

Barranquilla 18 de Enero de 2021

Señora Magistrada  
Dra. Vivian Victoria Saltarín Jiménez  
Sala Séptima de Decisión Civil Familia  
Tribunal Superior del distrito Judicial de Barranquilla

Ciudad.

E. S. D.

**REFERENCIA: PROCESO VERBAL (RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL)**

**DEMANDANTE: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA - COMFENALCO VALLE DELAGENTE**

**DEMANDADO: FUNDACIÓN PARA EL MEJORAMIENTO DE LA CALIDAD DE VIDA Y EL DESARROLLO DEL POTENCIAL HUMANO – FUNDECAVI y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A – CONFIANZA.**

**RADICACIÓN: 2018-00147**

**ASUNTO: SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE FECHA 21 DE SEPTIEMBRE DE 2020.**

Honorable Magistrada.

**JUAN DAVID RODRIGUEZ SALAZAR**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Cali (Valle del Cauca), identificado con la Cédula de Ciudadanía No.1.107.057.536 expedida en Cali (Valle del Cauca) y portador de la tarjeta profesional No. 287.355 C. S. J, en mi condición de apoderado judicial de la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA – COMFENALCO VALLE DELAGENTE**, de manera oportuna y teniendo en cuenta lo ordenado en auto de fecha 18 de diciembre de 2020 proferido por la Magistrada del Tribunal Superior del distrito judicial de Barranquilla – Sala Séptima de Decisión Civil Familia y notificado por estados el día 12 de enero de 2021, por medio del presente y estando dentro del término legal para hacerlo acudo ante su despacho a fin de **SUSTENTAR** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla (A) en audiencia de instrucción y juzgamiento de fecha 21 de Septiembre de 2020, en razón a los siguientes fundamentos facticos conforme a lo establecido por el artículo 322 Código General del Proceso, sustentación que será debidamente ampliada en la audiencia que se convoque para tal fin por la Honorable Magistrada.

La sentencia recurrida al pronunciarse en el fondo del asunto de una parte, negó las pretensiones de la demanda declarando resuelto por incumplimiento de mi representada el contrato de obra S-52979 celebrado el día 15 de mayo de 2014 con la Fundación Para El Mejoramiento De La Calidad De Vida Y Desarrollo Del Potencial Humano – FUNDECAVI y, de otra parte despachar favorablemente las pretensiones de FUNDECAVI contenidas en la demanda de reconvenición a pesar de que su legalidad se encuentra actualmente en discusión conforme a trámite de solicitud de nulidad de dicha demanda, adelantado por su despacho en razón a que la misma fue presentada por fuera del término legalmente concedido al igual que la contestación de la demanda, sustentación fáctica que está debidamente soportada en el recurso de apelación contra el auto que negó la nulidad por el A quo que actualmente cursa ante el Tribunal Superior del distrito judicial de Barranquilla – Sala Séptima de Decisión Civil Familia y se encuentra a la espera de ser resuelto conforme a radicación efectuada el día 11 de agosto de 2020.

Aclarado lo anterior, el recurso de apelación se fundamenta conforme a lo siguiente:

## **I. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN**

1. Sea lo primero reiterar que la parte demandante, por intermedio del suscrito apoderado, se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta las pruebas tanto documentales como testimoniales que se practicaron a lo largo de este proceso y en audiencias, con lo cual se pudo demostrar claramente el incumplimiento por parte de FUNDECAVI del contrato S-52979 suscrito entre Comfenalco Valle Delagente en calidad de contratante y la Fundación para el Mejoramiento de la calidad de vida y desarrollo del potencial humano FUNDECAVI en calidad de contratista, mediante el cual, esta última se obligó a ejecutar la construcción de cien (100) viviendas unifamiliares de interés prioritario (VIP) con su respectivo urbanismo, correspondiente al proyecto de vivienda denominado “Urbanización La Arenosa” ubicado en municipio de Santo Tomas (Atlántico) en conforme al Programa Nacional de Reubicación y Reconstrucción de Viviendas para la atención de hogares damnificados y/o localizados en zonas de alto riesgo no mitigable afectadas por los eventos derivados del fenómeno de la niña 2010-2011.
2. Está claramente probado en el proceso judicial que el ÚNICO RESPONSABLE DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL es la aquí demandada, FUNDECAVI, debido a que la ejecución de las obras contratadas se paralizó desde el mes de septiembre de 2016, tal y como se observa en los informes de seguimiento de la Interventoría de Obra y ratificado por nuestro testigo Ing. Hernando Londoño quien actúa como Gerente de Interventoría de Obra, evidenciándose un incumplimiento en la ejecución del contrato y de los compromisos adquiridos por FUNDECAVI. Dicho incumplimiento se evidencia por: primero, tal y como lo demuestran las pruebas documentales

No. 17 a 23, para la fecha indicada la obra se encontraba en un 38% de avance, cuando según cronograma debía estar en un 64%, lo que denota hasta esa fecha un retraso contractual de por lo menos el 26%; segundo, es importante precisar que según los términos del contrato le correspondía al contratista y no a Comfenalco Valle Delagente como lo interpreto de manera errónea el A quo, y a una así incumplió lo establecido en dicho cronograma

