

**RV: Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 1ª Instancia Proferida por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva el 29 de junio de 2021.**

Lizeth Andrea Cuellar Oliveros <lcuellao@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 09/03/2023 16:49

Para: **ESCRIBIENTES** <esctsnei@cendoj.ramajudicial.gov.co>



**Lizeth Andrea Cuellar Oliveros.**  
Escribiente.  
Secretaría Sala Civil Familia Laboral.  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva-Huila.  
Carrera 4 No. 6-99 Of. 1111.  
[lcuellao@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:lcuellao@cendoj.ramajudicial.gov.co)

---

**De:** Secretaria Sala Civil Familia - Seccional Neiva <secscnei@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Enviado:** jueves, 9 de marzo de 2023 16:32

**Para:** Lizeth Andrea Cuellar Oliveros <lcuellao@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Asunto:** RV: Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 1ª Instancia Proferida por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva el 29 de junio de 2021.

---

**De:** M H <cab\_4218@hotmail.com>

**Enviado:** jueves, 9 de marzo de 2023 4:23 p. m.

**Para:** Despacho 01 Sala Civil - Familia - Laboral Tribunal Superior - Huila - Neiva <des01scfltsnva@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaria Sala Civil Familia - Seccional Neiva <secscnei@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Cc:** andres felipe alfonso figueroa <andresfalfonsof@hotmail.com>

**Asunto:** Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 1ª Instancia Proferida por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva el 29 de junio de 2021.

**Honorable Magistrada**  
**ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA.**  
**Sala Primera de Decisión Civil Familia Laboral**  
**E. S. D.**

**Proceso:** Proceso Ordinario contractual

**Demandante:** Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE (Hoy ENTERRITORIO) (*Demandado en reconvención*)

**Demandados:** R&U CONSTRUCTORES S.A.S., Corporación Andina de Ingeniería y Consultoría S.A.S. – CORPOANDINA SAS y Consorcio Unión 444 (*Demandantes en reconvención*)

**Radicado:** 41001310300320190020500

**Asunto:** **Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 1ª Instancia Proferida por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva el 29 de junio de 2021.**

Cordial saludo Honorable Magistrada,

**Carlos Arturo Barrero Vargas**, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1.030.619.922 expedida en Bogotá D.C., y portador de la T.P. No. 331.073 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado especial de **R&U CONSTRUCTORES S.A.S, Corporación Andina de Ingeniería y Consultoría S.A.S. – CORPOANDINA S.A.S.-, y el Consorcio Unión 444**, según poderes debidamente otorgados, acreditados dentro del expediente, me permito respetuosamente, por medio del presente escrito sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva el día 29 de junio de 2021, dentro del término otorgado en auto del 01 de marzo de 2023, notificado por estado el 02 de marzo de 2023

De la Honorable Magistrada con todo respeto,

**CARLOS ARTURO BARRERO VARGAS**

C.C. N° 1.030.619.922 de Bogotá D.C.

T.P. N° 331.073 del C. S de la J.

Neiva, 09 de marzo de 2023

Honorable Magistrada  
ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA.  
Sala Primera de Decisión Civil Familia Laboral  
E. S. D.

**Proceso:** Proceso Ordinario contractual  
**Demandante:** Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE (Hoy ENTERRITORIO) (*Demandado en reconversión*)  
**Demandados:** R&U CONSTRUCTORES S.A.S., Corporación Andina de Ingeniería y Consultoría S.A.S. – CORPOANDINA SAS y Consorcio Unión 444 (*Demandantes en reconversión*)  
**Radicado:** 41001310300320190020500  
**Asunto:** **Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 1ª Instancia Proferida por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva el 29 de junio de 2021.**

Cordial saludo Honorable Magistrada,

**Carlos Arturo Barrero Vargas**, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1.030.619.922 expedida en Bogotá D.C., y portador de la T.P. No. 331.073 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado especial de **R&U CONSTRUCTORES S.A.S, Corporación Andina de Ingeniería y Consultoría S.A.S. – CORPOANDINA S.A.S.-, y el Consorcio Unión 444**, según poderes debidamente otorgados, acreditados dentro del expediente, me permito respetuosamente, por medio del presente escrito sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva el día 29 de junio de 2021, dentro del término otorgado en auto del 01 de marzo de 2023, notificado por estado el 02 de marzo de 2023, bajo los siguientes términos:

#### **I. Sustentación del recurso - motivos de inconformidad con el fallo apelado**

Sea lo primero manifestar que el Juzgado Tercero (3) Civil del Circuito de Neiva incurrió en errores tanto jurídicos como probatorios, que lo indujeron a proferir una Sentencia que no se ajusta a las disposiciones legales y a los criterios jurisprudenciales vigentes, al declarar probada la excepción de mérito denominada “cumplimiento del contrato por parte de **FONADE (Hoy en día ENTERRITORIO)**” y consecuentemente ordenar la liquidación del contrato de obra N° 2140985 suscrito entre las partes por un valor de TRECE MILLONES SETENTA MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$13,070.475), desconociendo de esta manera el incumplimiento del contrato por parte de la Entidad contratante y alejándose de la realidad fáctica, por realizar una valoración errónea de los hechos, circunstancias y pruebas que se presentaron y han sido debatidas en el expediente.

Es por esto, que debemos centrar la sustentación del recurso en los siguientes aspectos que no fueron tenidos en cuenta o que fueron interpretados erróneamente por el Juez de primera instancia:

##### **a. Inexistencia de mutuo disenso tácito - Existencia de incumplimiento del contrato por parte de la Entidad Contratante.**

El Juez de Primera Instancia, manifestó dentro de la Sentencia proferida, que una vez realizado el análisis de los hechos y pruebas practicadas *“Es claro que se está ante una de las causales de terminación anormal del contrato como lo es el mutuo disenso, figura que acoge el consejo de estado en materia de contratación administrativa, pues de acuerdo*

con los hechos de la demanda, no es su voluntad continuar con la ejecución del contrato<sup>1</sup>, esto sin tener en cuenta lo establecido por el artículo 1602 del Código Civil el cual establece que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”<sup>2</sup> así, como lo establecido en el artículo 1546 de este mismo Código, el cual señala que “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”<sup>3</sup> **(Subrayado fuera del texto original)** y 1609 del Código Civil el cual expresa: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.” **(Subrayado fuera del texto original)**

Para el caso concreto, es importante señalar que las empresas **R&U CONSTRUCTORES S.A.S.**, y la **CORPORACIÓN ANDINA DE INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S. – CORPOANDINA SAS** como integrantes del **CONSORCIO UNIÓN 444**, desde el momento de firma del contrato, durante el trámite de ejecución del mismo, así como en las suspensiones posteriores y en todas las etapas que sobrevinieron (y hasta la presentación de la demanda) tuvieron la disposición y realizaron todas las actividades que fueron necesarias para el cumplimiento del contrato, esto está plenamente demostrado con las distintas actas de suspensiones, en los distintos documentos presentados ante la supervisión e interventoría del contrato (los cuales también reposan en el expediente), así como se desprende de los testimonios practicados<sup>4</sup>. Esto significa, que durante toda la relación contractual y durante toda la relación fáctica que dio origen a la presentación de la demanda (Incluso hasta el momento de presentación de esta), los demandados y demandantes en reconvencción como integrantes del **CONSORCIO UNIÓN 444**, **se allanaron a cumplir con sus obligaciones contractuales**, incurriendo incluso en gastos adicionales en aras de buscar alternativas que pudieran permitir el cumplimiento del contrato.

En este punto es importante tener en cuenta lo manifestado por la Corte al respecto:

*“En el ámbito de los contratos bilaterales y en cuanto toca con la facultad legal que, según los términos del artículo 1546 del Código Civil, en ellos va implícita de obtener la resolución por incumplimiento, hoy en día se tiene por verdad sabida que es requisito indispensable para su buen suceso en un caso determinado, la fidelidad a sus compromisos observada por quien ejercita esa facultad habida cuenta que, como lo ha señalado la Corte, el contenido literal de aquél precepto basta para poner de manifiesto que el contratante incumplido utilizando el sistema de la condición resolutoria tácita, no puede pretender liberarse de las obligaciones que contrajo.*

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

---

<sup>1</sup> Audiencia del 29 de junio de 2021, en la cual el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva profirió fallo de Primera Instancia dentro del presente asunto. Minuto 51:03 de la grabación.

<sup>2</sup> Código Civil. Artículo 1602.

<sup>3</sup> IBIDEM. Artículo 1546.

