO QUE TUVO QUE ASUMIR EL CONTRATISTA Y PAGAR LA POLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTIDAD ESTATAL NO. 33-44-101039591 DE LA ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO REFERENTE AL PAGO DE LA PRIMA DEL AMPARO DEL BUEN MANEJO DEL ANTICIPO, el cual nunca fue entregado, conviene mencionar que la entidad no podía reembolsar la prima correspondiente al amparo del anticipo puesto que ya había sido pagada a la aseguradora y aprobada por la entidad demandada, por lo que la demandada debe asumir el costo de esta salvedad.

9.- EJECUCION DE ACTIVIDADES o ITEMS NO PREVISTOS EN EL CONTRATO, ESTIMACION DE CANTIDADES DE ACTIVIDADES INFERIORES A LA REALMENTE EJECUTADAS y MAYORES CANTIDADES EJECUTADAS DE UNA MISMA ACTIVIDAD.

Se refiere a las 38 actividades con sus cantidades (solo de OBRA) suficientemente soportados matemática y pormenorizadamente en la demanda, y reconocidas casi en su totalidad en la prueba pericial aportada y realizada por la Facultad de Minas de la Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín quien recomendó que el valor a pagar debería ser el de \$59.261.246, después de seleccionar los ítems soportados y justificados por el demandante.

En la sentencia a Quo a folio 551, el funcionario de Fonade Carlos Tovar acepta las actividades que estaban en la adición se ejecutaron, y las actividades adicionales que fueron revisadas, justificadas y aceptadas por la Interventoría se pagaron, **las que no se pagaron, fue porque no fueron aceptadas por la interventoría y no fueron contempladas en el contrato,** aceptando que dentro de la obra hubo obras ejecutadas no contempladas dentro del contrato por el contratista que no fueron aceptadas por la interventoría.

En la misma sentencia en el anverso a folio 551 el funcionario de Fonade Carlos Tovar acepta que se ejecutaron obras nuevas o no previstas que no fueron reconocidas ni pagadas al contratista al no ser autorizadas cuando afirma textualmente que “Se Identificaron obras que el interventor expuso que el contratista estaba haciendo y que eran obras no autorizadas. Que visitó la obra al final del contrato, en enero y que todas las actividades ejecutadas fueron pagadas”.

En la sentencia del a Quo en el anverso del folio 557 y 558 se reconoce que la modalidad de pago del contrato de obra es a precio unitario fijo, de modo que “en la etapa de construcción del contrato, se ha de tener en cuenta que con relación a las cantidades de obra, en el pliego de condiciones se definió que 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 el cumplimiento de las condiciones establecidas”, por lo cual la entidad debe reconocerle al contratista las mayores cantidades de actividades contractuales autorizada por la interventoría y necesaria para el normal funcionamiento del proyecto., mas aún cuando al final de la obra la interventoría recortó el valor inicial del contrato (\$226.898.022) en \$7.668.614 que no fueron pagadas al contratista sin incluir otras obras reclamadas por este y no reconocidas por la entidad, según consta en el acta de recibo a satisfacción y certificación de obra expedida por la demandada el 14 de abril de 2011.

El mismo día para la terminación contractual del contrato (21 de enero de 2011) se suscribe una PRÓRROGA de 10 días Y MODIFICACIÓN N°1 con el cual se pretende legalizar un gran número de actividades no previstas **(55)** en un plazo de 10 días, demostrando que la gran mayoría de estas actividades ya habían sido ejecutadas por el contratista a los precios recortados convenientemente por el área de estudios previos de la demandada, dejando un saldo a favor de la entidad de \$4.989.277.

Lo anterior quedó plasmado en la sentencia del a Quo donde en el anverso del folio 548 se confirma que se suscribió una prórroga de término de 10 días calendario, para poder dar cumplimiento a cabalidad con de alcance de las obras contratadas, **a través de un gran número de actividades no previstas (55)** cuya ejecución requiere un mayor tiempo que la prevista inicialmente, y con el ánimo de garantizar la correcta ejecución y finalización de las actividades dentro del plazo contractual (para garantizar el normal y óptimo funcionamiento de las Instalaciones del Hogar de Paso del Adulto Mayor), solícita a prórroga del contrato por el término de 10 días.

En la misma sentencia se confirmó que mediante solicitud de novedades de contratación derivada FMI011 no. 107 del 19 de enero de 2011, el Gestor del convenio 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 10 días calendados, toda vez que durante la ejecución final del proyecto y una vez se terminaron actividades como cimentación, estructura abierta 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. Documento en el que se describen en la cláusula primera las actividades y cantidades de obra previstas en el formato denominado Propuesta Económica” del contratista, y que arrojan un valor total de costos directos e indirectos de \$214.252.745 y una diferencia del contrato Inicial vs condiciones actualizadas de

-\$4.989.277.

Se aclara que el hecho que si el contratista suscribió con la interventoría un balance o acta de mayores y menores cantidades de obra a escasas horas de la terminación contractual (Acta No.2 de enero 19 de 2011 y No. 3 de enero 31 de 2019) donde arroja un valor de ejecución inferior al contratado sin salvedad u objeción alguna **no implica de modo alguno que está renunciando al cobro de las obras faltantes sino mas bien una forma de poder asegurar de alguna forma el reconocimiento y pago de obras ya ejecutadas por el contratista exigidas por la interventoría y la entidad**, mas aún que las actas de mayores o menores o balance de obra no son reconocida por la jurisprudencia como documento idóneo para dejar constancias de salvedades o inconformidades del contratista.

No deja de extrañar que en toda la sentencia del a Quo no se menciona que el valor final ejecutado del contrato (\$219.228.408) según la interventoría y la entidad fue \$7.668.614 inferior al valor contratado (\$226.898.022), lo que denota que muchas de las mayores cantidades de obra de ítems contractuales y obras nuevas o no previstas no fueron reconocidas finalmente por la interventoría y la demandada al contratista.

En estos términos, señores Magistrados, dejamos sustentado nuestro Recurso de Apelación, con el que pretendemos que su Despacho, **REVOQUE**, completamente el fallo del A Quo, y en su lugar, acceda a nuestra Pretensiones, y más exactamente a las reconocidas por el Perito, al interior del presente proceso, pues dicha prueba, en nuestro parecer, no ha perdido su plena validez.

Se conde en Costas al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE , incluidas las agendas en derecho.

- Devolución del arancel judicial pagado por mi representado

- A la sentencia que le ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.CA

Señores Magistrados

ALONSO REY ESPINOSA

C. de C. Nro. 19.435.089 de Bogotá

T.P. Nro. 51.065 del C.S. de la J.

Email: **al_rey78@hotmail.com**

Carrera 10 Nro. 16-18 Of. 506. Tel. Cel. 316 460 0510 Bogotá. D.C.

| | | | |
|----------------------------|----------------------------------|----------------------------|--------------------------------|
| Distrito\Circuito | ANDES - ANTIOQUIA - ANTIOQUIA | Número Despacho | 001 |
| Despacho | JUZGADO DE CIRCUITO - CIVIL LABO | Dirección | CARRE 51 48 72 ED SAN BERNARDO |
| Teléfono | 8414664 | Celular | |
| Correo Electrónico Externo | JCCTOANDES@CENDOJ.RAMAJUDIC | Fecha Publicación | 15/07/2019 |
| Fecha Providencia | | Fecha Finalización | |
| Tipo Decisión | | Observaciones Finalización | |

Sujetos Predios Archivos **Actuaciones**

Ciclo: --SELECCIONE-- Tipo Actuación: Fecha Inicial: Fecha Final:

Consultar Cancelar

| | CICLO | TIPO ACTUACIÓN | FECHA ACTUACIÓN | FECHA DE REGISTRO |
|--|----------------|---|-----------------|---------------------------|
| | NOTIFICACIONES | FIJACION ESTADO | 12/08/2019 | 09/08/2019 4:38:56 P. M. |
| | GENERALES | AUTO FIJA FECHA | 09/08/2019 | 09/08/2019 4:38:56 P. M. |
| | NOTIFICACIONES | FIJACION ESTADO | 17/07/2019 | 16/07/2019 11:43:38 A. M. |
| | GENERALES | AUTO CUMPLE LO ORDENADO POR EL SUPERIOR | 16/07/2019 | 16/07/2019 11:43:38 A. M. |

| | | | |
|----------------------------|-----------------------------|----------------------------|------------|
| Correo Electrónico Externo | JCCTOANDES@CENDOJ.RAMAJUDIC | Fecha Publicación | 15/07/2019 |
| Fecha Providencia | | Fecha Finalización | |
| Tipo Decisión | | Observaciones Finalización | |

Sujetos Predios Archivos **Actuaciones**

Información de la Actuación

| | | | |
|--------------------|--|---------------------|-----------------|
| Fecha de Registro | 09/08/2019 4:38:56 P. M. | Estado Actuación | REGISTRADA |
| Ciclo | GENERALES | Tipo Actuación | AUTO FIJA FECHA |
| Etapas Procesales | ADMISION | Fecha Actuación | 09/08/2019 |
| Anotación | AUDIENCIA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO PARA EL 14 DE NOVIEMBRE DE 2019 A LA 1:30 P.M | Tipo Decisión | NOTIFIQUESE |
| Providencia | AUTO DE SUSTANCIACION (ESTADO) | Fecha Ejecutoria | 14/08/2019 |
| Numero Providencia | | Enfoque Diferencial | |
| Número de Dias | 3 | | |



**HONORABLE MAGISTRADO
WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA-SALA CIVIL-
E. S. D.**

ASUNTO: SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION

**DEMANDANTE: CLAUDIA SALAZAR FRANCO
DEMANDADO: SERGIO SANCHEZ LONDOÑO**

RADICADO: 056153103002 2019 00082-01

Rdo. interno: 265-2019

ALBERTO ÁLVAREZ DUQUE, abogado en ejercicio, mayor y de este vecindario e identificado como lo anoto al pie de mi firma, obrando como apoderado judicial del demandado el señor SERGIO SANCHEZ LONDOÑO, dentro de la oportunidad consagrada por la ley, presento SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION.