3. Contrario a lo que está probado en el expediente, el A quo concluyó que de la celebración de otrosíes se desprende que Comfenalco Valle Delagente habría “purgado” cualquier incumplimiento imputable al contratista. Esta conclusión es claramente contraria la normatividad vigente pues cabe recordar que el contrato y sus otrosíes son ley para las partes de conformidad a lo estipulado en el artículo 1602 del Código Civil Colombiano.
4. Es así, como en aras de garantizar la ejecución de las obras y el cumplimiento del contrato S-52979, tal y como lo manifestó el Ing. Hernando Londoño en su versión testimonial, es claro que las partes de común acuerdo suscribieron 6 otrosíes y 2 suspensiones, entre los cuales se destacan:
  - El día 10 de noviembre de 2014 se hizo necesario modificar el plazo contractual ante el hecho que el FONDO ADAPTACIÓN dentro del plazo presupuestado inicialmente no había realizado el desembolso de los recursos correspondientes al anticipo, se firmó el otrosí No. 1 al contrato No 52979, modificando la cláusula 13. Plazo del contrato, estableciéndose seis (6) meses como término para la ejecución de las obras y dos (2) meses para la gestión de la escrituración de las viviendas, otorgándose un plazo de ocho (8) meses en total, contados a partir del acaecimiento de dos situaciones; la primera consistente en la fecha de desembolso del anticipo, y la segunda, la firma del acta de inicio, de igual forma se pactó el ajuste respectivo a las pólizas en los mismos términos del contrato, situación que no es atribuible a mi representada tal cual como lo manifestó el Sr. Juez pues es claro que es el Fondo Adaptación quien debe realizar el correspondiente desembolso del anticipo conforme a los requisitos establecidos en la cláusula 12 del contrato.
  - En concordancia con lo acordado en el Otrosí No. 1, se procedió a suscribir el otrosí No. 2 de fecha 23 de enero de 2015, en el cual las partes acordaron y aceptaron tener como fecha de inicio del contrato S-52979 el día 03 de octubre de 2014, debido a que ese día fue el que de manera efectiva se realizó el desembolso del anticipo estipulado por parte del Fondo Adaptación, y ya se había suscrito la respectiva acta de inicio.
  - Mediante el otrosí No. 3 suscrito entre las partes el día 16 de abril de 2015, se ratificaron las estipulaciones señaladas en los otrosíes No. 1 y 2 y en consecuencia se pactó como fecha de finalización del contrato S-52979 el día 03 de Junio de 2015.

- Mediante el otrosí No. 4 de fecha 02 de junio de 2015, por medio del cual **se modificó la cláusula 12 Forma de Pago**, estableciendo un primer pago del 25% cuando se haya ejecutado el 25% de la obra, descontando del acta un 36% para amortizar el anticipo; un segundo pago del 20% cuando se haya ejecutado el 45% de la obra, descontando un 36% del acta para amortizar el anticipo, siempre y cuando se corrigieran las observaciones realizadas por la Interventoría Contractual mediante Oficio No. 01-03729-2014 del 16 de abril de 2016 (CMFV-17544). Asimismo, se modificó la Cláusula 13 Plazo del Contrato, ampliándolo desde el 3 de junio de 2015 hasta el día 2 de octubre de 2015, el referido otrosí entre sus consideraciones destaca “(...) 3. **A la fecha la obra se encuentra ejecutada en su construcción solo en un 38%; y como plan de contingencia a este retraso, FUNDECAVI se compromete a cumplir con el cronograma de actividades bajo una reprogramación propuesta con el fin de reponer el tiempo faltante y evitar el agotamiento del termino del contrato y cumplir con las obligaciones establecidas en el mismo. (...)**”

No obstante haber sido prorrogado el plazo del contrato por virtud de la modificación señalada anteriormente, el contratista volvió a incurrir en demoras y atrasos en el cumplimiento del objeto contractual, pues tal y como se observó en el desarrollo del testimonio del señor Jorge Scaff Cruce en donde manifestó de manera libre y espontánea a este despacho judicial la falta de recursos económicos que presentaba FUNDECAVI para lograr el normal desarrollo y ejecución de las obras, posición reiterada por el Señor Jorge Enrique Movilla, así entonces es notable la falta de músculo financiero por parte de FUNDECAVI para ejecutar el proyecto y esto solo es atribuible a la demandada FUNDECAVI.

En consecuencia de lo anterior y por virtud del vínculo contractual del contratista con la Compañía Aseguradora De Fianzas S.A. – CONFIANZA, mediante comunicación radicada el 17 de septiembre de 2015, COMFENALCO VALLE DELAGENTE realizó la correspondiente reclamación por incumplimiento contractual ante la mencionada aseguradora con el fin de hacer efectivo el pago de la correspondiente póliza en la eventualidad que el contratista no subsanara los impases que se venían presentando de atraso en la ejecución de las obras.

En aras de procurar que la entrega de las viviendas a los beneficiarios se llevara a cabo de forma efectiva dentro de los términos establecidos, fue necesario hacer una reunión el día 22 de Septiembre de 2015, con el Representante Legal de FUNDECAVI, en la que la contratista ante su incumplimiento contractual solicitó prórroga para dar cumplimiento al contrato, argumentando que su entidad contaba con los recursos económicos para lograr tal fin, y finalizar las obras, el día 30 de septiembre de 2015 se suscribió por las partes el acta de suspensión No. 1 al contrato S-52979 fijando un plazo de suspensión de quince (15) días, esto es,

hasta el día 15 de octubre de 2015, con el fin de hacer el respectivo análisis de viabilidad o no de la propuesta formal y el cronograma de trabajo presentado y radicado por FUNDECAVI el 23 de septiembre de 2015. (CMFV-20904)

Es importante resaltar nuestra inconformidad respecto al fallo proferido por el Sr. Juez décimo Civil del circuito de Barranquilla, puesto que conforme a lo manifestó en audiencia cuando de manera textual dijo **“la cláusula 12 del contrato S-52979 es la que va a incidir en la decisión de este juzgador”**, no tuvo en cuenta que dicha cláusula había sido modificada a través del otrosí No. 4 fecha 02 de junio de 2015:

**PRIMERO: 12. FORMA DE PAGO (...)** 12.2.2. **PAGOS PARCIALES:** Igual que el anticipo, los demás recursos serán consignados en el PATRIMONIO AUTONOMO, previo el cumplimiento de los requisitos de avance de obra, que se definen a continuación: Un primer pago del 25% cuando se haya ejecutado el 25% de la obra, descontando del acta un 36% para amortizar el anticipo; un segundo pago del 20% cuando se haya ejecutado el 45% de la obra, descontando un 36% del acta para amortizar el anticipo, siempre y cuando se corrijan las observaciones realizadas por la INTERVENTORÍA CONTRACTUAL mediante oficio #01-03729-2014 del 16 de abril de 2014; un tercer pago (...).

