

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO TRANSITORIO DE  
BOBOTÁ CALLE 12 No.9-23, TORRE NORTE, PISO 3º, OFICINA  
207 EDIFICIO VIRREY – BOGOTÁ**

**Bogotá D.C.**, veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020).

**Proceso:** Ordinario de responsabilidad

**Demandante:** Consorcio Aval

**Demandado:** Fondo Financiero De Proyectos De Desarrollo (en  
adelante Fonade)

**Radicación:** 2014-00516

**Decisión:** Sentencia de 1ª Instancia

De conformidad con lo previsto en el inciso 3º del numeral 5º del artículo 373 del Código General del Proceso, y según se anunció en la audiencia celebrada el **24 de agosto de 2020**, se procede a dictar sentencia que defina la instancia dentro del proceso de la referencia

**I. ANTECEDENTES:**

**PRETENSIONES:**

El Consorcio Aval, mediante demanda obrante a folios 1 a 27 del cuaderno 1 considerada la subsanación que de él se hizo (fls. 1222 a 1226 cno 3) solicitó que, previos los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía se reconocieran las siguientes sumas de dinero, por los siguientes conceptos:

**1.-) \$440.507.079.00** por ajuste de precios unitarios ejecutados en

el contrato.

2.) \$35.000.000.00 por contratación y elaboración del diseño de las obras exigido y concertado por Fonade y la interventoría.

2.y 3 ) \$31.486.058.00., \$70.773.125.00., y por mayor valor de transporte fluvial en que se incurrió.

3.-) \$25.427.839.00 por intereses financieros cobrados por las instituciones bancarios.

4.-) \$80.000.000.00., por honorarios profesionales y gastos de audiencia de conciliación.

5.-) \$122.291.490.00., por la actualización del AIU "(...) *con base en el principio de igualdad (...) impuesto por Fonade en la misma época y en las mismas condiciones*".

6.-) Condenar al demandado a pagar las costas y gastos procesales en que se incurra.

### **HECHOS:**

2.1.) Mediante Resolución No. 985 del 20 de mayo de 2011 el Fonade declaró la urgencia manifiesta y ordenó algunas contrataciones para ejecutar el convenio interadministrativo No. 211001 con el Ministerio de Educación Nacional (en adelante Men) y por el cual aquella contrataría las obras de la fase 1 y 2 del plan de acción de emergencia invernal del sector educativo en el departamento del Magdalena.

2.2.) Que el 18 de abril de ese año, la arquitecta Miriam Villalobos, supervisora de emergencia invernal del Men -Magdalena, envió al

ingeniero Andrés Villabona, miembro del consorcio demandante, las condiciones en que se desarrollaría el contrato para las construcciones de las aulas temporales y las baterías sanitarias, determinándose, los Municipios donde harían las obras, la cantidad de aulas, plazo de ejecución, forma de pago y el “(...) *documento improvisado a mano alzada...*”. La propuesta por parte de Fonade-prosiguió-, sería la estructura elevada en concreto, cuya ofrecimiento era consecuencia de un presupuesto aprobado por estudios previos, documento obligatorio que nunca tuvo el contratista, olvidado por Fonade durante todo el plazo de ejecución del contrato. En todo caso, en la anunciada fecha, se conformó el consorcio integrado con los señores Javier Leonardo Álvarez Castro y Jaime Villabona Valencia,

**2.3.)** El 25 de abril de ese año, el consorcio Aval mediante escrito dirigido a la supervisora del contrato presentó oferta económica aceptando el compromiso para ejecutar las obras ofrecidas, haciendo la salvedad que la oferta se hacía “(...) *conforme al estudio del mercado y los precios unitarios establecidos por la entidad*”, bajo la convicción presunta que Fonade, aseveró, “(...) *había elaborado un estudio juicioso de precios de mercado en función precisa y real de los sitios donde se realizaría las obras, omitiendo también la obligación contractual con el Men...*”

**2.4.)** Que en la resolución por medio de la cual la demandada declaró la urgencia manifiesta en distintos apartes que “(...) *previo diagnóstico elaborado por la entidad se establecería el número de aulas a construir*” diagnóstico, que no fue conocido por el contratante.