<sup>4</sup> Se puede evidenciar del testimonio practicado al ingeniero Henry Alberto castro ingeniero, quien era el representante legal de la firma interventora, quien dentro de su testimonio manifestó que “El contratista uso su personal para la evaluación hidráulica”. Así mismo, esto puede ser evidenciado en el testimonio practicado al economista Juan Carlos Giraldo Londoño, quien actuó como funcionario y gerente del programa de aguas suscrito entre el ministerio de Vivienda y FONADE, quien indicó que luego de realizado el proceso de selección, resultó favorecido el Consorcio Unión 444, y en la ejecución se evidenció que el proyecto presentado no correspondía con la realidad del lugar, porque no había agua en el sitio de la obra, motivo por el cual el proyecto se ejecutó solo por 10 días mientras se buscaban alternativas para su continuidad. Así mismo, manifestó que la gerencia a su cargo puso en conocimiento al Ministerio de Vivienda y se hicieron unos compromisos con el Ente Territorial que no se cumplieron, razón por la cual la recomendación del interventor y la supervisión fue que el proyecto debía ser liquidado y **se debían reconocer los gastos en que había incurrido el contratista durante los días de ejecución del contrato**; sumado al reconocimiento realizado en los demás testimonios practicados.

puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor...<sup>5</sup> **(Negrita y subrayado fuera del texto original)**

Por otra parte, es importante tener en cuenta, que, si el Despacho considerará de alguna manera que los demandados y demandantes en reconvenión no cumplieron ni se allanaron a cumplir con sus obligaciones contractuales (contrario a los hechos y pruebas practicadas y que reposan en el expediente), en Jurisprudencia de antaño se ha indicado que en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino sucesiva (como en el presente caso), por lo que se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, que quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque ésta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada. Así lo tiene señalado la Corte desde hace tiempo, de la siguiente forma:

*“(..)  
indispensable determinar con claridad y precisión la estructura y el mecanismo de ese medio de defensa: ¿es suficiente que quien pide la resolución del contrato no haya cumplido ni allanándose a cumplir sus propias obligaciones en la forma pactada, o se requiere que éstas o las del otro contratante guarden entre sí determinada relación, sin la cual la excepción no es procedente?*

*El punto es de suma trascendencia, porque si ambos contratantes incumplen y en tal evento ninguno puede lograr ni la resolución ni el cumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicios, el contrato quedaría definitivamente estancado, perdiendo su exigibilidad las recíprocas obligaciones que ha generado.*

*Semejante solución, inaceptable desde todo punto de vista, hace caso omiso de la tradicional estructura que tiene la responsabilidad de cada uno de los contratantes, independientemente considerados, a más de que establece desafortunadamente una especie de modo, no de extinción, pero sí de suspensión indefinida e insalvable de los efectos que naturalmente tienen las mutuas obligaciones.*

*(...)*

*El deudor demandando no está en mora si, por una parte, no ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor - salvo que la obligación sea a término o de ejecución exclusivamente dentro de cierto tiempo hábil-, o si, por otra parte, él ha dejado de cumplir con apoyo en que el acreedor demandante tampoco cumplió ni se allanó a hacerlo en la forma y tiempo debidos.*

*El aspecto unilateral de la mora, en lo que atañe a la resolución del contrato, no ofrece dificultades. Las ofrece el bilateral que plantea el artículo 1609, cuya correcta inteligencia es preciso fijar. Según esta disposición, “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.*

*Varias hipótesis pueden presentarse:*

*PRIMERA.- El demandante cumplió sus obligaciones. Es claro que no cabe aquí la excepción de contrato no cumplido.*

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

*TERCERA.- El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, y el demandado, que debía cumplir después de aquel según el contrato, tampoco ha cumplido ni se allana a hacerlo, PORQUE el demandante no lo hizo previamente como debía. En esta hipótesis sí puede el demandado proponer con éxito la excepción de contrato no cumplido.*

*CUARTO.- Demandante y demandado tenían que cumplir simultáneamente, es decir que sus mutuas obligaciones eran exigibles en un mismo momento, “dando y dando”.*

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Magistrado Ponente Silvio Fernando Trejos Bueno, Sentencia de Casación del 07 de marzo de 2000. Rad. N° 5319

(...)

*El texto del artículo 1609 no puede pues apreciarse en el sentido de que el contratante que no cumple fracasa siempre en su pretensión de que se resuelva el contrato. Si así se lo entendiera, sin distinguir las varias hipótesis que puedan presentarse, entonces sería forzoso concluir que la resolución del contrato bilateral, prevista en el artículo 1546, no tiene cabida en sinnúmero de eventos en que sí la tiene: todos aquellos en que el demandado tenía que cumplir sus obligaciones antes que el demandante, o que teniéndolas que cumplir al mismo tiempo que las de éste, sólo el demandante ofreció el pago en la forma y tiempo debidos, o ninguno lo ofreció simplemente porque ni uno ni el otro concurren a pagarse. El ejercicio de la acción resolutoria no se limita al caso de que el demandante haya cumplido ya e intente, en virtud de la resolución, repetir lo pagado; se extiende también a las hipótesis en que el actor no haya cumplido ni se allanó a cumplir porque a él ya se le incumplió y por este motivo legítimamente no quiere continuar con el contrato.*

**No es siempre necesario que el contratante que demanda la resolución con indemnización de perjuicios haya cumplido o se allane a hacerlo. Puede negarse, en los casos ya explicados, a cumplir si todavía no lo ha hecho y no está dispuesto a hacerlo porque el demandado no le cumplió previa o simultáneamente. Por el contrario, el que pide el cumplimiento con indemnización de perjuicios si tiene necesariamente que allanarse a cumplir él mismo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en aquel primer caso, en que el contrato va a DESAPARECER por virtud de la resolución impetrada, y con él las obligaciones que generó, en el segundo va a SOBREVIVIR con la plenitud de sus efectos, entre ellos la exigibilidad de las obligaciones del demandante, las que continuarán vivas y tendrán que ser cumplidas a cabalidad por éste.**<sup>6</sup> **(Negrita y subrayado fuera del texto original)**

Por lo anterior, resulta imperativo determinar y analizar los hechos y circunstancias del proceso, así como realizar el estudio y valoración de las pruebas practicadas, en aras de identificar que contrario a lo fallado por el Juez de Primera Instancia, se presentó un incumplimiento del contrato de obra 2140985 del 18 de julio de 2014 y no un mutuo disenso que ha sido definido Jurisprudencialmente, y No puede asimilar el incumplimiento de una de las partes del contrato, con el mutuo disenso tácito.

El mutuo disenso tácito es una figura creada Jurisprudencialmente, para aquellas situaciones en que se presentan incumplimientos de las obligaciones contractuales por las dos partes vinculadas en el contrato (Incumplimiento recíproco), la Corte Suprema de Justicia la ha definido así:

*“La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. La primera forma no requiere de la intervención judicial, como quiera que la disolución se produce por el acuerdo expreso, en cambio la segunda si requiere de decisión judicial. **Esta última manera de disolverse el contrato se da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes en sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, solo puede considerarse y, por ende, traducirse, como una manifestación clara de anotar el vínculo contractual. Por todo lo dicho, el mutuo disenso mantiene toda su vigencia como mecanismo para disolver un contrato que se ha incumplido por ambas partes y ante la inocultable posición de no permanecer atado al negocio; la intervención, pues, del juez se impone para declarar lo que las partes en una u otra forma han reflejado: desatar el vínculo para volver las cosas al estado que existía al momento de su celebración**”<sup>7</sup> **(Negrita y subrayado fuera del texto original)***

El artículo 1602 del Código Civil ya citado, establece que todo contrato legalmente suscrito es una ley para los contratantes, por lo cual, su invalidación no puede surgir sino por su consentimiento recíproco (Dentro del cual se encuentra el mutuo disenso) o por las causas establecidas en la ley, como lo es la Resolución del Contrato, esta última, es una figura de origen, características y alcance distinto al del mutuo disenso, en tal sentido la Jurisprudencia las ha diferenciado de manera clara al indicar que:

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación del 29 de noviembre de 1978; en igual sentido Sala de Casación del 04 de septiembre de 2000. Rad. 5420; Sala de Casación Civil 4420 de 2014. Rad. N° 2006-00138; Sala de Casación 6906 de 2014. Rad. N° 2001-00307-01, entre otras.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación del 15 de julio de 1985.

“No se debe confundir la disolución del contrato por resolución, con la disolución del contrato por mutuo disenso. Se reitera que **la primera** se produce por el cumplimiento de una condición resolutoria, o sea, por una causa legal (C.C. art. 1546) y **la segunda**, por el mutuo consenso de las partes (C.C. art. 1602). De suerte que siendo diferentes la resolución del contrato y la resciliación o mutuo disenso, es impropio hablar de la resolución del negocio jurídico por mutuo disenso, pues en el primer evento el aniquilamiento de la convención se produce como efecto del cumplimiento de la condición resolutoria por la inejecución por parte de uno de los contratantes de las obligaciones de su cargo y, en el segundo, se produce por el acuerdo mutuo para dejarlo sin efecto. (...)”<sup>8</sup> **(Negrita y subrayado fuera del texto original)**

Distinción que ha sido remarcada posteriormente, porque:

“**A través del primero** (incumplimiento resolutorio) se pide de manera unilateral por el contratante libre de culpa que el negocio se resuelva con restituciones e indemnización por daños a su favor, mientras **que en el segundo** lo solicitado ha de ser que, sobre la base insustituible de rendir prueba de aquella convención extintiva en cualquiera de las dos modalidades en que pueda ofrecer [mutuo disenso expreso y tácito], el acto jurídico primigenio se tenga por desistido sin que haya lugar, desde luego, a resarcimiento de ninguna clase...”<sup>9</sup> **(Negrita y subrayado fuera del texto original)**