DECISION DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 16 de septiembre de 2019 el juzgado segundo civil del circuito de Rionegro Antioquia, accedió a las pretensiones de la demanda REIVINDICATORIA, ORDENANDO la entrega inmediata del bien a la demandante CLAUDIA MARCELA SALAZAR, y no reconoció las mejoras realizadas por el demandado SERGIO SANCHEZ LONDOÑO sobre la propiedad al considerarlo un POSEEDOR DE MALA FE.

De manera extrapetita el señor Juez en su sentencia hace un análisis de la figura de la simulación sin que ella hubiere sido parte del debate probatorio, y si bien en la contestación de la demanda se hizo mención que la venta realizada entre el señor JOVANY CORDOBA y CLAUDIA MARCELA SALAZAR era absolutamente simulada, debo recordar que esta contestación de demanda fue presentada de manera extemporánea por lo que lo dicho allí no tiene ninguna trascendencia en el proceso porque al fin no fue objeto del litigio.

Igual, declaró el señor Juez dentro de la motivación de la sentencia que la promesa de compraventa realizada entre el señor JOVANY CORDOBA y el señor SERGIO SANCHEZ LONDOÑO era NULA sin dar una explicación del porqué esta condición. Esta declaración del Juzgado no puede restarle merito probatorio a tan trascendental contrato, pues él nos revelará con exactitud la fecha en que el señor SERGIO SANCHEZ LONDOÑO inició la POSESION MATERIAL sobre el bien inmueble pedido en

REIVINDICACION. Sea dicho, que este contrato no fue cuestionado en su validez desde la demanda ni dentro del proceso fue tachado de falso por la parte demandante cuando el juzgado dio traslado de su existencia procesal por lo que el mismo tiene actualmente plena validez con sus efectos jurídicos activos pese a lo afirmado por el Juez, quién no debió desconocer sus efectos tal como servir de prueba de la fecha veraz que inició el señor SANCHEZ su POSESION como más adelante lo explicaremos.

Queda explicado por qué considero que apartes de la MOTIVACION de la sentencia son discordantes con el objeto de la demanda y lo demostrado dentro del proceso. Por ello, expresar en la sentencia que el contrato de promesa de compraventa firmado por el anterior propietario de inmueble con el actual poseedor es NULO, sólo busca efectos jurídicos disuasivos a la realidad procesal y probatoria.

Encontró el Juzgado que la demandante probó los elementos que determinan la prosperidad de la acción reivindicatoria como es el derecho de dominio en cabeza del actor donde según su decir la parte demandada no lo cuestionó; que la posesión material del bien por el demandado tampoco se discutió; que la identidad del bien es la misma reclamada por el propietario demandante, y el bien es cosa singular.

Con la finalidad de desaparecer la presunción de dominio que trae la normatividad en favor del POSEEDOR MATERIAL asevera el Juez a quo en su sentencia que los derechos de la señora demandante CLAUDIA MARCELA SALAZAR derivan de la **escritura pública No. 731 del 9 de abril del 2008** de la notaría primera de Rionegro donde la señora ANA ESPERANZA GALLEGO DE OSPINA es causante de la demandante sin ser ello cierto, y si lo buscado con esta afirmación era demostrar la existencia de títulos previos como es la escritura del contrato de compraventa del anterior propietario señor JOVANY CORDOBA con la señora ANA ESPERANZA GALLEGO su vendedora, debió observar el señor Juez que esta cadena de títulos no se demostró dentro del proceso al no allegarse copia autentica de esta escritura No. 731(título-modo) dentro del proceso, por lo que no podía afirmar tal como lo hizo erróneamente que los derechos de la demandante se derivaban del contrato entre JOVANY CORDOBA y ANA ESPERANZA GALLEGO. Era un deber de la parte demandante allegar este contrato para que tuviera fuerza demostrativa y la cadena de títulos fuera valida, y pudiese desde allí derivarse el derecho de propiedad preferencial de la demandante sobre la presunción de dominio del POSEEDOR. No basta referenciar este contrato dentro de la sentencia por sólo leerlo dentro del certificado de tradición y libertad para demostrarse el TÍTULO y el MODO tal como adelante explicaremos.

Ha dicho el señor Juez en su sentencia que la POSESION ejercida por SERGIO SANCHEZ es una POSESION DE MALA FE porque ingresó a dicho inmueble bajo engaños y violencia. Nunca explicó de dónde sacaba esa conclusión el Juez. Señores Magistrados, la afirmación del a quo no tiene sustento probatorio, al contrario, el señor POSEEDOR SANCHEZ ingresó

producto de un contrato con el anterior propietario de manera tranquila, consensada y aceptada donde el señor MIGUEL MIRA, compañero sentimental de la demandante y quién la reivindicante dice fue quien hizo la negociación y entregó el terreno como parte de negocios entre ellos, expresa que le consta cuando ingresó SERGIO SANCHEZ a la finca para construir unas pesebreras como socio de negocios tal como lo informó el demandado en su declaración dentro de audiencia.

No existe prueba que respalde la afirmación del juzgado que esa POSESION por parte de SANCHEZ se obtuvo de manera violenta. Al contrario, al proceso el Juzgado segundo civil de Rionegro como prueba de oficio allegó la integridad de la investigación penal que tramitó la Fiscalía por el delito de DESPLAZAMIENTO FORZADO donde aparece como denunciante el señor SERGIO SANCHEZ y narra que varios individuos con amenazas irrumpen el **16 de septiembre de 2015** a la finca objeto del REIVINDICATORIO donde obligan al mayordomo JOSE LUIS GALLEGO salir de la finca luego que éste decide no colaborar con los intrusos. Dice la víctima JOSE LUIS GALLEGO que observó dentro de los individuos que le desplazaron e hicieron morir de hambre a varios caballares – no les dieron comida y agua por varios días- al señor MIGUEL MIRA, compañero sentimental y socio de negocios de la REIVINDICANTE CLAUDIA SALAZAR. (Leer testimonio en cuaderno de la fiscalía). Ha de recordarse que el señor SERGIO SANCHEZ recuperó la POSESION del inmueble cuando la policía y el ejército irrumpieron en la finca tal como lo narró la víctima. Este delito quedó en la impunidad.

Refiere el Juzgado en su sentencia que el demandado no demostró que la finca objeto del contrato de promesa de compraventa entre JOVANY CORDOBA y el señor SERGIO SANCHEZ era el mismo inmueble del REIVINDICATORIO por ausencia en este contrato del número de matrícula inmobiliaria. No puede entenderse esta aseveración por parte del juez cuando si bien se omitió la identificación del inmueble en dicho contrato, éste queda plenamente identificado como el mismo cuando aparece JOVANY CORDOBA en él y coincidir como vendedor de CLAUDIA SALAZAR, la finca estar ubicada en la vereda alto del gordo de Guarne Ant., reportarse la tradición o adquisición del vendedor con numero de escritura similar al certificado de libertad del inmueble a REIVINDICAR, y con la coincidencia de sus linderos a la perfección. No existe confusión de identidad que la finca del negocio promisorio es la misma finca que se REIVINDICA.

Además, donde no fuera el mismo inmueble no se estaría cumpliendo el requisito de identidad que debe existir entre el inmueble que se REIVINDICA y el POSEIDO por el demandado.

Antes de proseguir con mi sustentación dejo constancia que el mismo juzgado segundo civil del circuito, ORDENÒ la práctica de varias pruebas oficiosas, y fue así que debió la primera instancia valorar las siguientes pruebas:

- 1- Inspección Judicial del día 16 de Junio de 2017 con DICTAMEN JUDICIAL de PERITO AVALUADOR con el fin de describir el inmueble con sus linderos, realizar avalúo comercial de la finca y el valor de las mejoras así como su autor. En esta audiencia hizo presencia el señor Juez, quien incorporó:
- 2- CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA entre el JOVANY CORDOBA y el señor SERGIO SANCHEZ LONDOÑO sobre un lote de terreno ubicado en la vereda alto del gordo del Municipio de Guarne Ant. donde se hace constar que el vendedor Córdoba compró mediante escritura No. 731 del 9 de abril de 2008 de la notaría primera de Rionegro, que la entrega material del inmueble se hace el **17 de junio de 2013** y que, a partir de la entrega material, **el pago de los servicios públicos, el impuesto predial, cuotas de administración y demás gastos que se generen por la titularidad del bien, corren por cuenta del promitente comprador SERGIO SANCHEZ.** Este contrato de promesa de compraventa es prueba de la fecha exacta que inició POSESION MATERIAL el demandado sobre el inmueble objeto del reivindicatorio. Tanto así, que las POSESIONES que devienen de un contrato de promesa de compraventa, por regla, ***“...no constituye un acto jurídico traslativo de la tenencia o de la posesión del bien sobre el cual ella versa” (CSJ, CCXLIII,530)***, lo cierto es que tampoco según esta jurisprudencia *“ excluye de tajo la posibilidad de que el promitente comprador se constituya, desde el momento de la entrega material del predio prometido en venta, puesto que, como acontece –según las probanzas antes mencionada-, en determinados eventos la posesión puede nacer con la entrega del predio que se hace en cumplimiento de las obligaciones surgidas de un contrato preparatorio a la venta”*.
- 3- DICTAMEN PERICIAL suscrito por el perito ABEL ADRIAN ESCOBAR ESCUDERO donde se deja constancia que las mejoras plantadas por el señor SERGIO SANCHEZ en dicho inmueble tienen un valor para el año de 2017 de \$ 652.507.700.00
- 4- Investigación penal por parte de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACION con radicado No. 056156000295201501132 donde aparece como denunciante el señor SERGIO SANCHEZ LONDOÑO por el delito de DESPLAZAMIENTO FORZADO. En esta misma investigación se entrevistó al señor YOVANY CORDOBA, al notario NESTOR GIL de la notaría 26 de Medellín y a la protocolista ANGELA ARROYAVE.