**2.5.)** El 20 de mayo de 2011, se suscribió el contrato No. 2110682, entrambos, cuyo objeto fue la “(...) *Construcción de las aulas temporales y baterías sanitarias para atender las afectaciones de las*

*Infraestructuras Educativas Del Departamento De[1] Magdalena, Producidas Por la Ola Invernal De 2010*", de acuerdo a la información suministrada por Fonade, incluido el parágrafo primero de las condiciones dispuestas por esta consignado en el memorando interno del 9 de mayo de 2011 radicado 20112310073993.

**2.6.)** El 26 de mayo del citado año, se suscribió acta de inicio de la obra cuya ejecución era de 2 meses 15 días; sin embargo, adujo, fue imposible empezarlas, por cuanto la demandada, ante la inexistencia inexplicable de estudios previos, diseños y la grave omisión del principio de planeación, realizó *"(...) de manera superficial y ligera el costeo (sic) de unas obras a ejecutar en sitios inhóspitos (...) dieron al traste con un presupuesto basado en unos valores artificiales (...) alejados de la realidad económica..."*, conclusiones a las que arribaron después de hacer sendas investigaciones de las cuales surgieron *"(...) hacer varias modificaciones al proyecto para poder concluir el proyecto con éxito"* ocasionando *"(...) mayores costos de una gran cantidad de ítems"*.

**2.7.)** Los diseños del proyecto suministrados por la interpelada no sirvieron por lo que fue necesario contratar una firma consultora con recursos ajenos; los diseños concertados por varias semanas con la interventoría generó que *"(...) varias de las obras adelantadas tuvieran que desmontarse y con ello perder materiales, mano de obra, alquiler de equipos entre otros"*, además, en la gran mayoría de sitios visitados no contaban con la titulación necesaria *"(...) lo que obligó a un proceso de reubicación de los sitios de las aulas (...) porque el sitio indicado por Fonade (...) no era de propiedad de la entidad educativa..."* según viene detallado en el libelo (fls. 5 y 6 cno 1).

**2.8.)** Todas la circunstancias-agregó- “(...) *variaron ostensiblemente las condiciones del contrato desde su génesis hasta su terminación*” por la falta de planeación “(...) *estudios previos que no existieron (...) por ende rompieron la equivalencia económica del contrato al obligar al contratista a realizar unas obras diferentes a las contratadas (...) generando (...) mayores costos*” omisión de “(...) *el presupuesto [de factores determinantes al proyectar el costo de transporte de material...*” que generó que el consorcio contratista “(...) *tuviera que buscar apalancamiento financiero con entidades bancarias...*” .

**2.9.)** El 10 de agosto y 23 de septiembre de 2011 se otorgó las prórrogas No. 1 y 2. La primera por el término de un (1) mes y quince (15) días, la cual se basó en reformulación diseños, inclusión de nuevos *ítems* entre otros. El segundo, con argumentos similares. En todo caso, el plazo de finalización del contrato pactado devela la falta de planeación.

**2.10.)** El 26 de octubre *ibídem* se firmó entre el demandante y la interventora el acta de terminación del 100% del contrato de todos y cada uno de los *ítems* ejecutados en el proyecto; el 15 de noviembre del citado año, se signó igualmente acta de entrega y recibo final del objeto contractual dejando constancia del cumplimiento total en la ejecución del presupuesto.

**2.11.)** El 29 de marzo de 2012, se firmó la liquidación del contrato No. 2110682 de 2011 dejando constancia de las constancias de inconformismos.

### **III.- ACTUACIÓN PROCESAL:**

**3.1.)** La demanda se sometió a reparto inicialmente el 7 de marzo de 2014 (fl.1 cno 1), siendo rechazada por el Tribunal Administrativo del Magdalena mediante proveído del 21 de marzo

de ese año ordenando la remisión de las diligencias a los Juzgados administrativos de ese distrito (fls. 1210 a 1211 cno 2). Efectuado el reparto de rigor, el 22 de abril del citado año (fl. 1216 *ibíd*), correspondió al Juzgado 2 Civil del Circuito; oficina que en auto del 12 de mayo se abstuvo de conocer del proceso so pretexto que era competencia de sus homólogos de Bogotá, por tanto, dispuso el envío respectivo (fls. 1218 *ibíd*). Distribuido el negocio según acta de reparto del 27 de junio (fl. 1220 *ibíd*) asumió el Juzgado 4 Civil del Circuito, en providencia del 23 de julio, luego de haberse superado la anomalía advertida por esa sede judicial, ordenó notificar al interpelado en los términos de los artículos 314 a 320 del Código de Procedimiento Civil (fls. 1221 y 1227 *ibíd*).