Según estas distinciones que han sido señaladas de vieja data por la Corte Suprema de Justicia, y una vez analizadas las circunstancias fácticas del presente asunto, se observa de manera clara e ineludible que el Juez de Primera Instancia cometió un grave error al analizar dichas circunstancias, puesto que, de los mismos, se observa de manera clara e ineludible que las empresas **R&U CONSTRUCTORES S.A.S.**, y la **CORPORACIÓN ANDINA DE INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S. – CORPOANDINA SAS** como integrantes del **CONSORCIO UNIÓN 444**, siempre tuvieron la intención de ejecutar el contrato y de dar cumplimiento al mismo, esto además, fue verificado y comprobado en los testimonios practicados en el expediente, como lo son los testimonios del ingeniero **Henry Alberto Castro Reina**, como representante legal de la firma interventora quien dentro del testimonio rendido en la audiencia del 30 de abril de 2021, manifestó que el contratista realizó visita junto con la firma interventora y el supervisor del contrato en la cual se evidenció que no existía una planta de tratamiento o un tanque en el punto cero, para la conducción de agua (Hecho este que evidencia el cumplimiento del contrato por el contratista o el allanamiento a cumplir sus obligaciones contractuales), así mismo indico que se realizaron por las partes en mención más o menos 3 o 4 visitas adicionales al punto de obra con el contratista y supervisor, para verificar lo que sucedía con el mismo, hecho este que demuestra el allanamiento a cumplir las obligaciones contractuales por parte del contratista. Visitas en las cuales no hubo acompañamiento de **FONADE (Hoy en día ENTERRITORIO)**, o que por lo menos este testigo no manifiesta compañía de esta entidad. Así mismo, el testimonio rendido por el ingeniero **Castro Reina** evidencia que se realizaron alrededor de 15 visitas al lugar donde se debía ejecutar el contrato; así mismo el testigo **Juan Carlos Giraldo Londoño**, quien actuó como funcionario y gerente del programa de aguas suscrito entre el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio y FONADE, indicó que luego de realizado el proceso de selección, resultó favorecido el **CONSORCIO UNIÓN 444**, manifestando además que la gerencia a su cargo puso en conocimiento al Ministerio de Vivienda DE LA IMPOSIBILIDAD DE ejecución del contrato por diferencias presentadas en el proyecto estructurado y lo presentado en el terreno (porque no había agua en el sitio de la obra) y se hicieron unos compromisos con el Ente Territorial **que no se cumplieron**, razón por la cual la recomendación del interventor y la supervisión fue que el proyecto debía ser liquidado y se debían reconocer los gastos en que había incurrido el contratista durante los días de ejecución del contrato.

Es importante señalar además, que el Juzgado Tercero (3) Civil del Circuito de Neiva, omitió aplicar las cláusulas pactadas y establecidas por las partes en el contrato de obra N° 2140985 del 18 de julio de 2014, referentes a la terminación anticipada<sup>10</sup>, las sanciones pactadas por las partes dentro del contrato en caso de incumplimiento,

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación del 05 de noviembre de 1979.

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación del 01 de diciembre de 1993. Rad. 4022; reiterada en Sala de Casación del 12 de febrero de 2007. Rad. 2000-00492-01.

<sup>10</sup> Clausula décimo sexta del contrato de obra 2140985.

referentes al pago de clausula penal pecuniaria<sup>11</sup> y de apremio<sup>12</sup> por la parte que incumpliere. Así mismo, el Despacho erró al analizar la liquidación del contrato solicitada, pues a la luz del artículo 1602 del C.C., el contrato es ley para las partes, y, por ende, sus efectos y consecuencias son inter partes.

Por todo lo anterior, se observa que **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, incumplió el contrato de obra 2140985 suscrito el 18 de julio de 2014, suscrito con las empresas **R&U CONSTRUCTORES S.A.S.**, y la **CORPORACIÓN ANDINA DE INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S. – CORPOANDINA SAS** como integrantes del **CONSORCIO UNIÓN 444**, por lo que es responsable de los perjuicios que se ocasionaron por el incumplimiento, consistentes en los gastos en que tuvo que incurrir el contratista durante el término de vigencia del contrato, así como durante las consecuentes suspensiones, en aras de poder hallar alternativas que facilitaran y pudieran permitir la correcta ejecución y terminación del contrato, hechos que como ya se indicó demuestran el cumplimiento de las obligaciones o por lo menos el allanamiento a cumplir las obligaciones contractuales por parte del contratista. Por lo que se tiene que reconocer mediante Sentencia, son los gastos reales en que incurrió el contratista durante la ejecución del contrato y los gastos posteriores para encontrar alternativas para su ejecución a modo de perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contratante.

Sumados a los anteriores argumentos, se debe tener en cuenta la negligencia y culpa en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, específicamente la culpa leve, como factor relevante a tener en cuenta en el incumplimiento de **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, pero este se desarrollará en el literal c. del presente recurso.

#### **b. Perjuicios solicitados**

Es importante señalar que el contratista contrató profesionales y equipo técnico capacitado que ubico y traslado hasta el lugar de la obra, para llevar a cabo la evaluación hidráulica, independientemente de que no estuviera explícito dentro del contrato de manera taxativa, por el simple hecho de que dichos profesionales fueron contratados para la ejecución del contrato y para las posibles alternativas que pudieran llegar a la efectiva ejecución del mismo, por lo que estos corresponden a gastos contractuales, lo cual es diferente y dista a la liquidación realizada por el Juez a quo, el cual realiza un ejercicio matemático y calculo erróneo, porque asimila que la ejecución del contrato, se debe realizar tomando el valor total del contrato, dividiéndolo en los días ejecutados, lo cual a todas luces es incorrecto, puesto que el contrato se va ejecutando dentro del tiempo de vigencia del mismo, sin poderse determinar que todos los días de avance y ejecución de este tengan un igual valor, porque por la naturaleza y objeto del contrato<sup>13</sup> en cada día se desarrollan actividades diferentes, así como se obtienen diferentes avances.<sup>14</sup> Por lo que la liquidación del Juzgado además de ser errónea en los valores, desconoce los perjuicios causados al contratista, con ocasión al incumplimiento del contrato por **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**.

Es importante indicar que no se tuvo en cuenta por el Juez de Primera instancia, la pérdida del poder adquisitivo del dinero al no realizar la correspondiente indexación de los valores, decisión que a todas luces carece de fundamentos suficientes, puesto que los hechos que dieron fundamento al proceso y los valores solicitados, correspondían a valores de hace más de 5 años.

A su vez, las normas en cita prescriben que la indemnización de perjuicios se adeuda: a) desde que el deudor se ha constituido en mora, o, b) si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

Por lo anteriormente expuesto, la liquidación pretendida por **FONADE (Hoy en día Enterritorio)** por valor de TRECE MILLONES SETENTA MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$13,070.475) M/CTE., se aleja notoriamente de la realidad fáctica y contractual del caso que nos ocupa en todas sus etapas. En efecto, dicha suma

---

<sup>11</sup> Clausula novena del contrato de obra 2140985.

<sup>12</sup> Clausula décima del contrato de obra 2140985.

<sup>13</sup> Contrato para la construcción, postconstrucción, estructuración y fortalecimiento institucional para el mejoramiento del acueducto regional veredal de la Unión del municipio de Tello.

<sup>14</sup> No se puede afirmar que el contrato se ejecuta en un porcentaje (%) diario que se desprenden del dividir el termino inicial en los días ejecutados, porque las actividades desarrolladas son diferentes y las cantidades diarias no son iguales para cada día.

tasada por el contratante FONADE es irrisoria y se aleja de la realidad contractual por cuanto no tiene en cuenta el incumplimiento de su parte que llevo a la imposibilidad de llevar a cabo la ejecución del contrato.

Sumado a lo antes expuesto, es importante recalcar que **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, contaba con un manual de contratación, y que para la presentación de la oferta, todos los proponentes como lo fueron las empresas **R&U CONSTRUCTORES S.A.S.**, y la **CORPORACIÓN ANDINA DE INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S. – CORPOANDINA SAS** como integrantes del **CONSORCIO UNIÓN 444**, debieron incurrir en gastos para la elaboración de las propuestas, que incluyen equipo técnico capacitado, administrativo así como incurrir en gastos de papelería, transporte y otros, que tampoco fueron tenidos en cuenta por el Juez de Primera Instancia en su fallo.

### c. Culpa grave

El fallo de primera instancia además de reconocer la realidad fáctica e ir en contravía de lo probado en el proceso, desconoce completamente el fallo de asignación de competencia proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, en donde no solo ordena la remisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a la Jurisdicción Civil, sino que también hace alusión a la experticia con la que cuenta **FONADE (Hoy en día Enterritorio)** en la preparación, evaluación, financiación, estructuración y ejecución de proyectos, esto a la luz de la normatividad vigente y de la misma práctica. Igualmente es importante señalar a este alto Tribunal, que el **convenio interadministrativo 213004 suscrito el 31 de enero de 2013** entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE, contemplaba como objeto principal, el compromiso de FONADE (Hoy en día Enterritorio) para la ejecución de la gerencia integral del programa de abastecimiento de agua y manejo de aguas residuales en zonas rurales, gerencia que implica unas obligaciones antes, durante y después de la ejecución de cada proyecto. Dentro de las obligaciones indicadas se encuentra y es un elemento esencial del contrato la preparación y estructuración de los mismos, esto con miras a poder realizar la contratación de las respectivas labores.