INCONFORMIDAD

No podemos compartir la afirmación del señor Juez a quo que se cumplieron con todos los requisitos para la prosperidad de la ACCION REIVINDICATORIA en favor de la señora CLAUDIA MARCELA SALAZAR, pues la jurisprudencia nacional (CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T-456/11 Mag. Mauricio González y la Corte suprema de Justicia en sentencia SC15644-2016 con ponencia del magistrado Álvaro Fernando García confirman que para obtener el resultado esperado en un proceso reivindicatorio, es necesario que se pruebe la existencia de los siguientes elementos estructurales: “ **(i) Que el demandante tenga derecho de dominio sobre la cosa que persigue; (ii) Que el demandando tenga la posesión material del bien; (iii) Que se trate de una cosa singular o cuota determinada de la misma; (iv) Que haya identidad entre el bien objeto de controversia con el que posee el demandado; y además, y (v) que los títulos del demandante sean anteriores a la posesión del demandado.**” Y todos estos requisitos no fueron cumplidos, y si bien los observó el Juez, fue por error en la interpretación de las pruebas y omitir valorar la inexistencia de TITULOS que permitirán probar la cadena de propiedad ininterrumpida que validaran la PRELACION del título de propiedad exhibido por la demandante CLAUDIA SALAZAR.

Estamos de acuerdo con el señor Juez con el cumplimiento de tres requisitos como son *que el demandando tenga la posesión material del bien; se trate de una cosa singular o cuota determinada de la misma; y que haya identidad entre el bien objeto de controversia con el que posee el demandado.*

Luego volveremos sobre si la POSESION MATERIAL DEL BIEN por parte del demandado fue de BUENA FE o MALA FE por las implicaciones que esto tiene para el caso en que la acción reivindicatoria prospere.

Rechazamos la conclusión del señor Juez de haber encontrado probados los requisitos *que el demandante tenga derecho de dominio sobre la cosa que persigue y que los títulos del demandante sean anteriores a la posesión del demandado*

Veamos:

- Sobre la obligación del demandante de demostrar que es el propietario de la cosa cuya restitución busca, tiene su razón de ser en que debe aniquilar la presunción de dominio que conforme al artículo 762 del C.C., ampara al poseedor demandado. Luego, mientras el actor no desvirtúe el hecho presumido, el poseedor demandado en reivindicación seguirá gozando de la presunción de dueño con que lo ampara la ley.

Para demostrar la legitimación en la causa por activa del actor y ejercer la acción reivindicatoria es obligatorio mínimamente que para el momento de

interponer la demanda, el demandante sea titular de la propiedad del inmueble. En este caso, la demandante CLAUDIA MARCELA SALAZAR allegó copia auténtica de la escritura pública **No. 2966 del 26 de agosto de 2014** donde le compra al señor JOVANY CORDOBA el inmueble con MI 020-34153 la que se registra según certificado de tradición también allegado el día **17 de septiembre de 2015**. Aquí cumplió la demandante con la carga probatoria de su legitimación para accionar. Y prueba la fecha exacta en que se elaboró el TITULO y la fecha en que ingresa este inmueble a su patrimonio. Esto último es relevante porque la fecha de registro de la escritura debe compararse con la fecha exacta en que el DEMANDADO inició su POSESION para así verificar otro requisito de la esencia para la prosperidad de REIVINDICATORIO **como aquel que los títulos del demandante sean anteriores a la posesión del demandado**.

- Ahora, la acción reivindicatoria exige según jurisprudencia de las altas cortes Colombianas como la Constitucional y la Suprema de Justicia **la existencia de un título de dominio anterior a la posesión del demandado**. En esta acción, la demandante CLAUDIA MARCELA SALAZA debe demostrar que es dueña del bien con anterioridad a la posesión del demandado SERGIO SANCHEZ, pues de esa manera desvirtúa la presunción que protege al demandado como poseedor del bien prevista en el artículo 762 del Código Civil, según la cual *“el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”*. Por eso, la acción se edifica enfrentando títulos del actor contra la posesión alegada por el demandado.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil ha afirmado lo siguiente:

*“La anterioridad del título del reivindicante apunta no sólo a que la adquisición de su derecho sea anterior a la posesión del demandado, sino al hecho de que ese derecho esté a su turno respaldado por la cadena ininterrumpida de los títulos de sus antecesores, que sí datan de una época anterior a la del inicio de la posesión del demandado, permiten el triunfo del reivindicante. Entonces, no sólo cuando el título de adquisición del dominio del reivindicante es anterior al inicio de la posesión del demandado, sino inclusive cuando es posterior, aquél puede sacar avante su pretensión si demuestra que el derecho que adquirió lo obtuvo su tradente a través de un título registrado, y que éste a su turno lo hubo de un causante que adquirió en idénticas condiciones; derecho que así concebido es anterior al inicio de la posesión del demandado, quien no ha adquirido la facultad legal de usucapir”.*¹

Negrillas y resaltos míos.

Por lo anterior, para contrarrestar la presunción de dominio que protege al poseedor SERGIO SANCHEZ, la titular de la acción reivindicatoria CLAUDIA SALAZAR debe comprobar que en ella se encuentra la titularidad del derecho de dominio, **lo que hace a través de la exhibición de un título anterior a la posesión del demandado debidamente registrado en la oficina de**

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No. , octubre 23 de 1992.

instrumentos públicos, como modo de tradición del dominio en la que consta el traspaso de la propiedad que el dueño anterior hizo.

Véase que lo dicho en el párrafo anterior es el hipotético caso sencillo si la señora CLAUDIA MARCELA SALAZAR hubiere comprado y registrado esa escritura de compraventa antes del **17 de Junio de 2013** cuando el señor SANCHEZ LONDOÑO inició su POSESION al hacerle entrega material del bien inmueble en conflicto por cumplimiento de un acto contractual entre el propietario para ese fecha del inmueble de nombre JOVANY CORDOBA, quien a la postre finalmente firmó la escritura de venta a la señora demandante CLAUDIA SALAZAR. Es que la señora Salazar prestó su nombre para consolidar el daño que entre CORDOBA y MIGUEL MIRA le hicieron al demandado. Es que Miguel Mira en su declaración dentro del proceso y por fuera ante la fiscalía es persistente en afirmar que el señor SANCHEZ era socio en el negocio, dio plata y por ello el contrato de promesa de compraventa se hizo a su nombre, y se compró la finca para que SERGIO SANCHEZ construyera unas pesebreras. Si según el decir de JOVANY CORDOBA el señor SANCHEZ no le terminó de pagar, sino que lo hizo el señor Mira, debió respetar el contrato que aún hoy está vigente y no firmar una escritura en favor de un tercero cuando nunca realizó contrato con la hoy demandante CLAUDIA SALAZAR, quien confiesa en su declaración dentro del proceso desconocer los pormenores de ese negocio y que sólo recibió ese inmueble a pedido de su compañero sentimental MIGUEL MIRA en compensación de negocios entre ellos.

Aquí el defraudado es el demandado donde a hoy pierde el dinero invertido en la compra de la finca así digan que quedó debiendo dinero y las mejoras realizadas dentro de la finca, haciéndolo al tener la convicción que su POSESION lo hacía dueño de la propiedad.

Pero honorables Magistrados, ¿qué pasa cuando la demandante REIVINDICANTE CLAUDIA SALAZAR exhibe un TITULO de fecha e inscripción registral posterior al inicio de la POSESION del demandado SANCHEZ como es nuestro caso? Aquí se complica el asunto jurídico.

En este caso se requiere el enfrentamiento de los títulos del actor contra la posesión alegada por el demandado.

Debemos partir que para demostrar un título de dominio dentro de un proceso, “ (...) *la ley procesal obliga al demandante en reivindicación a demostrar que es el propietario de la cosa cuya restitución busca, para la prosperidad de su pretensión tendrá que hacerlo con la prueba idónea y eficaz para ello, lo que en tratándose de inmuebles solo se tendrá por colmada, según lo establecido por los artículos 745, 749 y 756 del Código Civil; 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970; y 253, 256 y 265 del Código de Procedimiento Civil, mediante la escritura debidamente registrada, con la cual caracteriza su mejor derecho que el demandado a poseer la cosa*” (SC6037-2015 Corte suprema de justicia - magistrado ponente JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ)

Como estamos ante un título con un registro posterior a la fecha de inicio de la POSESION del señor Sánchez, la escritura pública No. 2966 de 26 de agosto de 2015 debidamente aportada como título justificativo del dominio sobre el bien al proceso con la constancia de su registro ante la oficina gubernamental, no es suficiente para demostrar la propiedad porque debió entonces la demandante agregar al proceso debidamente el título de compraventa con el cual adquirió el señor JOVANY CORDOBA de su vendedora ANA ESPERANZA GALLEGO, y esto no sucedió, ni siquiera se allegó copia informal de la escritura No. 731 del 9 abril de 2008 para comprobar la cadena de títulos que puedan demostrar ***que los títulos del demandante sean anteriores a la posesión del demandado.***

De modo que cuando en su sentencia, el juzgado segundo del circuito de Rionegro asevera que los derechos de propiedad que deriva la señora CLAUDIA SALAZAR lo deriva de la escritura 731 del 9 de abril de 2008 de la notaría primera de rionegro, y esto lo dice por la lectura de la anotación registral en el certificado de libertad anexo porque en la demanda no se allegó copia de esta escritura, le otorga a dicha certificación un alcance probatorio que la Ley no le concede, según lo preceptúan los artículos 248 y 256 del Código General del Proceso, en concordancia con los artículos 43 y 44 del decreto 1250 de 1970. Por esta vía, reconoció el Juzgado equivocadamente el derecho de reivindicar de la demandante al ver título suficiente con la escritura No. 731 del 8 de abril de 2008 sin que la misma se allegara al proceso para demostrar la cadena de títulos. Simplemente con leer la anotación del registro de esta escritura en el certificado de tradición, lo llevó a establecer un título de propiedad de la demandante anterior a la posesión del demandado. Erró el Juez con esta apreciación y esto hace traste su sentencia.