**3.2.)** La sociedad interpelada se notificó personalmente el 29 de agosto del precitado año (fl. 1228 *ib*) se opuso rotundamente a las pretensiones del actor; frente a los hechos, aceptó algunos; otros dijo no ser ciertos o ser falsos, y otro tanto no les constaba o eran simples opiniones del gestor. Llamó en su favor las que denominó excepciones de *“falta de legitimad para pedir el equilibrio económico ni la teoría de la imprevisión, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del incumplimiento de Fonade y ruptura del equilibrio del contrato”* (fls. 1238 a 1256 *ibíd*).

**3.3.-)** Fracasada la audiencia de conciliación celebrada el 9 de marzo de 2015 (fl. 1260 *ibíd*), se abrió a pruebas el 15 de abril de ese año (fls. 1262 a 1263 *ibíd*).

#### **I.V.- CONSIDERACIONES:**

##### **PROBLEMA JURIDICO:**

**4.1** El problema jurídico aquí planteado consiste en determinar si la parte demanda está en la obligación de devolver las sumas

solicitadas en el libelo a pesar de que cuando se presentó la demanda ya el contrato estaba terminado.

#### **4.2 PRESUPUESTOS PROCESALES:**

Rituado el trámite pertinente, resulta procedente dirimir de fondo el litigio, puesto que los presupuestos procesales se encuentran acreditados en el presente proceso, y además, no se observa causal de nulidad que pueda invalidar la actuación surtida.

#### **4.3. DE LA ACCIÓN:**

**4.3.1.** Cumple, para abordar la presente controversia, determinar en primer orden cuál es el tipo de acción esgrimida en la demanda a fin de determinar la viabilidad de la sumas reclamadas. En la descripción de los hechos, se narró que Fonade al declarar la urgencia manifiesta mediante Resolución No. 985 del 20 de mayo de 2011 ordenó que para llevar a cabo la ejecución del convenio administrativo No. 211001 con el Men se contratara las obras para las fases I y II.

Posteriormente, el 25 de abril de ese año, el consorcio demandante, presentó oferta económica aceptando el compromiso para ejecutar las obras ofrecidas, haciendo la salvedad que la oferta se hacía “(...) conforme al estudio del mercado y los precios unitarios establecidos por la entidad”, bajo la convicción presunta que Fonade “(...) *había elaborado un estudio juicioso de precios de mercado en función precisa y real de los sitios donde se realizaría las obras, omitiendo también la obligación contractual con el Men...*” pero al empezar la ejecución del proyecto, no encontraron prueba de los estudios previos, diseños, que (...) *dieron al traste con un presupuesto basado en unos valores artificiales (...) alejados de la realidad económica...*”, obligándolos “(...) *hacer varias modificaciones al proyecto para poder*

concluir el proyecto con éxito” ocasionando “(...) mayores costos de una gran cantidad de ítems”, por lo que las anotadas la circunstancias “(...) **variaron ostensiblemente las condiciones del contrato desde su génesis hasta su terminación**” por la falta de planeación “(...) estudios previos que no existieron (...) **por ende rompieron la equivalencia económica del contrato** al obligar al contratista a realizar unas obras diferentes a las contratadas (...) generando (...) mayores costos”.

**4.3.2.** Una interpretación racional del escrito genitor recién transcrito así como sus anexos deja ver que las aspiraciones del proponente vienen cimentadas en la acción consagrada en el artículo 868 del Código del Comercio, vale decir, aquella que autoriza a revisar los contratos por circunstancias extraordinarias “(...) *posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.*”, a ninguna otra conclusión puede arribarse con las expresiones atrás referidas, por ende, el despacho se “(...) estará más a la intención del actor que a lo literal de las palabras, (...) se preferirá el sentido en que una petición puede producir algún efecto...” (Cas .Civil Sentencias de 21 de julio de 1954 (LXXVII-103), reiterada en fallos 072 de 16 de julio de 2003, expediente 6729, y de 27 de agosto de 2015, expediente 00119, entre otros), establecida, entonces, la “(...) *esencia misma*” de la acción (G. J. Tomo CLI, págs. 106 y ss.) corresponde asentar alguna de las reflexiones en torno al precitado artículo a fin de establecer, como se dijo, su procedencia.