Por lo anterior es claro el vicio en que incurre el juzgador a darle una especial relevancia a una clausula inexistente en razón a que la misma había sido modificada tal y como se evidencia en la prueba documental correspondiente al otrosí No. 4.

Por otra parte, es claro que a través de los mencionados otrosíes se dejaba también clara constancia que para que se efectuaran los pagos parciales se debían corregir las observaciones realizadas por la Interventoría Contractual, quedando esta carga en cabeza del contratista por lo cual no corresponde a la realidad lo manifestado por el A quo en el sentido que fue por negligencia de mi representada que no se le efectuaran los pagos al contratista por parte del Fondo Adaptación, señalándole en su sentencia una obligación que corresponde al contratista y no al contratante, invirtiendo de esta manera las obligaciones contractuales de una forma claramente errónea en su interpretación.

- Otrosí No. 5 de fecha 15 de octubre de 2015, una vez revisada la propuesta en conjunto con la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA y al encontrar la viabilidad de lo solicitado por FUNDECAVI, se decidió por las partes, suscribir el Otrosí No. 05 de fecha 15 de Octubre de 2015, mediante el cual se amplió el plazo del Contrato No. 52979 por un término de nueve (9) meses más, a partir del 15 de Octubre de 2015 hasta el 18 de Julio de 2016, y la aseguradora avaló tal decisión realizando la correspondiente ampliación de las pólizas a esta nueva modificación sin objeción alguna.

- Otrosí No. 6 de fecha 29 de junio de 2016, ante el hecho de no haber podido cumplir el contratista FUNDECAMI los compromisos asumidos se decidió suscribir el otrosí en mención, mediante el cual se amplió el plazo contractual hasta el día 13 de Diciembre de 2016, decisión que fue avalada por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA, al realizar nuevamente la ampliación de las pólizas sin objeción alguna; motivo por el cual esta defensa no considera ajustada al principio de buena fe que sustenta el contrato de seguro la intervención de la mencionada aseguradora quien en sus alegatos de conclusión indicó que debía exculparse a FUNDECAMI de un incumplimiento contractual cuando fue la misma entidad la que expidió las pólizas ante las reiteradas solicitudes de ampliación del plazo por parte del contratista.
  
  - Se decidió por las partes suspender el contrato hasta que se efectuó el pago efectivo de la factura No. 34 por parte del Fondo Adaptación a FUNDECAMI para garantizar el flujo de recursos, factura que correspondía al pago parcial de avance de obra del 7.56%, el cual como se señaló, este recurso a través del acuerdo suscrito con el Fondo Adaptación, debía ser utilizado para amortizar el saldo pendiente del anticipo, quedando de esta forma amortizado en un 100%.
- 5.** Por otra parte también es necesario dar claridad que, como ya se mencionó, la responsabilidad del pago efectivo de las facturas es corresponsabilidad del contratista y el Fondo Adaptación, el primero, según lo previsto en el contrato, es responsable de entregar los soportes de la facturación y el segundo, luego de la verificación correspondiente, debe proceder al pago. la factura por concepto de pago parcial de avance de obra antes mencionada, a la fecha no ha sido pagada. En su momento el Fondo Adaptación, mediante comunicado E-2016-009035 de fecha 24 de noviembre de 2016, cuyo asunto fue “novedades en procesos financieros del sector y fechas de cierre para tramites (Solicitudes de CDR, registro, otrosíes, facturas/cuentas de cobro 2016) y reanudación de los mismo en el 2017”, estableció como fecha máxima para presentar facturas/cuentas de cobro para revisión por correo electrónico ante el sector vivienda el 07 de diciembre de 2016. Ante esta situación Comfenalco Valle Delagente procedió a notificar a los contratistas, entre los que se incluye FUNDECAMI, lo estipulado por el Fondo Adaptación y de esta manera como Operadores Zonales, proceder a radicar las facturas emitidas en tiempo por los contratistas. el contratista radicó en las oficinas del Operador Zonal en Barranquilla el día 02 de diciembre de 2016 la cuenta No. 34 para el tercer pago por avance de obras del contrato S-52979 para ser tramitada ante el Fondo Adaptación. El trámite de esta factura no fue posible por cuanto el día 01 de diciembre de 2016, la Entidad Estatal emitió la circular 015 suscrita por la Secretaria General, dirigida a funcionarios, contratistas, supervisores e interventores del Fondo Adaptación, circular por medio de la cual se informó que solo serían tramitadas las facturas radicadas hasta el 01 de diciembre de 2016, siempre y cuando cumplan con los

requisitos establecidos por la Entidad Estatal para el trámite de pago (debe tenerse en cuenta el manual de pagos emitido por la Entidad Estatal).

Esta circular fue notificada a los Operadores Zonales el día 02 de diciembre de 2016 en correo electrónico remitido por el Sr. William Sanabria facturación vivienda, en el cual se informó que *“en respuesta a la circular 015 emitida por la Secretaria General del Fondo Adaptación, se informa que queda suspendida la recepción de facturas para revisión y posterior radicación para su pago por parte del sector vivienda”*. Lo anterior dio como resultado el no pago de los recursos necesarios para la ejecución de las obras y la devolución, el día 23 de diciembre de 2016, al contratista de la factura No. 34 con sus correspondientes soportes por parte de Comfenalco Valle Delagente (CMFV-45923). De lo descrito, que está debidamente probado en el expediente, se desprende claramente que la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca – Comfenalco Valle Delagente fue diligente en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades. El no pago de la factura señalada es entonces imputable, primero, a la actuación unilateral del Fondo Adaptación y segundo, a la falta de actividad imputable a FUNDECAVI. Es más a la fecha el contratista no ha solicitado nuevamente el pago conforme los requisitos establecidos en la cláusula doce 12 del contrato S-52979 tal y como fuera modificada por el otrosí No. 4.