Esto significa, que el compromiso y las obligaciones de **FONADE (Hoy en día Enterritorio)** para la ejecución de la gerencia integral del programa de abastecimiento de agua y manejo de aguas residuales en zonas rurales, la comprometía también en la fase anterior a la ejecución del proyecto (y no solo en la fase de ejecución del contrato de obra 2140985 suscrito el 18 de julio de 2014, como erróneamente lo dedujo el fallador de primera instancia), debiendo actuar con cierta diligencia, que para el caso concreto, consistiría en la de no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.

En este punto es importante traer a referencia lo dispuesto por el artículo 63 del Código Civil, el cual expresa:

*“Artículo 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

***Culpa grave, negligencia grave, culpa lata**, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*

*Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.*

*El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.*

*Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.*

*El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”*

De los hechos demostrados y probados en el proceso, se logra deducir ineludiblemente que si bien **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, no causó la circunstancia que ocasionó la imposibilidad de ejecución del proyecto, si fue negligente con el compromiso para la ejecución de la gerencia integral del programa de abastecimiento de agua y manejo de aguas residuales en zonas rurales que había adquirido en el convenio administrativo, que como ya se dijo

implicaba obligaciones anteriores para la ejecución del proyecto, como la de revisar su prefactibilidad y factibilidad, para determinar la viabilidad del mismo.

Fue precisamente por el incumplimiento a su deber de diligencia, que, una vez iniciado el contrato y estando en ejecución, este debió ser evaluado por el equipo técnico de FONADE, para que se estableciera la pertinencia o no de una reestructuración y se llevara a comité técnico de expertos para la pertinencia o no de adelantar esta reestructuración (Como consecuencia de la omisión de su deber de revisión previo).

Dadas las circunstancias fácticas, se hace evidente la negligencia y la culpa con la que actuó **FONADE (Hoy en día Enterritorio)** antes y durante la contratación y ejecución del contrato de obra civil 2140985, puesto que se evidencia el mal manejo que tuvo la Entidad y el poco cuidado con el que actuó. El suscrito apoderado considera que se configura esta culpa grave por las actuaciones, o más bien por las omisiones en los deberes y obligaciones correspondientes a **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, puesto que esta entidad en su calidad de único "CONTRATANTE" incumple el contrato de obra, por la falta de planeación Técnica que impidió su ejecución y que por ende conlleva a que se ordene la indemnización de perjuicios de mi representada. Indemnización que se pactó por las partes en el contrato suscrito, en las cláusulas 9 y 10 bajo clausula penal pecuniaria y cláusula penal de apremio; la primera dada a título de sanción, mas no de perjuicios, y para el caso de incumplimiento; La segunda dada por retrasos en la ejecución, circunstancias que se encuentran debidamente acreditadas en el proceso que nos ocupa y que son inequívoca y claramente atribuibles a **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, por su negligente planeación técnica y por su actuar en relación con la culpa lata señalada por el Código Civil.

Adicionalmente, es importante resaltar la procedencia de las mismas por:

1. La Resolución del conflicto de competencia ordenado por el Consejo Superior de la Judicatura remitiendo a la jurisdicción civil.
2. Los contratos civiles, sus efectos, consecuencias y demás, tienen efectos interpartes y sus estipulaciones son ley para quienes se obligan, tal y como lo reza el código civil en su artículo 1602.

Es importante hacer acotación en esto último, ya que se hace evidente a todas luces a lo largo del proceso que consentimiento mutuo en la terminación y liquidación del proceso no existe, así como que no se configuran causas legales y contractuales para la terminación distintas al incumplimiento del contrato por parte de **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, puesto que las causales de terminación anticipada establecidas en el contrato no se adecuan a lo ocurrido y que lo que pretende **FONADE** es que se liquide el contrato evadiendo sus obligaciones contractuales debidamente pactadas, liquidando por un valor irrisorio y alejado de la realidad respecto de los gastos en que incurrieron mis representados.

Sumado a esto, otro hecho que no tuvo en cuenta el Despacho y que demuestra la culpa de **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, es que esta entidad es la encargada de elaborar los estudios previos del contrato.

#### **d. Omisión del llamamiento en garantía**

En el fallo de primera instancia, el Juez a quo aduce, que de acuerdo con lo manifestado por la Entidad ontratante, así como de las pruebas practicadas en el proceso, se evidencia que **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, no tiene responsabilidad en la imposibilidad de ejecución del contrato, puesto que el municipio de Tello (Huila) fue quien formuló el proyecto y lo presentó a través de la ventanilla única al Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, y es este último quien otorga la viabilidad y/o aprobación del proyecto, siendo **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, la encargada de la gerencia integral del programa de abastecimiento de agua y manejo de aguas residuales, en virtud del convenio interadministrativo de Gerencia de Proyectos N° 213004 del 31 de enero de 2013.

Esto, es importante porque si el demandante y demandado en reconvenición **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, pretendía excluir su responsabilidad exigiendo de un tercero la posible indemnización del perjuicio que llegará a sufrir por su presunta participación, lo que debió haber realizado desde un principio es un llamamiento en garantía sobre el municipio de Tello (Huila) y el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio.

A este respecto, el artículo 64 del Código General del Proceso establece:

**“Artículo 64. Llamamiento en garantía.** *Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.”<sup>15</sup>*

Pese a esto, **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, no realizó este llamamiento en garantía y por ser esta Entidad, quien suscribió el contrato de obra 2140985 del 18 de julio de 2014, es el ente que está obligado y quien compromete su responsabilidad como parte del contrato y es quien está llamado a responder por vulnerar su debida diligencia por culpa grave, siendo esta razón la causa fundamental de que se haya presentado la inviabilidad del proyecto, puesto que si hubiera obrado con diligencia, diferente hubiera sido el resultado. Esto además no puede ser imputado o atribuible (como erróneamente lo determinó el Juzgado) a factores externos como el cambio de condiciones topográficas, geográficas del lugar o lugares donde se realizaría la obra, porque dentro del expediente, no obra ni siquiera prueba sumaria en la que se demuestre que el terreno y la geografía del terreno sufrió algún cambio debido a factores externos. (Siendo esta conclusión otro error de apreciación del Juzgado)

## II. Solicitud:

Por las razones expuestas, solicitamos respetuosamente:

Al Honorable Tribunal Superior de Neiva – Sala Primera de Decisión Civil Familia Laboral, en sede de segunda instancia, declare la prosperidad del presente recurso y, en consecuencia, revoque totalmente la sentencia de fecha 29 de junio de 2021, proferida por el Juez Tercero (3) Civil del Circuito de Neiva y en su lugar declare probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y acceda a las pretensiones formuladas en la demanda de reconvenición., teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en el presente recurso.

## III. Notificaciones

A efectos de notificaciones estas podrán ser remitidas a las siguientes direcciones:

**Dirección física:** Avenida Jimenez N° 4 – 49 Oficina 601 de Bogotá

**Correo electrónico:** [cab\\_4218@hotmail.com](mailto:cab_4218@hotmail.com)

Agradezco la colaboración suministrada por los Honorables Magistrados.

De la Honorable Magistrada con todo respeto,

**CARLOS ARTURO BARRERO VARGAS**

C.C. N° 1.030.619.922 de Bogotá D.C.

T.P. N° 331.073 del C. S de la J.



<sup>15</sup> Código General del Proceso. Artículo 64.

RV: Rad. N° 410013103003-2019-00205-01 DEMANDANTE: ENTERRITORIO -  
DEMANDANTE: INTEGRANTES CONSORCIO UNION 444 ASUNTO: DESCORRE  
TRASLADO DE SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE ALZADA

Lizeth Andrea Cuellar Oliveros <lcuellao@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 21/03/2023 17:02

Para: ESCRIBIENTES <esctsnei@cendoj.ramajudicial.gov.co>



**Lizeth Andrea Cuellar Oliveros.**

Escribiente.

Secretaría Sala Civil Familia Laboral.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva-Huila.

Carrera 4 No. 6-99 Of. 1111.