Tal manera de abordar el examen de la prevalencia de los títulos de propiedad por parte del Juzgado segundo civil del circuito de Rionegro frente a la posesión desconoce la centenaria jurisprudencia de la Corte (CSJ SC del 12 nov.1986, G.J. CLXXXIV, n.º 2423, pág. 339), formulada en el sentido que ***"Los certificados expedidos por las oficinas de registro de instrumentos públicos, como surge del artículo 54 del Decreto 1250 de 1970, son constancias sobre la situación jurídica de los bienes sometidos a registro, "mediante la reproducción fiel y total de las inscripciones respectivas". De manera que si bien estos certificados son documentos públicos, de conformidad con el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, su alcance probatorio, de acuerdo con el 264 íbidem, se contrae a la fecha de su otorgamiento y a las declaraciones que haga el funcionario que los autoriza. Las declaraciones que hace el registrador se refieren a los documentos que se le adujeron para su inscripción, pero en manera alguna prueban por sí solos el acto jurídico causa de la adquisición del derecho sobre los bienes. Además, el artículo 29 del mismo Decreto 1250 al indicar lo que debe inscribirse en el registro, hace mención clara a los actos, contratos, providencias judiciales, administrativas o***

arbitrales que impliquen constitución, aclaración, adjudicación, modificación, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario. De donde se deduce que el título es la causa de adquisición del derecho real, cuyo ingreso al patrimonio se produce por el modo. El negocio jurídico o la providencia judicial o administrativa en virtud de la cual se ejecuta la forma jurídica consistente en el modo, es el que constituye el título que debiendo constar en documento público debe inscribirse en el registro. Por lo tanto, cuando se exige la prueba del dominio mediante el título respectivo, se hace relación al acto o negocio causa del modo. El certificado del registrador demuestra, pues, que al funcionario se le presentaron documentos para su inscripción y prueba la situación jurídica de los bienes, pero no está probando el título del dominio". Negrillas y subrayado mío.

Sobre este particular la Corte Suprema de Justicia en abundante jurisprudencia añeja y nueva (339 del 26 de febrero de 1936 y 3493 del 20 de marzo de 2014 ha indicado:

*"Por el sendero del ejemplo, lo explicó esta misma Corte en jurisprudencia añeja al señalar: "En la acción consagrada por el art. 950 del C.C pueden contemplarse varios casos: llámese Pedro el demandante y Juan el demandado. 1º Pedro, con títulos registrados en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1911. Debe triunfar Pedro. 2º Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1909. Debe triunfar Juan. 3º Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión comenzó en 1909 **y presenta además otro título registrado con el cual comprueba que su autor fue causahabiente de Diego desde 1908. Debe triunfar Pedro, no por mérito de su título, sino por mérito del título del autor. En estos tres casos, referentes a una propiedad privada, se ha partido de la base de que Juan es poseedor sin título. Cuando lo tiene se ofrecen otros casos harto complejos. (Sents., 26 de febrero de 1936, XLIII, 339; 5 de junio 1957, LXXXIX, 435)"** (CSJ SC 3493 2014 del 20 de marzo de 2014, rad. 05045 3103 001 2007 00120 01) Negrilla mía.*

Y es que debe traerse al proceso el otro título (escritura pública) antecedente para demostrar la cadena de títulos si tenemos en cuenta el artículo 749 del Código Civil, formulado en el sentido de establecer que *"si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas"*, acompasado con lo previsto en los artículos 1857 y 756 de ese mismo estatuto, esto es, en su orden, que la venta de los bienes raíces no se reputa perfecta ante la ley, *"mientras no se ha otorgado escritura pública"*, y que la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa *"por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos"*.

En otras palabras, en donde las partes se ven enfrentadas en la disputa de una propiedad que acredita cada uno con sendas cadenas diferentes de títulos, la controversia se centra justamente en los títulos, y cuando son ellos solemnes, deben ser aportados conforme lo exige la ley sustancial, no

pudiendo ser suplidos por otras pruebas, por ejemplo, el certificado de tradición y libertad en donde se acredite su registro y se anote por consiguiente la existencia del mismo. Es lo que ordena, por lo demás los artículos 1760 del Código Civil y 256 del Código General del Proceso. Y Así lo concluye la Corte Suprema de justicia cuando dice *“Lo anterior es así por cuanto, para adquirir el derecho real de dominio en Colombia, se requiere tanto el título como el modo; y, en tratándose de adquisición de bienes inmuebles, la existencia del título se prueba con la escritura pública a través de la cual se documenta el contrato de transferencia del dominio – compraventa, donación, sucesión, etc. -; y el modo, con la correspondiente constancia de inscripción del título.”* (M.C.O.P. RAD. 05001 31 03 **015 2016 01021 04**).

Podemos concluir señores Magistrados que, al tener la señora CLAUDIA SALAZAR un título registrado con posterioridad a la POSESION del señor SANCHEZ LONDOÑO, estaba obligada a comprobar que su título provenía de un anterior tradente para la respectiva concatenación, y para que éste título previo tuviera validez probatoria dentro del proceso, debió allegarlo como lo prevé la ley, de manera autentica e incluso en aras de discusión siquiera fotocopiado pero no se allegó, por lo que la mera anotación en el certificado de tradición de esta escritura, en manera alguna prueba por sí sola el acto jurídico causa de la adquisición del derecho sobre el bien objeto de reivindicación.

Con el ejemplo que *“2º Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1909. Debe triunfar Juan.”*, y realizó el siguiente silogismo: *“Claudia, con un título registrado en 2015, demanda a Sergio, cuya posesión principió en 2013. Debe triunfar Sergio”*.

Por tal razón, pedimos se **REVOQUE** la decisión del Juzgado segundo civil del circuito de Rionegro donde se obliga al señor SERGIO SANCHEZ LONDOÑO devolverle el inmueble con MI 020'34153 a la señora CLAUDIA MARCELA SALAZAR por prosperar la ACCION REIVINDICATORIA, y en consecuencia, **NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**

Ahora, para el caso que el Honorable Tribunal Superior de Antioquia - sala civil- encuentre que debe **CONFIRMARSE** la decisión, **SOLICITO** que se tenga al señor SERGIO SANCHEZ LONDOÑO como un **POSEEDOR DE BUENA FE**, y se **ORDENE** pagar por parte de la señora CLAUDIA MARCELA SALAZAR las mejoras realizadas y probadas por el demandado sobre este bien inmueble por valor al 16 de junio de 2017 de \$ 652.507. 700.oo según dictamen pericial anexo al proceso, y se aplique desde esta fecha la respectiva indexación.

Atentamente,



ALBERTO ÀLVAREZ DUQUE

T.P. 75.288 DEL C.S.J.

Honorable Magistrado

WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA

SALA DE DECISIÓN UNITARIA CIVIL – FAMILIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

Medellín

Referencia: Proceso: CESACIÓN DE EFECTOS CIVILES

Demandante: ALBA REGINA MUÑOZ LARREA

Demandado: AURELIO DE JESÚS DUQUE FLOREZ

Radicado: **05847 31 84 001 2019 00018 01**

Asunto: ALEGATOS SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

RUBÉN DARÍO TREJOS ÁLVAREZ, identificado con cédula 70.076.552 y portador de la tarjeta profesional número 260.244 del C.S.J, abogado en ejercicio, actuando en representación del señor AURELIO DE JESÚS DUQUE FLOREZ, demandante originario en el Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao y demandado en Reconvencción, en el presente proceso, mediante sustitución de poder, el cual se aporta y que me hiciera el abogado ARTURO RAFAEL PADILLA VERGARA con cédula 8.260.860 y tarjeta profesional 13.605 del C.S.J, dentro del término presento alegatos de sustentación del recurso de apelación de la siguiente manera:

Empiezo por afirmar y reafirmar la pérdida de capacidad laboral y los impedimentos físicos que padece el señor AURELIO DE JESÚS DUQUE FLOREZ producidos, conforme lo expresa la OFICINA DE MEDICINA INDUSTRIAL DEL MINISTERIO DEL TRABAJO, regional de Medellín en concepto médico legal N°219 de julio 29 de 1984, que certificó incapacidad total permanente para trabajar, es decir que las lesiones recibidas producen en el reclamante una merma en su capacidad laboral del 100% que lo invalida para desempeñar cualquier clase de trabajo que requiera de condiciones normales.

Esto debido a que el accidente sufrido por el señor AURELIO DE JESÚS DUQUE FLOREZ, dejó como secuela definitiva en su organismo una parálisis total de sus piernas que le impide su locomoción, tanto así es que tiene que usar silla de ruedas para movilizarse y su subsistencia se deriva de la venta de lotería, labor esta que realiza en el municipio de Urrao, logrando pues subsistir con enorme esfuerzo, además de que depende del auxilio de su compañera permanente para desarrollar su modo de vida, además de que tiene que proveerse de medicamentos sumamente costosos para conservar su estado de salud en medio de su incapacidad.

No es de justicia que después de demostrarse en el proceso, con las declaraciones juramentadas, que el señor DUQUE FLOREZ no fue quien dio origen ni causa al divorcio, pues así se deriva de los testimonios rendidos por los mismos testigos que presentó la señora ALBA REGINA MUÑOZ LARREA. Afirma OVIDIA GOMEZ DURANGO que jamás observó en el señor AURELIO conducta alguna que permitiera pensar que faltara éste al sagrado principio de la fidelidad conyugal, mientras residía bajo el mismo techo con su esposa; de igual manera se expresa ANGELA MARÍA AGUIRRE, diciendo que en ningún momento vió al señor DUQUE FLOREZ con otra mujer mientras estuvo casado. De la misma forma se expresa, bajo la gravedad del juramento prestado, BEATRIZ ELENA PINO ARANGO quien manifiesta que mientras el señor AURELIO DUQUE FLOREZ estuvo viviendo con su esposa, se manejó correctamente y fue buen esposo.

Es así entonces, señores Magistrados, que tenemos que manifestar nuestro discentimiento con la decisión emitida por el a quo, toda vez que no se entiende que se le quiera imponer una obligación alimentaria al señor DUQUE FLOREZ, quien no solamente No es cónyuge culpable, sino que a duras penas sobrevive con lo que gana.