6. El contratista FUNDECAVI, mediante comunicado de fecha 09 de junio de 2017 (CMFV-49466), manifestó que carecía de capacidad financiera para ejecutar las obras en los términos pactados en el contrato de obra No. S-52979, dejándolas inconclusas en septiembre de 2016. FUNDECAVI suspendió de manera súbita y unilateral los trabajos en el sitio de construcción de las viviendas, estableciéndose el nexo de causalidad entre su incumplimiento injustificado y los perjuicios asumidos por la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca - Comfenalco Valle Delagente. Teniendo en cuenta esta situación, Comfenalco Valle Delagente decidió en primera instancia anunciarle a la contratista la terminación unilateral de dicho vínculo contractual a partir del 04 de julio de 2017, acudiendo a la aplicación de un plan de contingencia previsto en la cláusula vigésima de la modificación integral del contrato de fiducia mercantil administración – Fideicomiso Lote La Arenosa, con el propósito de intervenir directamente el proyecto de vivienda para proceder a su terminación.
7. Después de diferentes reuniones con el contratista FUNDECAVI, y con el apoyo y acompañamiento de la Gobernación del Atlántico y del Fondo Adaptación, Comfenalco Valle Delagente, en aras de dar alternativas de solución a los inconvenientes presentados en el proyecto de la referencia, acordó suscribir con el Fondo Adaptación documento denominado “Acta de Compromiso No. 01 Plan de Intervención de obra No. 8-187-0150 Vivienda Santo Tomas-La Arenosa-001” mediante la cual se estableció el estado que para esa fecha tenía de avance el proyecto de una 46.69%, se fijó la situación

financiera del proyecto, estableciéndose que existía un valor pendiente por amortizar del anticipo por parte del contratista FUNDECAVI, el cual ascendía a la suma de \$636.127.672 y un saldo del valor fijado del contrato por valor de \$976.024.182, concertándose que el saldo por amortizar del anticipo sería cancelado por el Operador Zonal (Comfenalco Valle Delagente) mediante descuento efectuado directamente por el Fondo Adaptación a las cuentas presentadas por el Operador Zonal por concepto de costos administrativos y honorarios, descuento que se hizo efectivo por parte del Fondo Adaptación por valor de \$354.679.697, y el saldo de anticipo sería de \$287.447.711 correspondiente a un saldo pendiente por facturar por avance de obra del 7.59%, el cual se cargaría en su totalidad para amortizar el saldo del anticipo.

8. Es importante precisar que el contrato S-52979, en el PARAGRAFO PRIMERO de la cláusula SEPTIMA, le impuso al contratista la obligación de transferir el lote en el que se desarrollaría el proyecto de vivienda a un patrimonio autónomo y que solo una vez se realizara dicho trámite se podría hacer el desembolso del anticipo. De igual manera, en la cláusula DOCE del contrato de construcción de viviendas S- 52979 al establecerse en la forma de pago se determinó que el contratista debía constituir un patrimonio autónomo.

Para dar cumplimiento con dichas obligaciones, el 14 de julio de 2014, el contratista suscribió con Alianza Fiduciaria S.A, el contrato de Fiducia Mercantil de Administración Fideicomiso Lote La Arenosa. La entidad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. suscribió un contrato de comodato precario con FUNDECAVI con el fin de otorgarle la tenencia y custodia del inmueble arriba mencionado, con la finalidad de que FUNDECAVI desarrollara la construcción de las cien (100) viviendas que se había obligado de acuerdo al contrato S-52979.

En este punto es importante manifestar que mediante comunicación formal del 09 de abril de 2017, FUNDECAVI le entregó a Comfenalco Valle Delagente la tenencia y custodia del bien inmueble entregado en comodato (CMFV-49466).

En virtud de lo anterior, entre Alianza Fiduciaria S.A y Comfenalco Valle Delagente se suscribió el contrato de comodato precario fideicomiso lote La Arenosa el día 09 de octubre de 2017, dándole a esta Corporación, en calidad de comodatario precario, el derecho de tenencia y custodia sobre el bien inmueble distinguido con el Folio de Matricula Inmobiliaria No. 040-483045 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Barranquilla. Esta Corporación intento en reiteradas ocasiones ingresar al predio a fin de continuar con la ejecución del proyecto, lo cual fue impedido por vías de hecho por FUNDECAVI.

Posteriormente, Alianza Fiduciaria S.A y Comfenalco Valle Delagente suscribieron el otrosí No. 1 al contrato de comodato precario Fideicomiso

Lote La Arenosa, por medio del cual se modificó la cláusula primera de dicho contrato en el sentido de indicar que el lote de terreno trasferido a Alianza Fiduciaria S.A inicialmente se distinguía con el Folio de Matricula Inmobiliaria No. 040-483045 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Barranquilla y hoy se identificada con el Folio de Matricula Inmobiliaria No. 041-152142 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Soledad.

Finalmente el día 09 de marzo de 2018, Alianza Fiduciaria S.A y Comfenalco Valle Delagente suscribieron el otrosí No. 1 a la modificación Integral al Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso Lote Arenosa, en atención a la comunicación del 18 de septiembre de 2017 por medio del cual esta Corporación informó la terminación unilateral del contrato S-52979 y la implementación del Plan de Contingencia de que trata la cláusula Vigésima Séptima del contrato fiduciario.