[lcuellao@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:lcuellao@cendoj.ramajudicial.gov.co)

---

**De:** Secretaria Sala Civil Familia - Seccional Neiva <secscnei@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Enviado:** martes, 21 de marzo de 2023 16:43

**Para:** Lizeth Andrea Cuellar Oliveros <lcuellao@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Asunto:** RV: Rad. N° 410013103003-2019-00205-01 DEMANDANTE: ENTERRITORIO - DEMANDANTE:  
INTEGRANTES CONSORCIO UNION 444 ASUNTO: DESCORRE TRASLADO DE SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE  
ALZADA

---

**De:** Juan David Oliveros Rodríguez <jolivero@enterritorio.gov.co>

**Enviado:** martes, 21 de marzo de 2023 4:41 p. m.

**Para:** Despacho 01 Sala Civil - Familia - Laboral Tribunal Superior - Huila - Neiva

<des01scfltsnva@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaria Sala Civil Familia - Seccional Neiva

<secscnei@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Cc:** contactoryconstructores@gmail.com <contactoryconstructores@gmail.com>; cab\_4218@hotmail.com

<cab\_4218@hotmail.com>; andresfalsonof@hotmail.com <andresfalsonof@hotmail.com>

**Asunto:** Rad. N° 410013103003-2019-00205-01 DEMANDANTE: ENTERRITORIO - DEMANDANTE: INTEGRANTES  
CONSORCIO UNION 444 ASUNTO: DESCORRE TRASLADO DE SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE ALZADA

Honorable Magistrada

**ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA**

**SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

E. S. D.

**Ref: Asunto:** Descorre traslado como no apelante de conformidad con auto de sustanciación No. 268.

**N.U.R:** 41001-31-03-003-2019-00205-01.

**Proceso:** Resolución contractual.

**Demandante:** FONADE, hoy ENTerritorio.

**Demandado:** EMPRESA CORPORACIÓN ANDINA DE INGENIERÍA Y

CONSULTORÍA S.A.S.- CORPOANDINA S.A.S. y CONSULTORÍA S.A.S Y R&U CONSTRUCTORES S.A.S. -  
Integrantes del CONSORCIO UNIÓN 444.

Adjunto oficio 20231100047841 fechado del 21 de marzo del 2023 que contiene el pronunciamiento respecto de la sustentación del recurso de apelación interpuesto por el demandado y demandante en reconvención. Lo anterior, para su incorporación al expediente, revisión y fines pertinentes.

\*Con copia a la contraparte.

Atentamente,

**JUAN DAVID OLIVEROS RODRIGUEZ**

Grupo de Defensa Jurídica  
Oficina Asesora Jurídica

[jolivero@enterritorio.gov.co](mailto:jolivero@enterritorio.gov.co)

Calle 26 # 13 - 19 Piso 30  
321 343 89 87  
Bogotá D.C., Colombia

[www.enterritorio.gov.co](http://www.enterritorio.gov.co)



**MINISTERIO DE HACIENDA Y  
CRÉDITO PÚBLICO**

**\*20231100047841\***

**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: 20231100047841

Pública

Pública  
Reservada

Pública Clasificada

Bogotá D.C. 21-03-2023

Honorable Magistrada  
ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL  
E. S. D.

**Ref: Asunto:** Descorre traslado como no apelante de conformidad con auto de sustanciación No. 268.  
**N.U.R:** 41001-31-03-003-2019-00205-01.

**Proceso:** Resolución contractual.

**Demandante:** FONADE, hoy ENTerritorio.

**Demandado:** EMPRESA CORPORACIÓN ANDINA DE INGENIERÍA Y  
CONSULTORÍA S.A.S.- CORPOANDINA S.A.S. y CONSULTORÍA S.A.S Y R&U CONSTRUCTORES  
S.A.S. - Integrantes del CONSORCIO UNIÓN 444.

Atendiendo las disposiciones emanadas en el auto citado en la referencia, procedo mediante el presente escrito a descorrer el traslado de los argumentos formulados en el recurso de apelación que promovió la demandada, y para el caso, demandante en reconvencción contra la providencia de primera instancia proferida por el Juzgado 3ro Civil del Circuito de Neiva el día 29 de junio del 2021.

A continuación expongo de manera suscita los puntos que pretendo refutar respecto del documento que contiene la "sustentación del recurso" y que fuera remitido por la contraparte el 2 de julio del 2021 (PDF 5 folios). La anterior aclaración, debido a que del historial del expediente en la página web de Rama Judicial, se evidencia la incorporación de nuevos memoriales de los que esta defensa no tiene conocimiento; luego, la buena fe que presume esta defensa, hace considerar que dichos documentos corresponden al que aquí se valoró.

Aunado a lo expuesto por esta defensa en las múltiples gestiones que desplego en el marco del proceso judicial de la referencia como la demanda, contestación de la demanda de reconvencción, traslado de excepciones, alegaciones y recogiendo por completo la argumentación y las consideraciones que expone el servido judicial que profirió la sentencia de primera instancia, me permito relacionar las siguientes precisiones:

1. De entrada difiero de lo expuesto a lo largo de la sustentación del recurso que aquí nos convoca, pues esta defensa considera que el fallo proferido en primera instancia se ajusta a los preceptos normativos y jurisprudencias debido a que el servidor judicial ha efectuado un excelente trabajo de recuento probatorio que avala potencialmente el sustento de lo que en su providencia expuso.

2. El proyecto se encontró activo y vigente únicamente por un término de 10 días de los 150 en los cuales debió ejecutarse. En consecuencia, la equivalencia del plazo contractual de 10 días y los costos indirectos

Código: F-DO-01

Versión: 04

Vigencia: 2022-10-14

Calle 26 # 13-19, Bogotá D.C., Colombia. Tel: +57 (601) 915 6282

Línea de Transparencia: +57 01 8000 914 502

www.enterritorio.gov.co



@ENTerritorioCo



@ENTerritorioCo



@ENTerritorioCo



Certificado Número CMD-SG-00012

que se hayan podido generar entregan un valor que según los cálculos entregados e instados por la interventoría y hechos por la entidad, asciende a los 13'070.465 pesos, discriminados en administración, imprevistos, utilidades y el IVA sobre la utilidad.

Hay que dejar claro que como obra en la documental, esta cifra pudo ser mayor siempre que el contratista hubiese soportado los gastos que alegaba en su momento, cosa que no hizo dentro de los 10 días de ejecución, ni en respuesta a los múltiples requerimientos efectuados por la supervisión del contrato, ni en el ejercicio de la demanda que hoy nos convoca en este escenario judicial.

3. Las circunstancias de terminación del contrato obedecen a la situación fáctica que presento el proyecto en su ejecución. Situación que en suma se valoró mediante diferentes pruebas aportadas y en el marco de la práctica de testimonios que fueron decretados.

4. Pone en la mesa el recurrente casi que una nueva pretensión cuando indica que:

*"El suscrito apoderado considera que se configura esta culpa grave por las actuaciones, o más bien por las omisiones en los deberes y obligaciones correspondientes a FONADE (Hoy en día ENTerritorio), puesto que esta entidad en su calidad de único "CONTRATANTE" incumple el contrato de obra N° 2140985 suscrito, por la falta de planeación Técnica que impidió la ejecución del contrato y que por ende conlleva a que se ordene la indemnización de perjuicios de mi representada. Indemnización que se pactó por las partes dentro del contrato suscrito, en las cláusulas 9 y 10 bajo clausula penal pecuniaria y cláusula penal de apremio; la primera dada a título de sanción, mas no de perjuicios, y para el caso de incumplimiento; La segunda dada por retrasos en la ejecución, circunstancias que se encuentran debidamente acreditadas en el proceso que nos ocupa y que son inequívoca y claramente atribuibles a FONADE (Hoy en día ENTerritorio), por su negligente planeación técnica y por su actuar en relación con la culpa lata señalada por el Código Civil."*

Olvidando que basta con mirar las clausula novena, décima y décima primera del contrato objeto del litigio, para entender que dicha reclamación no tiene fundamento jurídico dado que el contrato puntualmente indica que estas son reclamables solamente en el eventual caso de incumplimiento parcial o definitivo en la ejecución oportuna del contrato o las obligaciones a cargo de EL CONTRATISTA (para el caso de la cláusula penal) así mismo la cláusula de apremio apunta que se reclamara en caso de mora o retrasos por parte del contratista en la ejecución de la programación del contrato o de sus obligaciones relacionadas con ocasión de la ejecución del mismo. **De esto se colige que no hay lugar a que las mismas se reclamen a favor del contratista y en detrimento del contratante que para el caso es ENTerritorio.** Aunado a lo anterior es menester precisar que dichas reclamaciones no quedaron en controversia dentro de la fijación del litigio y ni siquiera son parte del cuerpo de pretensiones que elevo la contraparte en su demanda de reconvenición.

5. No es ENTerritorio quien deba reconocer algún dinero excedente al ya fijado dentro de la liquidación en sede judicial que se efectuó. Lo anterior debido a que ENTerritorio no incumplió el contrato, acredito desplegar todas las acciones que le fueron posible para poder ejecutar el mismo y además, solicito en múltiples ocasiones al contratista justificar el presunto detrimento al patrimonio que alegaba sin que hasta la fecha haya demostrado la existencia de dichos gastos y su relación con el objeto contractual, así como una mínima autorización para incurrir en ellos por parte de ENTerritorio, si existieran.

6. ENTerritorio no ha negado la experticia respecto de sus funciones misionales en ningún momento, no obstante, es claro que de acuerdo con las obligaciones adquiridas en este contrato no puede satisfacer o endilgarse a sí mismo, las que insinúa la parte contraria. Lo anterior debido a que no soporta estas, ningún documento que guarde relación con el contrato. En conclusión, solo las basa dichas afirmaciones

argumentando que el título de las actividades desarrolladas por ENTerritorio conciernen a la gerencia integral, situación que no tiene lugar en un debate sensato respecto de las obligaciones que se adquirieron en el marco del negocio jurídico sustento de este litigio.