#### **4.4. LA TEORIA DE LA IMPREVISIÓN:**

**4.4.1.** El artículo 1602 del Código Civil colombiano, contiene toda la teoría contractual al estipular que todo “*contrato celebrado es ley*

*para las partes*” y como secuela de dicho postulado deben ceñirse las partes contratantes su conducta negocial, entre ellas se proyecta la buena fe (artículo 1603 *ibídem*) entre otras, so pena de las consecuencias legales.

Lo anterior porque, quien sin causa justificada se aparta del programa obligacional puede el acreedor solicitar bien el cumplimiento forzado o la resolución de la convención, con la respectiva indemnización de perjuicios que ese incumplimiento parcial o definitivo le acarree.

Ahora bien, por regla general, en los contratos conmutativos en donde las obligaciones continuadas o de ejecución sucesiva, es decir, diseminadas en el tiempo, prolongadas si se quiere, “*en un determinado período*”, puede suceder que, en el curso de este, al decir del profesor Hinestroza, las obligaciones cambien “intempestiva y gravemente la base económica sobre la cual se celebró” habrá lugar a someter a las partes a la intervención del juez, para “*(...) imponerles o proponerles una modificación del valor de las prestaciones a fin de restablecer el equilibrio exigido (...) o si no para decretar su terminación*” si opta por este, “*(...) las obligaciones de cumplimiento futuro se extingue*” (Hinestroza Forero, *Tratado de las obligaciones* Tomo I, pág. 261. 2003).

**4.4.2.** Con independencia, más no con prescindencia, de lo que en derecho colombiano significan circunstancias, imprevisibles e irresistibles, ante todo, conviene dejar sentado, que el artículo 868 del Estatuto Comercial, reclama la existencia del contrato o negocio jurídico; descarta la su aplicación en los negocios de tracto instantáneo y los aleatorios. El éxito, está circunscrito, en palabras de la Corte a “*(...) los eventos alteradores de la simetría prestacional han de acontecer después de celebrado el contrato, durante su ejecución y previamente a su extinción (...) Dentro de los*

requisitos, está la superveniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. **Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato** (...) A contrariedad, la revisión del contrato ex artículo 868 del Código de Comercio, es el medio dispensado por el legislador al desequilibrio económico adquirido o lesión sobrevenida (*laesio superveniens*) por circunstancias posteriores, *distantia temporis* después de su celebración, durante su ejecución y antes de su terminación (*qui habent tractum successivum*). Bien se advierte del *factum normativo*, que la revisión versa sobre **“la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes”, esto es, no cumplida ni extinguida. La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles.** Menester el vigor del contrato, y que la obligación no sea exigible, haya cumplido, ejecutado o agotado (...) **La revisión por imprevisión, es inadmisibile si la prestación,** no obstante la excesiva onerosidad **se cumplió,** lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada. **Aún, satisfecha con reserva o protesta, al extinguirse definitivamente, clara es su improcedencia,** por versar sobre la prestación cuyo cumplimiento posterior sobreviene oneroso en exceso, y predicarse de la relación vigente *ad futurum*. la revisión para corregir el desequilibrio, o en su caso, terminar el contrato, **se frustra ante el cumplimiento o la terminación** del contrato, en tanto obligada la parte a cumplir, **el cumplimiento extingue la prestación, y extinguida por sustracción de materia, resulta entonces impertinente la revisión bajo la regla consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio...**” (Cas. Civil. 21 de febrero de 2012; exp. 2006-00537-01) (Negrilla y subrayado intencional).

#### **4.5. EL CASO EN CONCRETO:**

**4.5.1.** En el caso sometido a escrutinio del despacho, prontamente, surge el fracaso de las pretensiones, porque si bien no existe duda entorno al contrato de obra No. 2110682 celebrado en 2011 (fls. 24 a 89 cno 1), lo cierto es que las prestaciones originadas fenecieron según las actas de terminación, entrega y recibo final del objeto contractual (fls. 90 a 135 *ibídem*) y su posterior liquidación (fls. 136 a 139 *ibíd*) puesto que como bien lo concluyó la sentencia arriba referenciada “(...) **nada hay por revisar para reajustar, restablecer o terminar. Por esta inteligencia, a más de la imposibilidad lógica y práctica de revisar para corregir o terminar lo que no ya existe**, los efectos cumplidos, producidos o consumados en situación de “excesiva onerosidad”, no admiten reclamación ni reparación por esta vía...”.