9. A raíz de la conducta asumida por FUNDECAVI se inició una acción policiva por perturbación de la posesión ante el inspector de Policía y Tránsito del municipio de Santo Tomás a fin de que en su calidad interviniera y ordenara a FUNDECAVI que permitiera el ingreso al predio, audiencia que fue fijada por el inspector de policía y tránsito municipal para el día 21 de febrero de 2018, fecha en la cual se practicó la audiencia de lanzamiento, al finalizar la etapa inicial de la audiencia el inspector decidió ordenar de oficio la práctica de la inspección judicial al predio. Una vez finalizada la inspección judicial el inspector profirió fallo absteniéndose de conceder el amparo policivo solicitado por Comfenalco Valle Delagente.

Por lo anterior, el día 22 de febrero de 2018 se presentó ante el secretario de Gobierno de Santo Tomás – Atlántico recurso de queja en contra de la decisión proferida por el Inspector de policía.

El día 14 de marzo de 2018, se radicó ante la Procuraduría solicitud de acompañamiento en el proceso adelantado por el Inspector de Policía y Tránsito de Santo Tomás – Atlántico a fin de tener garantías en el estricto cumplimiento de las normas sustanciales y procesales por parte del inspector, ya que se consideró que el servidor público estaba actuando contrario a la ley.

El día 16 de marzo se radicó memorial de impulso ante la Secretaria de Gobierno, en el que se solicitó se resolviera el recurso de queja, sin embargo, el secretario de Gobierno guardó silencio y el recurso no fue resuelto.

El día 3 de abril de 2018, se radicó tutela en contra del municipio de Santo Tomás – Secretaria de Gobierno, el Inspector de Policía y Tránsito de Santo Tomás – Atlántico y FUNDECAVI a fin de obtener el amparo del derecho fundamental al debido proceso.

El día 21 de mayo de 2018 el Juzgado primero Civil del Circuito de Soledad – Atlántico profirió fallo de tutela amparando el derecho fundamental al debido proceso a favor de Comfenalco Valle Delagente, y en consecuencia ordenó al inspector de policía y tránsito de Santo Tomás, que en un término de diez (10) días reabriera la audiencia desarrollada el 20 de febrero de 2018 a fin de que concediera a las partes la oportunidad de interponer los recursos que este trámite policivo permite, conforme lo orienta la Ley 1801 de 2016, por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia.

En cumplimiento al fallo de tutela, el inspector de policía y tránsito de Santo Tomás – Atlántico convocó a la reapertura de la audiencia para el día 22 de junio de 2018, fecha en la cual se llevó acabo la reapertura de la audiencia, por parte de Comfenalco Valle se interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación contra la decisión proferida por el Inspector de Policía y Tránsito de Santo Tomas – Atlántico

En dicha audiencia el inspector se pronunció frente al recurso de reposición interpuesto, ratificándose en lo resuelto en el fallo, asimismo, concedió el recurso de apelación en el efecto devolutivo y procedió a enviar la actuación al superior jerárquico.

El día 20 de junio de 2018, Comfenalco Valle Delagente presentó demanda de restitución de tenencia en contra de FUNDECAMI, la cual correspondió para su conocimiento al Juzgado Noveno Civil del circuito de Barranquilla y con numero de radicación 0800131500920180014300 y que por competencia territorial fue remitida a la Oficina de reparto de los Jueces Civiles del Circuito de Soledad (Atlántico)

- 10.** Todas estas situaciones antes anotadas demuestran claramente que es el contratista FUNDECAMI quien incumplió el contrato S-52979 de fecha 14 de mayo 2014, violando de esta manera el principio de buena fe contractual. Sin embargo, de manera sorprendente, el A quo concluyo sin fundamento legal alguno que quien había incumplido el contrato había sido Comfenalco Valle Delagente.
- 11.** A pesar de todas estas acciones legales, Comfenalco Valle Delagente entendió la importancia que representa la culminación del proyecto para dar solución de vivienda a las familias beneficiarias, después de varios acercamientos con FUNDECAMI, apoyo y acompañamiento del Fondo Adaptación a fin de buscar una alternativa que permitiera a Comfenalco Valle Delagente continuar con la ejecución de las obras hasta su terminación, el día 17 de agosto de 2018, se realizó en la ciudad de Barranquilla – Atlántico una reunión en la cual se analizaron las diferentes propuestas de las partes para dar solución a la situación que se estaba presentando con el desarrollo del proyecto La Arenosa.

**12.** Debido a los esfuerzos realizados el día 27 de septiembre de 2018, Comfenalco Valle Delagente y FUNDECAVI, con el acompañamiento directo del Fondo Adaptación, se logró suscribir un documento contentivo de un acuerdo (CMFV57645) a través del cual FUNDECAVI se comprometió a permitir el ingreso de los funcionarios de Comfenalco Valle Delagente al predio donde se desarrolla el proyecto de vivienda denominado La Arenosa, a fin de que se evaluara el estado actual de las obras para continuar con su ejecución y así permitir el normal desarrollo de la ejecución de las obras hasta su finalización. Así mismo quedó estipulado que la ejecución del proyecto se realizaría estaría a cargo de Comfenalco Valle Delagente a través de una administración delegada.

Por todo lo anterior es evidente que Comfenalco Valle Delagente ha realizado todas las acciones encaminadas para la completa ejecución del contrato de construcción de viviendas y de esta manera realizar la entrega a las 100 familias beneficiarias.

**13.** Así mismo consta dentro de las pruebas del proceso referenciado, la existencia de una obligación solemne, lícita y exigible consistente en la construcción de cien (100) viviendas unifamiliares de interés prioritario (VIP) con su respectivo urbanismo, que constituye precisamente el objeto de este proceso en tanto que, como se ha demostrado, FUNDECAVI no cumplió con su obligación contractual.