7. La contraparte insiste en indicar y postular cuales fueron las obligaciones de ENTerritorio desconociendo el marco contractual del negocio suscrito entre las partes. Únicamente bajo un interés mediado por buscar la prosperidad de sus aspiraciones jurídicas y dejando de lado el contrato mismo y los documentos que hacen parte integral de él para servir su argumento bajo la especulación de lo que es o no es una entidad que a lo largo proceso dejo las respectivas claridades de su eje funcional en el marco del proyecto.

8. La contraparte refuta sobre la validez de la estructuración del proyecto a cargo de terceros y obvia con esto, lo demostrado en la práctica probatoria del proceso; que por cierto, tuvo completa relación, no tuvo incoherencias ni contradicciones e igualmente, no fue objeto de algún tipo de tacha y tan siquiera cuestionamiento. Se pregunta esta defensa ¿cuál es el documento o de donde nace que ENTerritorio, antes FONADE, debía validar estructura y diseñar el proyecto? En consecuencia lo que encuentra, es que a diestra impone deberes a mi prohijado sin sustento factico o jurídico siquiera, si no, como antes ya se ha dicho, por una lectura mediada por el interés de exponer nuevos argumentos en el recurso de alzada que hoy se discute.

9. Habla de culpa grave sin que haga referencia a la carga probatoria de la misma, pues no basta señalar dicha conjetura, si no argumentar en que situaciones con especificidad se configuro dicha culpa. La contraparte basa la culpabilidad en el presunto incumplimiento que sigue alegando como si no hubiera sido suficiente la demostración de cumplimiento de obligaciones adquiridas, de toda la diligencia desplegada por ENTerritorio en busca de cumplir con el proyecto y de cuando se conminó a que allegara soportes para justificar los presuntos gastos y perjuicios que nunca fueron demostrados.

De la Honorable Magistrada con todo el respeto,



**JUAN DAVID OLIVEROS RODRIGUEZ**  
Abogado - Grupo de Defensa Jurídica.  
Oficina Asesora Jurídica - ENTerritorio.

**RV: Remisión al apoderado de la Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 1ª Instancia Proferida por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva el 29 de junio de 2021.**

Lizeth Andrea Cuellar Oliveros <lcuellao@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 22/03/2023 16:57

Para: **ESCRIBIENTES** <esctsnei@cendoj.ramajudicial.gov.co>



**Lizeth Andrea Cuellar Oliveros.**

Escribiente.

Secretaría Sala Civil Familia Laboral.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva-Huila.

Carrera 4 No. 6-99 Of. 1111.

[lcuellao@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:lcuellao@cendoj.ramajudicial.gov.co)

---

**De:** Secretaria Sala Civil Familia - Seccional Neiva <secsnei@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Enviado:** miércoles, 22 de marzo de 2023 16:54

**Para:** Lizeth Andrea Cuellar Oliveros <lcuellao@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Asunto:** RV: Remisión al apoderado de la Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 1ª Instancia Proferida por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva el 29 de junio de 2021.

---

**De:** M H <cab\_4218@hotmail.com>

**Enviado:** miércoles, 22 de marzo de 2023 4:43 p. m.

**Para:** Despacho 01 Sala Civil - Familia - Laboral Tribunal Superior - Huila - Neiva

<des01scfltsnva@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaria Sala Civil Familia - Seccional Neiva

<secsnei@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Juan David Oliveros Rodriguez <jolivero@enterritorio.gov.co>

**Cc:** andres felipe alfonso figueroa <andresalfonsof@hotmail.com>

**Asunto:** Remisión al apoderado de la Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 1ª Instancia Proferida por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva el 29 de junio de 2021.

**Neiva, 22 de marzo de 2023**

Honorable Magistrada

**ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA.**

**Sala Primera de Decisión Civil Familia Laboral**

**DR. JUAN DAVID OLIVEROS RODRIGUEZ**

**APODERADO DE FONADE Hoy ENTERRITORIO**

**Proceso:** Proceso Ordinario contractual

**Demandante:** Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE (Hoy ENTERRITORIO) (*Demandado en reconvención*)  
**Demandados:** R&U CONSTRUCTORES S.A.S., Corporación Andina de Ingeniería y Consultoría S.A.S. – CORPOANDINA SAS y Consorcio Unión 444 (*Demandantes en reconvención*)  
**Radicado:** 41001310300320190020500

**Asunto:** **Remisión de la Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 1ª Instancia Proferida por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva el 29 de junio de 2021.**

Cordial saludo Honorable Magistrada y DR. Juan David Oliveros Rodriguez,

**Carlos Arturo Barrero Vargas**, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1.030.619.922 expedida en Bogotá D.C., y portador de la T.P. No. 331.073 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado especial de **R&U CONSTRUCTORES S.A.S, Corporación Andina de Ingeniería y Consultoría S.A.S. – CORPOANDINA S.A.S.-, y el Consorcio Unión 444**, según poderes debidamente otorgados, acreditados dentro del expediente, me permito respetuosamente, por medio del presente remitir al DR. Juan David Oliveros el escrito de sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva el día 29 de junio de 2021, el cual se remitió directamente al despacho de la secretaria de la honorable magistrada e involuntariamente no se asoció el correo del DR. Oliveros.

Por lo anterior, mediante la presente y para su respectivo conocimiento, me permito adjuntar a este correo la sustentación escrita del recurso de apelación interpuesto por el suscrito.

Cordialmente,

**CARLOS ARTURO BARRERO VARGAS**  
C.C. N° 1.030.619.922 de Bogotá D.C.  
T.P. N° 331.073 del C. S de la J.

Neiva, 09 de marzo de 2023

Honorable Magistrada  
ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA.  
Sala Primera de Decisión Civil Familia Laboral  
E. S. D.

**Proceso:** Proceso Ordinario contractual  
**Demandante:** Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE (Hoy ENTERRITORIO) (*Demandado en reconvencción*)  
**Demandados:** R&U CONSTRUCTORES S.A.S., Corporación Andina de Ingeniería y Consultoría S.A.S. – CORPOANDINA SAS y Consorcio Unión 444 (*Demandantes en reconvencción*)  
**Radicado:** 41001310300320190020500  
**Asunto:** **Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 1ª Instancia Proferida por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva el 29 de junio de 2021.**

Cordial saludo Honorable Magistrada,

**Carlos Arturo Barrero Vargas**, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1.030.619.922 expedida en Bogotá D.C., y portador de la T.P. No. 331.073 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado especial de **R&U CONSTRUCTORES S.A.S, Corporación Andina de Ingeniería y Consultoría S.A.S. – CORPOANDINA S.A.S.-, y el Consorcio Unión 444**, según poderes debidamente otorgados, acreditados dentro del expediente, me permito respetuosamente, por medio del presente escrito sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva el día 29 de junio de 2021, dentro del término otorgado en auto del 01 de marzo de 2023, notificado por estado el 02 de marzo de 2023, bajo los siguientes términos:

#### **I. Sustentación del recurso - motivos de inconformidad con el fallo apelado**

Sea lo primero manifestar que el Juzgado Tercero (3) Civil del Circuito de Neiva incurrió en errores tanto jurídicos como probatorios, que lo indujeron a proferir una Sentencia que no se ajusta a las disposiciones legales y a los criterios jurisprudenciales vigentes, al declarar probada la excepción de mérito denominada “cumplimiento del contrato por parte de **FONADE (Hoy en día ENTERRITORIO)**” y consecuentemente ordenar la liquidación del contrato de obra N° 2140985 suscrito entre las partes por un valor de TRECE MILLONES SETENTA MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$13,070.475), desconociendo de esta manera el incumplimiento del contrato por parte de la Entidad contratante y alejándose de la realidad fáctica, por realizar una valoración errónea de los hechos, circunstancias y pruebas que se presentaron y han sido debatidas en el expediente.