Por otra parte los testimonios de MARÍA SENEIDA MORENO, JOSAFAT DE JESÚS DEL RIO URREGO y BAYARDO DE JESÚS HIGUITA PIEDRAHITA, afirman de manera categórica que el señor AURELIO DUQUE FLOREZ empezó a compartir su vida con su actual compañera permanente señora OLGA MARÍA HERRERA, después de liberarse de la violencia familiar sufrida por los malos tratos de carácter físico y psicológico que le infringía su esposa ALBA REGINA MUÑOZ LARREA y puntualmente, cuando ya él residía en un lugar diferente, esto es el barrio Palenque del municipio de Urrao.

Es que el acoso y malos tratos dados por ALBA REGINA al señor AURELIO DE JESÚS eran de tal magnitud que ofendían la permanencia de este último en el hogar, pues al momento de tomar unos alimentos mal servidos y de mala gana, el señor AURELIO recibía epítetos por parte de su esposa, tales como “.... COMA SI LE DA LA GANA...” – “.... POR QUÉ LLEGÓ TAN TEMPRANO...” o “....POR QUÉ LLEGÓ TAN TARDE...” expresado de manera ofensiva y humillante.

Esta Violencia Intrafamiliar ejercida sobre AURELIO DE JESÚS, era conocida por sus amigos y compañeros quienes acudían de inmediato a comprarle alimentación y a prestarle socorro en varias ocasiones. Entonces, esta situación insostenible y no otras circunstancias, fueron las que lastimaron la dignidad y la vida cotidiana de mi representado y por ello tuvo que elegir una nueva vida aún cuando la señora REGINA quiera hacer aparecer las cosas de manera diferente, con hechos que no logró demostrar en el proceso.

Por el contrario, los hechos en los que se fundamenta nuestra argumentación están plenamente probados en el proceso y nos llevan a concluir que fue la señora OLGA REGINA la única causante del maltrato sufrido por el señor AURELIO DE JESÚS, por medio de la Violencia Intrafamiliar (art.229 del Código Penal) ejercida sobre este último, quien además por su condición de incapacidad es un sujeto de especial protección constitucional (art. 13 Constitución Política de Colombia 1991), maltrato repito, que obligó a su salida del hogar para salvaguardar su integridad.

Luego, lo que no tiene lógica ninguna, es que el señor AURELIO DE JESÚS, quien padece discapacidad física, quien fue víctima de Violencia Intrafamiliar, quien apenas sí se gana unos pesos vendiendo lotería para subsistir, tenga que dar alimento a la persona que fuera su agresora, cónyuge culpable causante de la separación, quien además, tal como está probado en el proceso, tiene un hijo con la suficiente solvencia económica para proveerla de los alimentos que aquí reclama y a los que como ya se dijo, como cónyuge culpable no tiene derecho alguno.

Por lo anteriormente expuesto, pido a Usted señor Magistrado, con todo respeto REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao, en lo atinente a que el señor AURELIO DE JESÚS DUQUE FLOREZ, sea exonerado de proveer cuota alimentaria en favor de su ex cónyuge, señora OLGA REGINA MUÑOZ LARREA.

Cordialmente,



RUBÉN DARÍO TREJOS ÁLVAREZ

Correo: rubendariotrejos@hotmail.com

Cédula: 70.076.552

T.P. 260. 244 C. S. J.

HONORABLE MAGISTRADO
WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA
SALA DE DECISION UNITARIA CIVIL-FAMILIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA



REF: CESACION DE EFECTOS CIVILES
DE MATRIMONIO RELIGIOSO
DEMANDANTE : AURELIO DE JEUS DUQUE FLOREZ
DEMANDADA : ALBA REGINA MUÑOZ LARREA
RADICADO : 05847318400120190001801
ASUNTO : SUSTITUCION DE PODER

ARTURO RAFAEL PADILLA VERGARA , mayor de edad abogado en ejercicio , identificado como aparece al pie de mi firma obrando como apoderado de la parte demandante por medio de este escrito comedidamente le manifiesto que sustituyo el poder otorgado al suscrito por el demandante en el proceso indicado en el rubro , con las mismas facultades conferidas a mi persona , en el DR. RUBEN DARIO TREJOS ALVAREZ con cedula de ciudadanía numero 70.076.552 y T.P 260.244 del C.S. J. Y Correo electrónico rubendariotrejos@hotmail.com, igualmente mayor y vecino de Medellín para que continúe la representación del señor AURELIO DE JESUS DUQUE FLOREZ en este proceso .-

Esta sustitución la efectuo teniendo en cuenta las facultades a mi conferidas en el poder con que se inició la demanda .-

Cordialmente

ARTURO RAFAEL PADILLA VERGARA

C.C. 8.260.860

T.P. 13,605 DEL C. S. de la J

Correo arpave43@hotmail.com

**NOTARIA
UNICA DE URRAO**
Se autentica por
insistencia de las partes



22 AGO. 2022

| |
|--|
| DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO DE FIRMA Y CONTENIDO |
| Ante la Notaria Única del Circuito de Urrao - Antioquia. |
| Compareció: <u>Arturo Rafael</u> |
| <u>Padilla Vergara</u> |
| Identificado con C.C. No. <u>8260860</u> de <u>Medellín</u> |
| y declaró que la firma y huella que aparecen en el presente documento son verdaderas y que el contenido del mismo es cierto. En constancia firma e imprime la huella dactilar. |
|   |

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA –SALA CIVIL FAMILIA-

secivant@cendoj.ramajudicial.gov.co.

| | |
|----------------------|---------------------------------|
| RECURRENTE/DEMANDADA | EDELMIRA QUIROZ URREGO |
| RADICADO | 2019-00162-01 |
| PROCESO | SIMULACIÓN DEL MATRIMONIO |
| ASUNTO | SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN |
| MAGISTRADO PONENTE | WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA |

ANDREA ÁLVAREZ HERRERA, abogada en ejercicio, identificada con la cédula de ciudadanía N° 1'214.724.115 y con Tarjeta Profesional N° 290.816, expedida por el C.S. de la J, actuando como apoderada de la señora EDELMIRA QUIROZ URREGO, demandada en el proceso de la referencia y recurrente en la presente instancia, estando en el término, me permito aportar ante el despacho los LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN interpuesta el día 22 de enero ante el JUZGADO PROMISCOU DEL CIRCUITO DE FAMILIA DE ANDES con base en el auto notificado el 17 de agosto de 2022, apoyándome en los siguientes:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO: El señor CARLOS ANDRÉS TOBÓN MORENO y la señora CLAUDIA HELENA TOBÓN MORENO promovieron demanda en contra de la señora EDELMIRA QUIROZ URREGO, mediante la cual pretenden que se decrete la simulación del matrimonio civil celebrado entre el señor Rodrigo Tobón Tobón y la señora EDELMIRA QUIROZ URREGO, el día 23 de agosto de 2014 en la notaría única del municipio de Frontino Antioquía.

SEGUNDO: Como fundamento probatorio los demandantes aportaron en total diez testimonios, los cuales fueron decretados en su totalidad por el despacho mediante auto del 11 de septiembre de 2019.

TERCERO: Estando en termino y cumpliendo con los requisitos de ley, la demandada presentó la contestación a la demanda y con la misma se propusieron las excepciones de INEXISTENCIA DEL HECHO y MALA FE DE LOS DEMANDANTES.

CUARTO: Con la contestación a la demanda se aportaron las siguientes pruebas las cuales fueron decretadas mediante auto del día 11 de septiembre de 2019:

- Interrogatorio de parte a ambos demandantes.
- Cuatro fotografías del día del matrimonio.
- Resolución de pensión vitalicia.
- Declaración extra juicio del señor Enrique Antonio Zuleta Loaiza, arrendador del inmueble donde se domicilió la pareja en Hispania
- Declaración extra juicio de Ana Ruth Correa de Benítez, residente en Frontino,
- Resultados de identificación genética entre Rodrigo Tobón y Juan Esteban Ramírez elaborados el 19 de octubre de 2017 por IdentiGen
- Resultados de identificación genética entre Rodrigo Tobón y Juan Esteban Ramírez elaborados el 15 de junio de 2017 por el laboratorio Genes.
- Certificado de cotización de la EPS Coomeva del 13 de abril de 2018.
- Contrato de arrendamiento entre Rodrigo Tobón y Enrique Antonio Zuleta Loaiza del 01/10/2017-
- Recibo de parqueadero El Velero de Hispania.
- Querrela policiva instaurada por Claudia Tobón Moreno el 19 de enero de 2019.
- Denuncia Penal con Spoa 050346000369201900005 instaurada por Claudia Tobón Moreno en contra Edelmira Quiroz Urrego.
- Denuncia penal con Spoa 050346000369201900018 instaurada por el señor Rodrigo Tobón en contra de Cesar Durango.
- Denuncia penal con Spoa 050016000206201904570, familia Tobón Moreno denuncian a Edelmira Quiroz Urrego por el homicidio de su padre.
- Formato de noticia criminal 05034600036920190096, donde la señora Quiroz Urrego denuncia a Claudia Elena y Carlos Andrés Tobón Moreno por injuria, calumnia y falsa denuncia.
- Dictamen médico legal de las lesiones producidas por Cesar Durango a la señora Quiroz Urrego.
- Resumen del dictamen de medicina legal donde se determinó que la causa de la muerte del señor Tobón Tobón fue muerte natural.

- Bitácora de la policía de Hispania donde el señor Tobón manifiesta que se encuentra bien.
- Registro Civil de defunción de la señora María Moreno.
- Registro Civil de nacimiento de la menor Isabela Ramírez Quiroz.
- Registro Civil de nacimiento del menor Juan Esteban Ramírez Quiroz.

QUINTO: Igualmente, con la contestación se solicitó decretar y practicar el testimonio de la menor ISABELA RAMIREZ QUIROZ, hija menor de la demandada, haciéndose una solicitud especial al juzgado de oficiar al ICBF para que enviara a una persona experta en el tema para que practicara la prueba por tratarse de una niña de 11 años de edad. Sin embargo, la solicitud especial se negó por no tratarse de un proceso penal, aunque la prueba del testimonio se decretó.