**4.5.2.** Cambiando de flanco, cumple referirse la otra hipótesis en la cual se enfilan las pretensiones. En efecto, la parte actora, en su calidad de contratista, es cierto, en el acta de liquidación hizo algunas salvedades relacionadas con su inconformidad en los ‘mayores costos de precios unitarios, contrataciones, transporte fluvial’ entre otros (fl. 137 *ib*), debiendo haber actuado de conformidad cuando el contrato estaba vigente y no al momento de terminarse el mismo, pues como ya se indicó una vez terminado el vínculo contractual posteriormente no hay nada por revisar sobre el mismo.

Dicha teoría, sin ambages, viene haciendo carrera en el Consejo de Estado, Sección Tercera, cuando sostuvo, en alguna oportunidad que: “(...) **cuando la liquidación del contrato se realiza entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación** con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato (...). “La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes constituye un acto de autonomía

*privada de aquellas que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de esta, tales como: error, fuerza o dolo...”* (Radicado N° 11.689, febrero 16 de 2001).

Este precedente, al igual que muchos otros, que no es del caso traer a colación abre la posibilidad de discutir la temática del equilibrio económico con la anotada salvedad, sin embargo, esa tesis solo es de recibo cuando una de las partes es una entidad del Estado. Ello obedece principalmente a que las normas de la contratación estatal lo permiten como el artículo 27 de la ley 80 de 1993, y tal vez porque el “(...) restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de junio de 2011).

Ahora, el despacho se abstiene de hacer comentario alguno en punto tocante con la naturaleza de la parte la interpelada en aplicación del principio de la jurisdicción perpetua, porque fue asunto pacífico durante todo el pleito; esta no protestó el auto admisorio del libelo ni el demandante solicitó la nulidad por falta de jurisdicción o competencia de suerte que ha quedado cerrado el debate.

Más aún: rastreando los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia, en lo atañero a la exegesis del artículo 868 del Código del Comercio, no tiene noticia alguna de la viabilidad de poder solicitar la revisión del contrato cuando en el acta de liquidación del contrato se hacen las admoniciones necesarias. Otra cosa es que, la

prenombrada acta, como cualquier acto jurídico pueda enjuiciarse, por cualquier otra acción.

**5.** Lo así analizado, criterio eminentemente jurídico, envuelve como corolario obligado, la negación de las pretensiones, por consiguiente, excusa a este juzgador a evaluar el mérito del abundante material probatorio practicado.

**6.** Condénese en costas a la parte demandante, para lo cual se fija la suma de \$8.054.851,91, correspondiente al 1% del valor de las pretensiones (numeral 1.1, artículo 6 del Acuerdo 1883 de 2003).

En mérito de lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO (2) CIVIL DEL CIRCUITO TRANSITORIO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la **REPÚBLICA DE COLOMBIA** y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda.

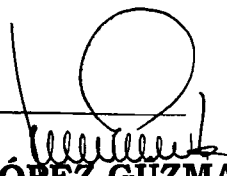
**SEGUNDO: LEVANTAR** las medidas cautelares practicadas en este asunto. Oficiese.

**TERCERO: CONDENAR** al demandante en costas y agencias en derecho para lo cual se fija la suma de **\$8.054.851,91**, Liquídense.

**CUARTO: DECRETAR** la terminación del proceso y en su oportunidad archívense las diligencias.

**NOTIFÍQUESE,**

cvd

  
**JHON ERIK LÓPEZ GUZMAN**

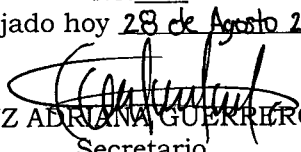
**JUEZ**

JUZGADO 2 CIVIL DEL CIRCUITO TRANSITORIO  
Bogotá, D.C.

Notificación por estado

La providencia anterior se notifica por anotación en ESTADO  
No. 021

Fijado hoy 28 de Agosto 2020

  
LUZ ADRIANA GUERRERO  
Secretario