Es por esto, que debemos centrar la sustentación del recurso en los siguientes aspectos que no fueron tenidos en cuenta o que fueron interpretados erróneamente por el Juez de primera instancia:

##### **a. Inexistencia de mutuo disenso tácito - Existencia de incumplimiento del contrato por parte de la Entidad Contratante.**

El Juez de Primera Instancia, manifestó dentro de la Sentencia proferida, que una vez realizado el análisis de los hechos y pruebas practicadas *“Es claro que se está ante una de las causales de terminación anormal del contrato como lo es el mutuo disenso, figura que acoge el consejo de estado en materia de contratación administrativa, pues de acuerdo*

con los hechos de la demanda, no es su voluntad continuar con la ejecución del contrato<sup>1</sup>, esto sin tener en cuenta lo establecido por el artículo 1602 del Código Civil el cual establece que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”<sup>2</sup> así, como lo establecido en el artículo 1546 de este mismo Código, el cual señala que “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”<sup>3</sup> **(Subrayado fuera del texto original)** y 1609 del Código Civil el cual expresa: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.” **(Subrayado fuera del texto original)**

Para el caso concreto, es importante señalar que las empresas **R&U CONSTRUCTORES S.A.S.**, y la **CORPORACIÓN ANDINA DE INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S. – CORPOANDINA SAS** como integrantes del **CONSORCIO UNIÓN 444**, desde el momento de firma del contrato, durante el trámite de ejecución del mismo, así como en las suspensiones posteriores y en todas las etapas que sobrevinieron (y hasta la presentación de la demanda) tuvieron la disposición y realizaron todas las actividades que fueron necesarias para el cumplimiento del contrato, esto está plenamente demostrado con las distintas actas de suspensiones, en los distintos documentos presentados ante la supervisión e interventoría del contrato (los cuales también reposan en el expediente), así como se desprende de los testimonios practicados<sup>4</sup>. Esto significa, que durante toda la relación contractual y durante toda la relación fáctica que dio origen a la presentación de la demanda (Incluso hasta el momento de presentación de esta), los demandados y demandantes en reconvencción como integrantes del **CONSORCIO UNIÓN 444**, **se allanaron a cumplir con sus obligaciones contractuales**, incurriendo incluso en gastos adicionales en aras de buscar alternativas que pudieran permitir el cumplimiento del contrato.

En este punto es importante tener en cuenta lo manifestado por la Corte al respecto:

*“En el ámbito de los contratos bilaterales y en cuanto toca con la facultad legal que, según los términos del artículo 1546 del Código Civil, en ellos va implícita de obtener la resolución por incumplimiento, hoy en día se tiene por verdad sabida que es requisito indispensable para su buen suceso en un caso determinado, la fidelidad a sus compromisos observada por quien ejercita esa facultad habida cuenta que, como lo ha señalado la Corte, el contenido literal de aquél precepto basta para poner de manifiesto que el contratante incumplido utilizando el sistema de la condición resolutoria tácita, no puede pretender liberarse de las obligaciones que contrajo.*

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

---

<sup>1</sup> Audiencia del 29 de junio de 2021, en la cual el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva profirió fallo de Primera Instancia dentro del presente asunto. Minuto 51:03 de la grabación.

<sup>2</sup> Código Civil. Artículo 1602.

<sup>3</sup> IBIDEM. Artículo 1546.

<sup>4</sup> Se puede evidenciar del testimonio practicado al ingeniero Henry Alberto castro ingeniero, quien era el representante legal de la firma interventora, quien dentro de su testimonio manifestó que “El contratista uso su personal para la evaluación hidráulica”. Así mismo, esto puede ser evidenciado en el testimonio practicado al economista Juan Carlos Giraldo Londoño, quien actuó como funcionario y gerente del programa de aguas suscrito entre el ministerio de Vivienda y FONADE, quien indicó que luego de realizado el proceso de selección, resultó favorecido el Consorcio Unión 444, y en la ejecución se evidenció que el proyecto presentado no correspondía con la realidad del lugar, porque no había agua en el sitio de la obra, motivo por el cual el proyecto se ejecutó solo por 10 días mientras se buscaban alternativas para su continuidad. Así mismo, manifestó que la gerencia a su cargo puso en conocimiento al Ministerio de Vivienda y se hicieron unos compromisos con el Ente Territorial que no se cumplieron, razón por la cual la recomendación del interventor y la supervisión fue que el proyecto debía ser liquidado y **se debían reconocer los gastos en que había incurrido el contratista durante los días de ejecución del contrato**; sumado al reconocimiento realizado en los demás testimonios practicados.

puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor...<sup>5</sup> **(Negrita y subrayado fuera del texto original)**

Por otra parte, es importante tener en cuenta, que, si el Despacho considerará de alguna manera que los demandados y demandantes en reconvenión no cumplieron ni se allanaron a cumplir con sus obligaciones contractuales (contrario a los hechos y pruebas practicadas y que reposan en el expediente), en Jurisprudencia de antaño se ha indicado que en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino sucesiva (como en el presente caso), por lo que se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, que quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque ésta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada. Así lo tiene señalado la Corte desde hace tiempo, de la siguiente forma:

*“(..)  
indispensable determinar con claridad y precisión la estructura y el mecanismo de ese medio de defensa: ¿es suficiente que quien pide la resolución del contrato no haya cumplido ni allanándose a cumplir sus propias obligaciones en la forma pactada, o se requiere que éstas o las del otro contratante guarden entre sí determinada relación, sin la cual la excepción no es procedente?*

*El punto es de suma trascendencia, porque si ambos contratantes incumplen y en tal evento ninguno puede lograr ni la resolución ni el cumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicios, el contrato quedaría definitivamente estancado, perdiendo su exigibilidad las recíprocas obligaciones que ha generado.*

*Semejante solución, inaceptable desde todo punto de vista, hace caso omiso de la tradicional estructura que tiene la responsabilidad de cada uno de los contratantes, independientemente considerados, a más de que establece desafortunadamente una especie de modo, no de extinción, pero sí de suspensión indefinida e insalvable de los efectos que naturalmente tienen las mutuas obligaciones.*

*(...)*

*El deudor demandando no está en mora si, por una parte, no ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor - salvo que la obligación sea a término o de ejecución exclusivamente dentro de cierto tiempo hábil-, o si, por otra parte, él ha dejado de cumplir con apoyo en que el acreedor demandante tampoco cumplió ni se allanó a hacerlo en la forma y tiempo debidos.*

*El aspecto unilateral de la mora, en lo que atañe a la resolución del contrato, no ofrece dificultades. Las ofrece el bilateral que plantea el artículo 1609, cuya correcta inteligencia es preciso fijar. Según esta disposición, “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.*

*Varias hipótesis pueden presentarse:*

*PRIMERA.- El demandante cumplió sus obligaciones. Es claro que no cabe aquí la excepción de contrato no cumplido.*

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

*TERCERA.- El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, y el demandado, que debía cumplir después de aquel según el contrato, tampoco ha cumplido ni se allana a hacerlo, PORQUE el demandante no lo hizo previamente como debía. En esta hipótesis sí puede el demandado proponer con éxito la excepción de contrato no cumplido.*

*CUARTO.- Demandante y demandado tenían que cumplir simultáneamente, es decir que sus mutuas obligaciones eran exigibles en un mismo momento, “dando y dando”.*

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Magistrado Ponente Silvio Fernando Trejos Bueno, Sentencia de Casación del 07 de marzo de 2000. Rad. N° 5319

(...)

*El texto del artículo 1609 no puede pues apreciarse en el sentido de que el contratante que no cumple fracasa siempre en su pretensión de que se resuelva el contrato. Si así se lo entendiera, sin distinguir las varias hipótesis que puedan presentarse, entonces sería forzoso concluir que la resolución del contrato bilateral, prevista en el artículo 1546, no tiene cabida en sinnúmero de eventos en que sí la tiene: todos aquellos en que el demandado tenía que cumplir sus obligaciones antes que el demandante, o que teniéndolas que cumplir al mismo tiempo que las de éste, sólo el demandante ofreció el pago en la forma y tiempo debidos, o ninguno lo ofreció simplemente porque ni uno ni el otro concurrieron a pagarse. El ejercicio de la acción resolutoria no se limita al caso de que el demandante haya cumplido ya e intente, en virtud de la resolución, repetir lo pagado; se extiende también a las hipótesis en que el actor no haya cumplido ni se allanó a cumplir porque a él ya se le incumplió y por este motivo legítimamente no quiere continuar con el contrato.*

**No es siempre necesario que el contratante que demanda la resolución con indemnización de perjuicios haya cumplido o se allane a hacerlo. Puede negarse, en los casos ya explicados, a cumplir si todavía no lo ha hecho y no está dispuesto a hacerlo porque el demandado no le cumplió previa o simultáneamente. Por el contrario, el que pide el cumplimiento con indemnización de perjuicios si tiene necesariamente que allanarse a cumplir él mismo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en aquel primer caso, en que el contrato va a DESAPARECER por virtud de la resolución impetrada, y con él las obligaciones que generó, en el segundo va a SOBREVIVIR con la plenitud de sus efectos, entre ellos la exigibilidad de las obligaciones del demandante, las que continuarán vivas y tendrán que ser cumplidas a cabalidad por éste.<sup>6</sup> (Negrita y subrayado fuera del texto original)**

Por lo anterior, resulta imperativo determinar y analizar los hechos y circunstancias del proceso, así como realizar el estudio y valoración de las pruebas practicadas, en aras de identificar que contrario a lo fallado por el Juez de Primera Instancia, se presentó un incumplimiento del contrato de obra 2140985 del 18 de julio de 2014 y no un mutuo disenso que ha sido definido Jurisprudencialmente, y No puede asimilar el incumplimiento de una de las partes del contrato, con el mutuo disenso tácito.