SEXTO: Luego de practicados los testimonios aportados por la parte demandante, los interrogatorios de parte de los implicados en el proceso y frustrado el testimonio de la menor Isabela, el juez emitió sentencia el día 22 de enero de 2020, en la cual realiza un esquema iniciando con los antecedentes del proceso, la valoración de las pruebas testimoniales, el planteamiento de problema jurídico el cual desarrolla analizando la sentencia T-564-16, para terminar con la decisión en la cual se niegan las excepciones propuestas por la demandada y se concede las pretensiones de los demandantes.

SÉPTIMO: Inconforme con la decisión, la parte demandada presenta recurso de apelación enseñando los siguientes reparos:

1. Falta de soporte probatorio y sustancial para acoger la decisión tomada al solo fundamentarse en la prueba testimonial de los demandantes.
2. El juez dejó a un lado la profunda enemistad que manifestaron todos los testigos aportados por la parte demandante en el presente proceso.
3. El juez ignoró el soporte probatorio aportado por la demandada que fundamenta que si se cumplieron con los fines del matrimonio.
4. Extralimitación en las decisiones tomadas por falta de pruebas, realizando una interpretación amañada de la demanda si soporte legal o constitucional soportándose en una discusión

doctrinaria plasmada en una sola sentencia T, la cual continua en desarrollo y la crudeza de su estado desprotege la institución del matrimonio.

5. La sentencia se fundamenta en afirmaciones contrarias a las definiciones que ya ha dado la Corte y que ha establecido sobre los conceptos de familia o de matrimonio y las diversas posibilidades de su confirmación.

Presentando los antecedentes y los reparos reunidos en audiencia, se continua a sustentar uno por uno de la siguiente manera.

II. SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS PRESENTADOS:

PRIMER REPARO.

FALTA DE SOPORTE PROBATORIO Y SUSTANCIAL PARA ACOGER LA DECISIÓN TOMADA AL SOLO FUNDAMENTARSE EN LA PRUEBA TESTIMONIAL DE LOS DEMANDANTES.

Nótese que en la sentencia, el Juez se tomó el trabajo de analizar los 10 testimonios decretados y practicados en audiencia, se toma el trabajo de resumir cada uno de los testimonios, indicando obviamente lo que conviene para probar la supuesta simulación del matrimonio y aunque, en la sentencia se afirme que esta parte no logró aportar prueba suficiente para desvirtuar lo demandado, no se evidencia en ningún momento ni en la parte motiva de la sentencia ni en el decreto de pruebas un mínimo análisis para excluir las pruebas documentales aportadas o establecerlas como inconducentes, impertinentes, inútiles o innecesarias, pues, como se expuso en el hecho cuarto, todas se decretaron sin reparo, ¿ cómo es posible que de los más de cien folios que se aportó no se haya referido a ninguna en lo absoluto?.

Lo cierto es que, aunque la otra parte se encargó de aportar basta prueba testimonial, los demandantes no cumplieron con el deber de aportar otro medio probatorio en el que se pudiera apoyar lo declarado en audiencia.

La intención de este reparo es evidenciar la falibilidad del testimonio por error o mentira, máxime cuando con la primera expresión de esta parte en el proceso se denunció la mala fe de parte de los demandantes y en los alegatos de conclusión se exhibió que este comportamiento se extendía también a los testigos que en su mayoría eran familiares del señor TOBÓN TOBÓN y, al solo fundamentar la sentencia SOLO CON LA PRUEBA TESTIMONIAL de la parte demandante el juez debió prestar especial cuidado al tratarse de una prueba parcializada e inexacta por su misma naturaleza el cuál para esta servidora omitió.

Lo que se intenta resaltar es la inexactitud con que cuenta la prueba aportada por la parte demandante, pues solo se fundamenta con otro testimonio, luego cualquiera de los testimonios y declaraciones de parte presentados se logró evidenciar una enemistad, incomodidad o inconformidad con la demandada para que a la postre tome la decisión analizando solo esos testimonios sin contrarrestarlos con las demás pruebas aportadas, para esta parte es claro que lo único que se logró evidenciar con esos testimonios, fue que la excepción presentada y denominada como “MALA FE POR PARTE DE LOS DEMANDANTES” fue probada al escuchar los testimonios y los interrogatorios de partes, en donde es recurrente escuchar que dejaron de frecuentar a RODRIGO por el mero hecho de haberse casado con EDELMIRA, que EDELMIRA no se podría despojar de su rol de sirvienta, que era una ladrona y chismosa, hubo unos testigos que incluso mostraron repudio por la diferencia de clase social.

El móvil que llevó a presentar este reparo, es la falta de soporte probatorio y sustancial para afirmar lo expuesto en la sentencia, pues, puede entender esta servidora que los testigos sean parciales y por ello los presenta la parte, pero el Juez debe actuar de la manera más ecuánime posible, cosa que no se demuestra al escuchar que el mismo justifica los maltratos hacia EDELMIRA y los toma como argumentos indicando lo siguiente:

“en este proceso también se probó que quien ejerciera el rol de dueña y señora era la señora Olivia antes y un tiempo después del matrimonio sin que a ello se opusiera Edelmira, a menos que no le interese hacerlo y eso vendría lógico en lo declarado por los testigos de la parte actora por la real naturaleza de su relación”

Sin tener una prueba diferente a la de este testimonio que además fue grosero y claro en afirmar su falta de cariño con la demandada.

Considera esta servidora que de haberse analizado las pruebas documentales aportadas, el despacho pudo haber tenido una visión más clara de la situación que se expuso en estrados, por ejemplo.

- El A quo manifiesta que la contraparte probó con testimonios que el matrimonio no sé desplazó por las razones argumentadas por la demandada esto es: que su vida estaba en peligro y que al causante le molestó los comentarios indebidos que hacían sus familiares y aunque se le sugirió al Juez hacerlo, éste no se encargó por ejemplo de contrapesar los dichos de los testimonios de la contra parte con la denuncia aportada por rodrigo, en donde él personalmente afirma¹ que *“ante la blasfemia tomé la decisión de venirme para Hispania”* refiriéndose al disgusto que le hizo pasar un familiar por insinuar calumnias de su segunda esposa.
- Pese a que esta servidora se duele de exponer la intimidad de mi representada y del señor RODRIGO TOBON, indica el Juez contra cualquier decoro que se deba tener por la intimidad de las personas, que son supuestos fácticos oportunos en la demanda y por ende objeto de valoración, incluso el A quo declara que ni con la prueba aportada por la parte demandante ni la prueba de la demandada se logra probar que el matrimonio tuvo intimidad, **dejando a un lado las pruebas de paternidad practicadas al menor JUA ESTEBAN**, se debería preguntar el honorable magistrado, ¿Cuál es el motivo por la que una persona se realice una prueba de paternidad si no tiene dudas que hijo que viene en camino lo pudo concebir él? , recalco la importancia de esta prueba tanto en la contestación, como en los alegatos así también como en la presente instancia porque es la **única prueba fehaciente** de que el matrimonio si sostuvo relaciones sexuales, dado que eso es algo que solo a dos personas le pueden constar.

¹ Folio 115 del expediente

- Fue tan importante el estudio de la resolución de la pensión que se le concedió a la señora EDELMIRA porque allí consta que también por las sospechas fundadas por los demandantes, el fondo decidió realizar una investigación previo a reconocer la pensión, indicando que se debió cotejar la información documental y que luego de contrarrestarlo con los testimonios y los hijos de RODRIGO TOBÓN TOBÓN (mismos que demandan), se logró establecer que la pareja si cumplía con los fines del matrimonio, conclusión a la que se llegó por cotejar las pruebas documentales aportadas con el contexto en el que se desenvuelve el presente conflicto.
- Cosas tan sencillas que se mencionaron en la sentencia pero que perfectamente pudieron desvirtuarse con la prueba documental es por ejemplo que en esta se indica que el testigo JOSE CASIMIRO TOBÓN TOBÓN aseguró RODRIGO TOBÓN TOBÓN *“jamás la presentó como su esposa cuando le preguntó si puso a Edelmira en la seguridad de Coomeva, él decía que no porque ella tenía Sisbén”*, afirmación que se desmiente con el certificado de afiliación a la EPS aportado con la contestación.

Tal vez una de las preguntas más importantes que se desea plantear es: **¿De existir una real valoración de las pruebas aportadas por esta parte, la decisión del juzgado hubiera tomado un rumbo diferente?**

SEGUNDO REPARO.

EL JUEZ DEJÓ A UN LADO LA PROFUNDA ENEMISTAD QUE MANIFESTARON TODOS LOS TESTIGOS APORTADOS POR LA PARTE DEMANDANTE EN EL PRESENTE PROCESO.

Se evidencia en la práctica de los testimonios y la declaración de la parte demandante que hubo una real discriminación por la diferencia de clase social y edad que había entre el señor RODRIGO TOBÓN TOBÓN y la

Señora EDELMIRA QUIROZ URREGO, lo que genera un testimonio parcializado al momento de declarar.

Es de anotar, que la relación de la cual se le demanda su existencia, se desarrolla dentro de un marco desigual socialmente hablando, el señor RODRIGO era el abogado del pueblo, pensionado como juez de familia, ganadero y conocido por venir de una familia con cierto estatus social, la señora EDELMIRA por su parte, es una mujer analfabeta funcional, con baja educación escolar, campesina, proveniente de una familia de pocos recursos y que desde que tiene escasos 19 años trabaja como empleada del servicio doméstico en la casa de los TOBÓN MORENO.

En el desarrollo de la práctica testimonial se evidencia constantemente que los testigos hablan de la sirvienta, la muchacha del servicio o la empleada del servicio para describir el rol que la señora Edelmira desempeñaba como esposa, lo que llevó a concluir erróneamente al despacho que los cuidados personales que la señora EDELMIRA le dio a su esposo fue una “contraprestación” por el negocio oculto pactado y no el auxilio mutuo que debe haber dentro de una pareja de esposos.

Nótese como los testimonios² exponen con cierta naturalidad que le recomendaron a su hermano que se fijara en la clase social de esa mujer y que mucho cuidado porque mujer joven es infiel, al momento en que este les comunica que se va a casar por segunda vez.