**14.** Bajo este orden de ideas, no existe argumento válido que demuestre que FUNDECAVI HA CUMPLIDO cabalmente el contrato S-52979, teniendo en cuenta que para efectos de los pagos establecidos en la cláusula 12 de referido contrato, es necesario que el contratista demuestre efectivamente el correspondiente avance de obra, para de esta manera obtener un pago equivalente al porcentaje avanzado, de lo contrario no es posible solicitar el cobro y mucho menos cuando el avance de obra es nulo, aclarando que el proveedor del recurso es la entidad estatal Fondo Adaptación adscrita al ministerio de Hacienda y Crédito Público. Situación que fue plenamente probada dentro del proceso pues tal y como lo admitió en su testimonio el Sr. Ivan Javier Bossio quien actuó como testigo de FUNDECAVI a la fecha no existe disponible ni una sola vivienda habitable lo cual a todas luces demuestra claramente el incumplimiento contractual por parte del contratista, siendo totalmente contrario a derecho que sea mi representada la que deba indemnizar por daño emergente y lucro cesante.

**15.** De acuerdo a lo manifestado por el señor Scaff en su testimonio se vislumbró que FUNDECAVI no subsano la factura No. 34 pues para la fecha estaba pendiente la aprobación de las redes eléctricas de baja, media y alta tensión por parte de Electricaribe.

**16.** Por ello es lógico concluir que fue el mismo contratista demandado FUNDECAVI quien decidió no continuar con la construcción de las

correspondientes viviendas, las cuales está obligado a entregar a entera satisfacción de la Interventoría de Obra, y en ese mismo sentido es menester indicar que ha sido el contratista demandado quien ha incurrido en conductas negligentes y omisivas, las cuales han llevado a que la ejecución de las obras se encuentre estancada desde el año 2016, como ya se manifestó anteriormente, configurándose un incumplimiento contractual que sustenta la aplicación de la cláusula de terminación unilateral. Situación que no fue aceptada por el A quo endilgando a mi representada un comportamiento omisivo basado en una supuesta negligencia al no ejercer ninguna acción contra el Fondo Adaptación ante el no pago de las facturas. Esta situación es completamente ajena a la realidad puesto que Comfenalco Valle Delagente sí ejerció acciones contractuales tales como: suspensión No. 2 a raíz del no pago de la factura No. 034, documento que consta en el expediente, resaltando que dicha factura nunca fue presentada por el contratista, situación corroborada por nuestro testigo Ing. Hernando Londoño además, como se mencionó anteriormente la facturación y pago es una corresponsabilidad del contratista y el Fondo Adaptación en la que Comfenalco Valle Delagente no tenía ningún tipo de injerencia.

De igual manera no compartimos la apreciación del Sr. Juez de primera instancia en el sentido que se indique que no se ejerció por parte de mi representada en calidad de contratante contra el Fondo Adaptación pues lo mismo podría predicarse del contratista ante el no pago oportuno que alegan ellos en la contestación de la demanda y en la demanda de reconvención al no haber iniciado ninguna acción contra Comfenalco Valle Delagente, inculpándose de esta manera solo a mi representada y obligándola a pagarle perjuicios al contratista, pues recordemos que el A quo manifestó que al ser obligaciones sucesivas en su criterio el contratista no podía avanzar en obras ante el no pago, situación que a todas luces contradice la realidad contractual pues el pago no lo realizaba directamente mi representada sino el Fondo Adaptación a través de la fiducia constituida para tal fin.

17. Por otra parte, la inconformidad de Comfenalco Valle Delagente no se reduce a los puntos anunciados que se refieren al supuesto incumplimiento contractual que se les endilgo. Esto se debe a que a lo largo de este proceso se han evidenciado falencias de orden procesal que demuestran que el fallo recurrido no se ajusta a derecho estas falencias son: **La indebida admisión de la demanda de reconvención que fuera presentada extemporáneamente por FUNDECAVI, la ilegal apreciación del dictamen pericial que acompañó la demanda de reconvención, la indebida valoración de la contestación de la demanda presentada por Comfenalco Valle Delagente.**
18. En lo que se refiere a la indebida admisión de la demanda de reconvención resulta imperativo recordar que, el pasado 29 de enero del 2020 el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla notificó por estado el auto mediante

el cual admitía la demanda de reconvención presentada por FUNDECAVI, impartiendo, además, las ordenes propias en este tipo de providencias.

Actuación procesal totalmente contraria al debido proceso, garantía fundamental reconocida por el artículo 29 superior y que orienta toda actuación judicial, pues desconoció de manera evidente lo previsto en el Código General del Proceso para presentar una demanda de reconvención los cuales me permito explicar a continuación.

**19.** De una revisión somera del plenario se evidencia que FUNDECAVI quedó notificada por conducta concluyente desde el día veintinueve (29) de octubre del año 2018, tal y como se evidencia en los folios 771, 772 y 773, toda vez que las partes de común acuerdo suspendieron el presente proceso por un término de seis (6) meses, periodo que iba desde el dos (02) de octubre del 2018 hasta el dos (02) de abril del 2019, tal y como lo aprobó el Sr Juez en auto notificado por estado el veintinueve (29) de noviembre de 2018, que obra en el folio 919.

**20.** El día tres (03) de abril del 2019 nuevamente las partes demandante y demandado (FUNDECAVI) solicitamos de común acuerdo suspensión del proceso por un término de seis (06) meses, como se observa en el folio 920.

Por lo anterior solo hasta el día seis (06) de mayo del 2019 el Juzgado décimo Civil del Circuito de Barranquilla a través de un auto ordenó lo siguiente: *“decretar la suspensión del proceso por un término de seis (06) meses contados a partir de la fecha de notificación del presente auto”- cursiva fuera del texto original-*, (folio 921)

**21. DE TAL MANERA, EL TERMINO PARA LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, PREVISTO EN EL ARTICULO 369 CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, CORRIA DESDE EL DÍA CUATRO (04) DE ABRIL DEL 2019 HASTA EL DÍA EL SEIS (06) DE MAYO DEL 2019, PUES EL JUZGADO DECIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA NO HABÍA DECRETADO LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO. COMO CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR ES CLARO QUE CUALQUIER ACTUACIÓN PROCESAL DE LA DEMANDADA QUE SE PRODUJERA POR FUERA DE DICHO TERMINO NO PRODUCIRIA EFECTO.**

**22.** A pesar de lo anterior, el día ocho (8) de mayo de 2019, cuando el proceso ya estaba suspendido según lo previsto en el auto proferido por el A Quo la parte demandada (FUNDECAVI) presentó un escrito de contestación de la demanda inicial (folio 946). Esto significa que la demanda no solamente contestó el libelo introductorio por fuera del término legal sino que lo hizo cuando el proceso se encontraba suspendido. Esta situación, por alguna extraña razón no impidió al Juez de primera instancia de valorar los argumentos expuestos por la demandada.