Fíjese como la demandante CLAUDIA ELENA TOBÓN y la Señora OLIVIA TOBÓN TOBÓN, dicen abiertamente que al perderselos objetos de valor incriminaron inmediatamente a la señora EDELMIRA QUIROZ URREGO al considerar que era la persona más necesitada que estaba presente al momento de los hechos.

El consentimiento de los contrayentes estaba libre de vicios y reflejaba la voluntad de quienes tenían una relación amorosa anterior. Pero la familia se opuso al matrimonio y guardar silencio u omitir explicaciones incómodas era tener tranquilidad y paz familiar por lo que con frecuencia se escucha a los testigos y la contraparte decir que prefirieron hacer a un lado antes que familiarizarse con quien fue la empleada del servicio.

² Testimonio de Olivia Tobón Tobón y Casimiro Tobón Tobón hermanos del señor Rodrigo Tobón Tobón.

Evidénciese, como mal interpretó el A quo el testimonio de la señora MARÍA OLIVIA TOBÓN TOBÓN, al concluir que la señora EDELMIRA QUIROZ URREGO “nunca pidió su rol de esposa” por ceder el asiento del copiloto a una mujer de más de 70 años y que se transporta con oxígeno o por permitir que la testigo se autoproclamara la señora de la casa sin que mi defendida hiciera nada, cuando eso lo que evidencia es una rivalidad entre ambas mujeres, pero sin que esto comprometa los fines del matrimonio entre la señora EDELMIRA y el señor RODRIGO TOBÓN.

Enrostra el fallador que “al final del término no es cierto que el señor RODRIGO mantuviera una relación con EDELMIRA, de la cual solo puede dar fe la demandada” estableciendo la publicidad como requisito de existencia de relaciones tan desiguales y desechando las DOS pruebas de ADN que prueban la relación con anterioridad al matrimonio y al momento de hacer pública su relación.

Más allá de toda la enemistad latente, manifiesta y profunda que se desprende de los testigos y la parte contraria, resulta contradictoria para la suscrita que el fallador llegue a concluir mediante la prueba testimonial que los esposos siempre durmieron en cama separada cuando él mismo en la sentencia logra evidenciar que ni la parte demandante, ni sus testigos visitaban el domicilio de los esposos ni mucho menos pernoctaron allí, mal podría entonces testificar algo que no les consta.

TERCER REPARO.

EL JUEZ IGNORÓ EL SOPORTE PROBATORIO APORTADO POR LA DEMANDADA QUE FUNDAMENTA QUE SI SE CUMPLIERON CON LOS FINES DEL MATRIMONIO.

El despacho omitió hacer una valoración probatoria de absolutamente todas las pruebas documentales³ aportadas oportunamente y decretadas mediante auto 11 de septiembre de 2019 por la parte demandada, dado que, al no ser consideradas en las sentencia, no hubo una apreciación de las pruebas al no poderse contrastar con los testimonios para fundamentar el fallo; pudiéndose concluir que si se hubiera tenido en

³ Se aportaron con la contestación alrededor de 61 folios, obrantes en el expediente desde el folio 88 al 149.

cuenta esas pruebas documentales la decisión hubiera tomado un rumbo completamente distinto.

Pruebas como:

- Las dos pruebas de paternidad practicadas por el señor RODRIGO TOBÓN TOBÓN al hijo menor de la señora EDELMIRA QUIROZ URREGO (folios 106 al 108).
- Copia de la noticia criminal con radicado 050346000369201900005 (folio 115) en dónde el señor RODRIGO TOBÓN TOBÓN habla de su esposa y los altercados que tuvo con su familia por faltarle al respeto.
- La resolución N°RPDO19276 del 27 de junio de 2019 (folios 96 al 101) expedida por la UGPP, en dónde se tuvo que ampliar la investigación de campo al recibir oposición por parte de los hijos y hermanos del causante para terminar concluyendo que los contrayentes convivieron de manera ininterrumpida desde el año 2013 hasta febrero de 2019, mencionándose también la enemistad de la familia del señor RODRIGO TOBÓN TOBÓN en contra de la señora EDELMIRA.
- El contrato de arrendamiento (folio 110), las declaraciones extrajuicio (folios del 102 al 104), el certificado de la EPS (folios 109).

Eran de indispensable valoración para determinar el consentimiento de los esposos, que no fue otro que el de cumplir con los fines del matrimonio del que trata el artículo 113 del Código Civil.

Lo que preocupa es que no solo ignoró las pruebas documentales aportadas, sino que también frustró el testimonio de la menor ISABELA RAMIREZ QUIROZ pues es evidente la falta de pericia y tacto del A quo para practicar el testimonio, entristece que adelantándose a este hecho, esta parte solicitó se oficiara al ICBF para que enviaran un profesional experto en la practica de este tipo de testimonios para lograr sacarle provecho a lo que el Juez se negó y sin la paciencia que se le debe prestar a un niño él la intentó interrogar sin que obtuviera beneficio de allí, más por el trato que le da a la menor que era de entenderse se encontraba nerviosa. Se evidencia en la practica de este testimonio la hostilidad del Juez al referirse a la menor e incluso se puede apreciar que la apoderada

tuvo que intervenir a sabiendas que podía incurrir en una falta, pues no podía permitir que se le genera ese trato a la menor.

Lo que se puede demostrar es que el Juez practicó la prueba sin la tolerancia mínima que se le debe tener a un menor, luego la declaró fallida por las mismas razones y posteriormente en reiteradas ocasiones menciona que la menor testimonia que solo recuerda al matrimonio un año atrás de la audiencia. Lo razonable sería que si excluyó esta prueba de manera irregular ni siquiera la debería tener en cuenta o, tener en cuenta lo poco que le permitió testificar a la menor, pues en el audio se evidencia que fue el testimonio más cuestionado por el operador.

Es por el anterior argumento que invito a la Honorable Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Antioquía a decretar y practicar nuevamente el testimonio de la menor ISABELA RAMIREZ QUIROZ, pues, como se mencionó desde la contestación, ella es el único testigo que le consta que el matrimonio cumplió con tales fines y no los demás testigos pues todos declararon QUE NUNCA VISITABAN EL DOMICILIO DE LA PAREJA.

CUARTO REPARO.

EXTRALIMITACIÓN EN LAS DECISIONES TOMADAS POR FALTA DE PRUEBAS.

Este reparo se presentó oportunamente por considerar que el A quo realizó una interpretación amañada de la demanda si soporte legal o constitucional soportándose en una discusión doctrinaria plasmada en una sola sentencia T, la cual continua en desarrollo y la crudeza de su estado desprotege la institución del matrimonio.

Podría afirmar sin temor a equivocarme que el fallo va en contraria con los principios de buena fe y prevalencia del derecho sustancial, pues para el A quo no existió duda que la pareja convivió el tiempo declarado e incluso de haber analizado los testimonios de manera imparcial hubiera descubierto que la pareja cumplió con los fines del matrimonio, sin embargo, al no valorar las pruebas aportadas por esta parte y al no realizar una interpretación ecuánime de las declaraciones desencadenó

una irremediable vulneración al matrimonio como institución, que es uno de los muchos pilares para constituir una familia.

Aunado a lo anterior, no es posible deducir ni de la Constitución ni de los principios de buena fe y prevalencia del derecho sustancial el juez civil de primera instancia que con lo afirmado en la demanda y lo practicado en audiencia el A quo no pudo escoger un camino diferente al de acabar un vínculo complejo e importante como lo es el de la convivencia de dos personas que se aman.

La cuestión aquí es que la conducta del operador judicial en este caso constituyó una omisión tal que vulneró los derechos de la demandada, nótese como en la definición que la doctrina y la poca jurisprudencia colombiana que existe se define la simulación del acto simulado como aquel que:

“en el que los contrayentes aparentan contraer matrimonio y expresa o tácitamente lo acuerdan, con la intención fraudulenta de engañar a los demás, de no cumplir con los derechos y las obligaciones que del mismo se derivan y de no aceptar el cumplimiento de los fines.”

Y valiéndose de su “sana crítica, el Juez pretende omitir que si se cumplieron con los fines del matrimonio y que lo anterior se demostró, situación que genera una variación en su decisión pues no se cumplen con los presupuestos para constituir la supuesta simulación.

Al respecto es pertinente hablar sobre la sana crítica y como el termino fue adoptado por nuestro ordenamiento procesal civil, la apreciación probatoria es una operación de carácter crítico y racional que no puede cumplirse de manera fragmentada o aislada, sino en conjunto, con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, que, necesariamente, comprender **el cotejo o comparación de todos los medios suasorios allegados al proceso, con el fin de establecer sus puntos de convergencia divergencia.**

Que los medios de convicción deban ser valorados de conformidad con las reglas de la sana crítica, quiere decir que la decisión judicial debe estar orientada por unas condiciones de racionalidad y que ese raciocinio debe quedar plasmado en esa decisión de manera explícita siendo es un imperativo que se inscribe en el sistema de libre apreciación de la prueba,

concepción en la que, "el juez debe intentar su criterio, precisamente por las reglas de la sana crítica, en las cuál es se comprenden las de la lógica, la psicología judicial, la experiencia y la equidad".⁴

Al respecto sostiene Michelle Taruffo que,

“La motivación del juicio sobre los hechos debe tener al menos dos características fundamentales: 1) – tiene que ser completa, lo que significa que involucrar todas las pruebas relacionadas con todos los hechos de la causa, con una justificación específica y analítica de las evaluaciones que el juez formuló a propósito de cada una de las pruebas que han sido adquiridas en el juicio, y 2)– justificar su decisión sobre los hechos debe ser lógicamente correcto, por qué sólo de esa manera es posible verificar si la decisión está fundada en buena razones, tal es que hagan entender que llego a establecer de manera racional la verdad de los hechos.”

Se debe recordar entonces que las reglas de la experiencia no tienen connotación de normas jurídicas, si bien puede catalogarse como criterios de inferencia en el ejercicio de la apreciación probatoria reservado al juez, de allí no se deriva esa naturaleza, como quiera que son contingentes y variables en relación con circunstancias espacio temporales, de modo que lo que hoy puede ser una máxima de la experiencia en un determinado lugar, puede no serlo a futuro, debido a los cambios de orden cultural, técnico, científico, entre otras.