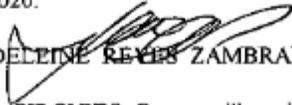
23. Posteriormente, una vez se terminó el periodo de suspensión, es decir, el día seis (06) de noviembre 2019, la parte demandada (FUNDECAVI) presentó el día diecinueve (19) de diciembre del 2019 nuevamente un escrito de contestación a la demanda inicial, al igual que una demanda de reconvencción (folios 1469 y 38 respectivamente), **EN OTRAS PALABRAS LA PARTE DEMANDADA PRESENTÓ ANTE ESTE DESPACHO LOS ESCRITOS ANTERIORMENTE MENCIONADOS TREINTA (30) DÍAS HÁBILES DESPUÉS DE LA REANUDACIÓN DEL PROCESO**, por lo que bajo la errada tesis de que el término de traslado iniciaría una vez fue reanudado el proceso (el día seis (06) de noviembre 2019) **LA PRESENTACIÓN DE LOS ESCRITOS DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA INICIAL, AL IGUAL QUE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN FUERON PRESENTADOS FUERA DEL TERMINO DE TRASLADO DE LA DEMANDA INICIAL.**
24. Por lo que este despacho omitiendo que la demanda de reconvencción fue radicada fuera del término del traslado de la demanda a través de auto notificado el día 29 de enero del 2020 admitió la demanda de reconvencción.

Ref: Demanda De RECONVENCIÓN VERBAL de Mayor Cuantía auto - Interlocutorio.  
RAD. 2018 - 00147- 00.

Secretaría: Señor Juez, a su despacho la Demanda De Reconvencción Verbal de mayor cuantía, presentada por la demandada y demandante mediante escrito mayo 08/2019, este proceso ha estado suspendido desde el 02 de octubre de 2018 hasta el 02 de abril de 2019, luego del 03 de abril de 2019 se suspendió por 6 meses más hasta el 03 de octubre de 2019, está pendiente para su estudio y admisión en Reconvencción. Sírvase usted proveer.

Barranquilla, 27 de enero de 2020.

La Secretaria,

  
MADELEINE REYES ZAMBRANO.

JUZGADO DECIMO CIVIL DEL CIRCUITO. Barranquilla, veintisiete (27) de enero del año dos mil veinte (2020)

Dicha situación puede evidenciarse en la parte motiva del auto de fecha 27 de enero de 2020.

25. El día 05 de agosto del año 2020 la parte demandante principal radicó ante el Juzgado 10 Civil del Circuito de Barranquilla memorial solicitando imprimirle control de legalidad al presente proceso (artículo 132 C.G.P), basado en la situación expuesta.
26. Ahora bien llegado el día de la audiencia inicial de conformidad con el artículo 372 C.G.P, esto es el 11 de agosto del año 2020, el Juez resolvió el control de legalidad tal y como puede verificarse en el respectivo audio de la audiencia que se realizó ante el Honorable Juzgado 10 Civil del Circuito. En dicha decisión se desestimó la declaratoria de nulidad manifestando, de manera contraria a derecho que la contestación de la demanda por parte de la demandada se había dado dentro del término legal otorgado ratificando el

A quo que fue el día 8 de mayo de 2019, fecha para la cual el proceso se encontraba suspendido, cuando vencía el término.

- 27.** Esta decisión del Juez desconoce abiertamente lo contemplado en los artículos 159 y 162 del Código General del Proceso. Esto se debe a que los efectos de la suspensión del proceso incluyen la imposibilidad de la ejecución de actos procesales, tales como la contestación de la demanda y la presentación de la demanda de reconvención, y que dicha suspensión se produce a partir de la ejecutoria del auto que la decreta, esto es relevante toda vez que, de una parte los efectos de la suspensión en este caso solo se produjeron a partir del 06 de mayo de 2019 y de otra parte que la contestación de la demanda se presentó con posterioridad a dicha fecha. Adicionalmente, también es necesario señalar que de manera indebida el Juez sustenta su errada interpretación en el supuesto hecho notorio, consistente en el incendio de las instalaciones del juzgado, cuando dicha circunstancia no está prevista en la normatividad nacional como causal para la suspensión del proceso
- 28.** Lo anterior configura una vía de hecho. Esto se debe a que la actuación del Juez se ha alejado de las reglas que orientan el proceso.

Sabido es, que las providencias ilegales no tienen ejecutoria por ser decisiones que pugnan con el ordenamiento jurídico, y no atan al juez ni a las partes. En ese orden de ideas, se reitera lo dicho por la Corte Constitucional que ha sostenido el criterio de que los autos ejecutoriados, que se enmarcan en la evidente o palmaria ilegalidad, no se constituyen en ley del proceso ni hacen tránsito a cosa juzgada, de manera que el error judicial no puede atar al juez para continuar cometiéndolos.

- 29.** Por otra parte también se debe señalar que el Juez de primera instancia valoró, de manera sorprendente e ilegal, un informe pericial que habría sido aportado por FUNDECAVI. sin embargo, este profesional del derecho se siente en la obligación de señalar que, tal como se desprende del auto que admitió la demanda de reconvención de fecha 27 de enero de 2020 el dictamen pericial fue anunciado mas no aportado y el mismo dictamen pericial fue anunciado en la contestación de la demanda y no en la demanda de reconvención.