Lo anterior con el fin de cuestionar: ¿más allá de los testimonios aportados por los demandantes, las supuestas reglas de la experiencia y la única sentencia de tutela, en qué se fundamentó el Juez para tomar esta grave decisión?

Cito nuevamente a la magistrada GLORIA ESTELLA ORTIZ DELGADO cuando motiva su salvamente indicando lo siguiente:

“En ese orden de ideas, no era posible exigirle a los jueces naturales que realizaran una interpretación de la demanda, en el sentido de verificar o no una eventual “simulación del contrato de matrimonio”, debido a que: i) ello no se desprende de la Constitución, ni de la Ley,

⁴ Devis Echandía, Hernando

ni del principio de buena fe ni de la prevalencia del derecho sustancial; ii) esa figura en ningún momento es consagrada por la accionante; iii) esta figura sobre simulación del contrato matrimonial no ha tenido aplicación en Colombia y hace parte de un debate doctrinario, que en realidad ha sido desarrollado en países donde se presentan problemas migratorios y se buscan ciudadanía a través de matrimonios fraudulentos.”

Como es de público conocimiento, en el sistema de relatoría de la Corte Suprema de Justicia se desprende que en esa jurisdicción no se ha tratado ni un solo caso de simulación del contrato matrimonial en Colombia fuera del mencionado en la sentencia T-574-16. Por lo cual, mal haría el juez civil que aplique una figura novedosa maltratando la situación civil y jurídica de una persona que actuó de buena fe, principio que se debe tratar como presunción y que no se logró desvirtuar, ni por el Juez ni por los demandantes, más si probar por esta parte.

QUINTO REPARO.

LA SENTENCIA SE FUNDAMENTA EN AFIRMACIONES CONTRARIAS A LAS DEFINICIONES QUE YA HA DADO LA CORTE SOBRE LOS CONCEPTOS DE FAMILIA O DE MATRIMONIO Y LAS DIVERSAS POSIBILIDADES DE SU CONFIRMACIÓN.

Preocupa a esta servidora que, con el fin de justificar la aplicación de la simulación del contrato matrimonial, se hacen aseveraciones que contrarían los conceptos de familia y/o matrimonio que ha desarrollado la Corte y más aún que rayan con los derechos fundamentales de la señora EDELMIRA QUIROZ URREGO, las afirmaciones que aquí denunció son las siguientes:

- *Lo que también riñe con las reglas de la experiencia que establecen que a nadie le gusta que le sean infiel y menos aún que lo soporte.*
- *no es lógico ni razonable que la consorte se deje expulsar o sustituir en ese derecho por su hijo o sea Juan Esteban o por el hijo de su primera esposa, o sea Carlos Andrés sin reparo alguno.*
- *Que aquella relación se inició aún antes del fallecimiento de su primera consorte y se prolongó hasta su casamiento, sin haber hecho*

nada para que una vez desaparecido el obstáculo que significaba la existencia de la esposa legítima del señor Tobón Tobón hubiera reclamado su lugar en la relación, lo cuáles según las reglas de la experiencia, hacen las amantes al desaparecer el motivo por el cual permanecían en tal clandestinidad.

Se advierte que de tales dichos se desprende más las percepciones personales de lo que cree el A quo que es una familia, rechazando las diferentes formas de relacionarse e incluso atropellando el libre desarrollo de la personalidad y la manera en la que se relacionan con el mundo y su entorno.

Podemos resumir que las características del matrimonio civil con lo establecido en el artículo 115 del Código Civil⁵ son el *acto jurídico*, por cuanto se trata de un acuerdo de voluntades encaminado a producir los efectos y obligaciones establecidos en la ley; la *unión personal*, debido a que crea un vínculo personal que modifica el estado civil de las personas; la *singularidad*, puesto que excluye la posibilidad que alguna de las partes sea plural y resulta incompatible con otro tipo de uniones para cualquiera de los contrayentes; y la *forma solemne*, por cuanto se trata de un contrato formal y solemne, que debe cumplir con las formalidades establecidas en la ley, que se contrae ante juez o notario mediante sentencia o escritura pública, y que refleja la manifestación expresa y recíproca de voluntades de quienes lo contraen.

Por su parte los elementos del contrato de matrimonio deberán reunir los requisitos generales comunes a todo acto jurídico. Por lo cual y teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 1502 del Código Civil, es necesario que los contrayentes del matrimonio civil (i) sean legalmente capaces,

⁵ “Artículo 115. Constitución y perfección del matrimonio. El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con solemnidades y requisitos establecidos en este Código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contraviniere a tales formas, solemnidades y requisitos.

Tendrán plenos efectos jurídicos los matrimonios celebrados conforme a los cánones o reglas de cualquier confesión religiosa o iglesia que haya suscrito para ello concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano.

Los acuerdos de que trata el inciso anterior sólo podrán celebrarse las confesiones religiosas e iglesias que tengan personería jurídica, se inscriban en el registro de entidades religiosas del Ministerio de Gobierno, acrediten poseer disposiciones sobre el régimen matrimonial que no sean contrarias a la Constitución y garanticen la seriedad y continuidad de su organización religiosa.

En tales instrumentos se garantizará el pleno respeto de los derechos constitucionales fundamentales.”

(ii) consientan en dicho acto o declaración y que su voluntad no adolezca de vicios, (iii) que recaiga sobre un objeto lícito y (iv) que tenga una causa lícita⁶. La ausencia del cumplimiento de los requisitos esenciales del matrimonio impide que este nazca a la vida jurídica o produzca efectos (artículo 1501 del Código Civil).

Es deber de esta apoderada recordar que en los alegatos de conclusión se hizo un resumen de cada uno de los elementos del contrato de matrimonio y de como se pretendieron probar en aquella instancia, sin que el Juez haya hecho un análisis juicio de porqué las pruebas aportadas no fueron suficientes para su procedencia, sustentándose únicamente en lo que el denomina “las reglas de la experiencia” y los mencionados testimonios, fundamento que insisto, no es suficiente para aniquilar el contrato de matrimonio.

Al tratarse de una novedad jurídica si así lo podemos denominar, el Juez debió prestar especial cuidado porque como tanto se ha dicho de no hacer, somete a los implicados a la inseguridad jurídica, lo que es cierto es que no existe un claro fundamento normativo, o un precedente afianzado en la reiteración de la supuesta conducta, tampoco una doctrina suficiente para acogerse a las pretensiones, situación que conlleva a que en esta sentencia se hagan afirmaciones contrarias a las definiciones que esta Corte ha establecido sobre conceptos como familia o matrimonio, y las diversas posibilidades de su conformación.

En efecto, en Colombia se ha admitido que un matrimonio **puede existir sin procrear, sin jurarse fidelidad y sin convivencia y eso no lo hace nulo**. En la sentencia C-577 de 2011 , se indicó, por ejemplo, que:

- “... la procreación no es una condición de la existencia, ni de la validez del contrato de matrimonio y, en tal sentido, la capacidad

⁶ “Artículo 1502. Requisitos para obligarse. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.”

de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato...

Por esa razón es factible el matrimonio de ancianos, el matrimonio in extremis o el celebrado por personas conscientes de su infertilidad o que, con fundamento en respetables criterios, han decidido no tener hijos e incluso abstenerse de mantener relaciones sexuales, habida cuenta, además, de que, conforme se ha expuesto, **toda familia se funda en el afecto y la solidaridad que alientan el cumplimiento de un proyecto de vida en común y la feliz realización de cada uno de sus integrantes.**

Igualmente, vale recordar la sentencia con radicado SL 41464 del 13 de junio de 2012 de la Corte Suprema de Justicia, donde una entidad administradora de pensiones negó la prestación por ausencia de lecho en la pareja, señala la Corte que:

“ la decisión de no compartir la misma cama de una pareja, pertenece a su esfera PRIVADA, y no merece ser ventilada en un escenario que desborde ese marco, a riesgo de comprometer derechos fundamentales de los involucrados. [...] Como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral, a quien también compete la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, esta Sala de la Corte llama la atención para que no se repitan sucesos como los que quedaron registrados.”

La procreación no es, entonces, una obligación, sino una posibilidad que se les ofrece a los casados y que el legislador, atendiendo a lo que suele ser normal en la realidad, reconoció, otorgándole el carácter de finalidad del matrimonio, lo que no implica la imposición de una obligación inexcusable de tener hijos, ni un desconocimiento de los derechos a la autodeterminación reproductiva, a la autonomía individual y al derecho al libre desarrollo de la personalidad.”

Otros patrones que pueden encontrarse en la jurisprudencia constitucional son la sentencia C-448 de 2015, en la cual se analizó la

constitucionalidad de la revalidación del matrimonio in extremis. Allí se dejó claro que es posible que en Colombia las personas contraigan matrimonio, no con la finalidad de vivir juntos, ni procrear, sino para la obtención de unos efectos patrimoniales antes de la muerte inminente de uno de los dos contrayentes. La SU-214 de 2016 , en la cual se indicó que “si bien es cierto que la sexualidad y la procreación son algunos de los fines legales del matrimonio, conforme lo preceptúa el Artículo 113 del Código Civil, también lo es que no constituyen elementos de su esencia, de conformidad con los parámetros constitucionales, en especial, el derecho a contraer matrimonio en condiciones de igualdad, ya que sin aquéllos, el vínculo continúa siendo válido y produciendo efectos jurídicos”.

Sin otro en particular, con los argumentos esgrimidos en la presente sustentación, solicito al honorable TRIBUNAL SUPREMO DE ANTIOQUÍA SALA CIVIL - FAMILIA, revocar la decisión emitida por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE ANDES y en consecuencia, desestimar las pretensiones de la demanda.

Atentamente

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A. Álvarez', is written over a light-colored, textured rectangular area.

ANDREA ÁLVAREZ HERRERA

C.C. 1.214.724.115

T.P. 290.816 del C.S. de la J.