Adviertasele al demandante en Reconvención FUNDACION PARA EL MEJORAMIENTO DE LA CALIDAD DE VIDA Y DESARROLLO DEL POTENCIAL HUMANO "FUNDECAVI", no presentó dictamen pericial alguno.

Reconózcasele personería a la doctora IVETTE ALICIA SALAS RODRIGUEZ, abogada en ejercicio, apoderado judicial de la parte demandante en Reconvención Verbal, en los términos y condiciones del poder conferido.

Notifíquese y complase

EDGARDO VIZCAINO PACHECO  
JUEZ DECIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Quiere lo anterior decir que dicha prueba, además de ser extemporánea por lo que ya se afirmó, no podía ser valorada por el Juez de primera instancia en la manera en que lo hizo. Esta situación vicia la sentencia de primera instancia e insta al Honorable Tribunal a que revoque la sentencia en segunda instancia.

Cabe resaltar de igual manera que la condena impuesta a mi representada fue soportada en el citado dictamen pericial lo cual vicia de igual manera la legalidad del fallo proferido, en razón a que la liquidación de perjuicios se hizo bajo la base de una prueba cuya legalidad está plenamente probada y que constituye una violación al derecho constitucional al debido proceso.

30. Respecto a este punto finalmente reiteramos que su despacho conoce la solicitud de nulidad de la admisión de la contestación de la demanda y de la demanda de reconvención conforme a actuación procesal surtida dentro del proceso de primera instancia en el cual se apeló el auto que negó la nulidad de lo mencionado.
31. Finalmente, en lo que respecta a la indebida valoración de la contestación de la demanda presentada por Comfenalco Valle Delagente, se debe recordar que en la medida que, como se señaló anteriormente, dicha actuación procesal se presentó por fuera del término legal para ello, según lo dispuesto en los artículos 97 y 391 Código General del Proceso, dicha situación debió haber implicado la confesión por parte de FUNDECAVI sobre todos aquellos hechos de la demanda susceptibles de ello. Así las cosas, este apelante no entiende cómo en lugar de aplicar los efectos de dicha confesión el Juez de primera instancia resolvió que el incumplido en este caso era Comfenalco Valle Delagente.
32. Esto significa que la decisión recurrida se encuentra viciada y el Tribunal está llamado a revocarla y en su lugar proferir una decisión favorable a las pretensiones de Comfenalco Valle Delagente.

## II. PETICIÓN

Por lo expuesto en el acápite anterior, respetuosamente, solicitamos a la honorable Magistrada del Tribunal Superior del distrito judicial de Barranquilla – Sala Séptima de Decisión Civil Familia.

**PRIMERO:** Se sirva revocar la sentencia recurrida proferida por el Juzgado décimo Civil del circuito de Barranquilla en audiencia de fecha 21 de septiembre de 2020.

**SEGUNDO:** en su lugar se dicte en derecho sentencia de segunda instancia que deba remplazarla, conforme a los argumentos legales aquí expuestos.

**TERCERO:** En consecuencia que se declare que la Fundación Para El Mejoramiento De La Calidad De Vida Y Desarrollo Del Potencial Humano FUNDECAMI ha incumplido el contrato de construcción de viviendas de interés prioritario (VIP) – “Proyecto La Arenosa” No. S-52979, celebrado por el contratista demandado con la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Valle Delagente.

**CUARTO:** En consecuencia de lo anterior se decrete la terminación del contrato S-52979 y se declare civil y solidariamente responsable a FUNDECAMI y a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A – Confianza por concepto del incumplimiento y se condene a FUNDECAMI al pago total en favor de mi representada, de todos y cada uno de los perjuicios solicitados en la demanda por incumplimiento contractual.

**QUINTO:** Se condene a la demandada al pago de las agencias en derecho, a las costas y gastos que implique la debatida demanda y el correspondiente trámite de aprobación.

### III. ANEXOS

Honorable Magistrada, conforme lo estipulado en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 solicitamos tener como tales los siguientes documentos:

1. Constancia de remisión y entrega en buzón electrónico de un ejemplar de la sustentación del presente recurso de apelación a la contraparte Fundecavi, remitida a los correos electrónicos [isalas1955@hotmail.com](mailto:isalas1955@hotmail.com) y [javierenriquemuneraoviedo@gmail.com](mailto:javierenriquemuneraoviedo@gmail.com), con constancia de entrega de fecha 18 de enero de 2021, emitida por la empresa Servientrega a través de su servicio de correo electrónico certificado.

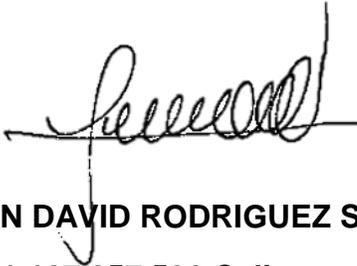
2. Constancia de remisión y entrega en buzón electrónico de un ejemplar de la sustentación del presente recurso de apelación a la contraparte Aseguradora Confianza S.A remitida al correo electrónico [MOsorioGualteros@confianza.com.co](mailto:MOsorioGualteros@confianza.com.co) con constancia de entrega de fecha 18 de enero de 2021, emitida por la empresa Servientrega a través de su servicio de correo electrónico certificado.

#### IV. NOTIFICACIONES

- Serán recibidas en la calle 5 No. 6-63 torre C piso 4 de la ciudad de Cali o en el siguiente correo electrónico señalado a continuación:

[notificacionescajadecompensacion@comfenalcovalle.com.co](mailto:notificacionescajadecompensacion@comfenalcovalle.com.co)

Del señora Magistrada, con todo respeto,



**JUAN DAVID RODRIGUEZ SALAZAR**

**CC. 1.107.057.536 Cali**

**T.P No. 278.355 del C.S de la J.**