El mutuo disenso tácito es una figura creada Jurisprudencialmente, para aquellas situaciones en que se presentan incumplimientos de las obligaciones contractuales por las dos partes vinculadas en el contrato (Incumplimiento recíproco), la Corte Suprema de Justicia la ha definido así:

*“La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. La primera forma no requiere de la intervención judicial, como quiera que la disolución se produce por el acuerdo expreso, en cambio la segunda si requiere de decisión judicial. **Esta última manera de disolverse el contrato se da ante la recíproca y simultánea inexecución o incumplimiento de las partes en sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, solo puede considerarse y, por ende, traducirse, como una manifestación clara de anotar el vínculo contractual. Por todo lo dicho, el mutuo disenso mantiene toda su vigencia como mecanismo para disolver un contrato que se ha incumplido por ambas partes y ante la inocultable posición de no permanecer atado al negocio; la intervención, pues, del juez se impone para declarar lo que las partes en una u otra forma han reflejado: desatar el vínculo para volver las cosas al estado que existía al momento de su celebración<sup>7</sup> (Negrita y subrayado fuera del texto original)***

El artículo 1602 del Código Civil ya citado, establece que todo contrato legalmente suscrito es una ley para los contratantes, por lo cual, su invalidación no puede surgir sino por su consentimiento recíproco (Dentro del cual se encuentra el mutuo disenso) o por las causas establecidas en la ley, como lo es la Resolución del Contrato, esta última, es una figura de origen, características y alcance distinto al del mutuo disenso, en tal sentido la Jurisprudencia las ha diferenciado de manera clara al indicar que:

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación del 29 de noviembre de 1978; en igual sentido Sala de Casación del 04 de septiembre de 2000. Rad. 5420; Sala de Casación Civil 4420 de 2014. Rad. N° 2006-00138; Sala de Casación 6906 de 2014. Rad. N° 2001-00307-01, entre otras.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación del 15 de julio de 1985.

“No se debe confundir la disolución del contrato por resolución, con la disolución del contrato por mutuo disenso. Se reitera que **la primera** se produce por el cumplimiento de una condición resolutoria, o sea, por una causa legal (C.C. art. 1546) y **la segunda**, por el mutuo consenso de las partes (C.C. art. 1602). De suerte que siendo diferentes la resolución del contrato y la resciliación o mutuo disenso, es impropio hablar de la resolución del negocio jurídico por mutuo disenso, pues en el primer evento el aniquilamiento de la convención se produce como efecto del cumplimiento de la condición resolutoria por la inejecución por parte de uno de los contratantes de las obligaciones de su cargo y, en el segundo, se produce por el acuerdo mutuo para dejarlo sin efecto. (...)”<sup>8</sup> **(Negrita y subrayado fuera del texto original)**

Distinción que ha sido remarcada posteriormente, porque:

“**A través del primero** (incumplimiento resolutorio) se pide de manera unilateral por el contratante libre de culpa que el negocio se resuelva con restituciones e indemnización por daños a su favor, mientras **que en el segundo** lo solicitado ha de ser que, sobre la base insustituible de rendir prueba de aquella convención extintiva en cualquiera de las dos modalidades en que pueda ofrecer [mutuo disenso expreso y tácito], el acto jurídico primigenio se tenga por desistido sin que haya lugar, desde luego, a resarcimiento de ninguna clase...”<sup>9</sup> **(Negrita y subrayado fuera del texto original)**

Según estas distinciones que han sido señaladas de vieja data por la Corte Suprema de Justicia, y una vez analizadas las circunstancias fácticas del presente asunto, se observa de manera clara e ineludible que el Juez de Primera Instancia cometió un grave error al analizar dichas circunstancias, puesto que, de los mismos, se observa de manera clara e ineludible que las empresas **R&U CONSTRUCTORES S.A.S.**, y la **CORPORACIÓN ANDINA DE INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S. – CORPOANDINA SAS** como integrantes del **CONSORCIO UNIÓN 444**, siempre tuvieron la intención de ejecutar el contrato y de dar cumplimiento al mismo, esto además, fue verificado y comprobado en los testimonios practicados en el expediente, como lo son los testimonios del ingeniero **Henry Alberto Castro Reina**, como representante legal de la firma interventora quien dentro del testimonio rendido en la audiencia del 30 de abril de 2021, manifestó que el contratista realizó visita junto con la firma interventora y el supervisor del contrato en la cual se evidenció que no existía una planta de tratamiento o un tanque en el punto cero, para la conducción de agua (Hecho este que evidencia el cumplimiento del contrato por el contratista o el allanamiento a cumplir sus obligaciones contractuales), así mismo indico que se realizaron por las partes en mención más o menos 3 o 4 visitas adicionales al punto de obra con el contratista y supervisor, para verificar lo que sucedía con el mismo, hecho este que demuestra el allanamiento a cumplir las obligaciones contractuales por parte del contratista. Visitas en las cuales no hubo acompañamiento de **FONADE (Hoy en día ENTERRITORIO)**, o que por lo menos este testigo no manifiesta compañía de esta entidad. Así mismo, el testimonio rendido por el ingeniero **Castro Reina** evidencia que se realizaron alrededor de 15 visitas al lugar donde se debía ejecutar el contrato; así mismo el testigo **Juan Carlos Giraldo Londoño**, quien actuó como funcionario y gerente del programa de aguas suscrito entre el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio y FONADE, indicó que luego de realizado el proceso de selección, resultó favorecido el **CONSORCIO UNIÓN 444**, manifestando además que la gerencia a su cargo puso en conocimiento al Ministerio de Vivienda DE LA IMPOSIBILIDAD DE ejecución del contrato por diferencias presentadas en el proyecto estructurado y lo presentado en el terreno (porque no había agua en el sitio de la obra) y se hicieron unos compromisos con el Ente Territorial **que no se cumplieron**, razón por la cual la recomendación del interventor y la supervisión fue que el proyecto debía ser liquidado y se debían reconocer los gastos en que había incurrido el contratista durante los días de ejecución del contrato.

Es importante señalar además, que el Juzgado Tercero (3) Civil del Circuito de Neiva, omitió aplicar las cláusulas pactadas y establecidas por las partes en el contrato de obra N° 2140985 del 18 de julio de 2014, referentes a la terminación anticipada<sup>10</sup>, las sanciones pactadas por las partes dentro del contrato en caso de incumplimiento,

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación del 05 de noviembre de 1979.

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación del 01 de diciembre de 1993. Rad. 4022; reiterada en Sala de Casación del 12 de febrero de 2007. Rad. 2000-00492-01.

<sup>10</sup> Clausula décimo sexta del contrato de obra 2140985.

referentes al pago de clausula penal pecuniaria<sup>11</sup> y de apremio<sup>12</sup> por la parte que incumpliere. Así mismo, el Despacho erró al analizar la liquidación del contrato solicitada, pues a la luz del artículo 1602 del C.C., el contrato es ley para las partes, y, por ende, sus efectos y consecuencias son inter partes.

Por todo lo anterior, se observa que **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, incumplió el contrato de obra 2140985 suscrito el 18 de julio de 2014, suscrito con las empresas **R&U CONSTRUCTORES S.A.S.**, y la **CORPORACIÓN ANDINA DE INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S. – CORPOANDINA SAS** como integrantes del **CONSORCIO UNIÓN 444**, por lo que es responsable de los perjuicios que se ocasionaron por el incumplimiento, consistentes en los gastos en que tuvo que incurrir el contratista durante el término de vigencia del contrato, así como durante las consecuentes suspensiones, en aras de poder hallar alternativas que facilitaran y pudieran permitir la correcta ejecución y terminación del contrato, hechos que como ya se indicó demuestran el cumplimiento de las obligaciones o por lo menos el allanamiento a cumplir las obligaciones contractuales por parte del contratista. Por lo que se tiene que reconocer mediante Sentencia, son los gastos reales en que incurrió el contratista durante la ejecución del contrato y los gastos posteriores para encontrar alternativas para su ejecución a modo de perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contratante.

Sumados a los anteriores argumentos, se debe tener en cuenta la negligencia y culpa en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, específicamente la culpa leve, como factor relevante a tener en cuenta en el incumplimiento de **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, pero este se desarrollará en el literal c. del presente recurso.

#### **b. Perjuicios solicitados**

Es importante señalar que el contratista contrató profesionales y equipo técnico capacitado que ubico y traslado hasta el lugar de la obra, para llevar a cabo la evaluación hidráulica, independientemente de que no estuviera explícito dentro del contrato de manera taxativa, por el simple hecho de que dichos profesionales fueron contratados para la ejecución del contrato y para las posibles alternativas que pudieran llegar a la efectiva ejecución del mismo, por lo que estos corresponden a gastos contractuales, lo cual es diferente y dista a la liquidación realizada por el Juez a quo, el cual realiza un ejercicio matemático y calculo erróneo, porque asimila que la ejecución del contrato, se debe realizar tomando el valor total del contrato, dividiéndolo en los días ejecutados, lo cual a todas luces es incorrecto, puesto que el contrato se va ejecutando dentro del tiempo de vigencia del mismo, sin poderse determinar que todos los días de avance y ejecución de este tengan un igual valor, porque por la naturaleza y objeto del contrato<sup>13</sup> en cada día se desarrollan actividades diferentes, así como se obtienen diferentes avances.<sup>14</sup> Por lo que la liquidación del Juzgado además de ser errónea en los valores, desconoce los perjuicios causados al contratista, con ocasión al incumplimiento del contrato por **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**.

Es importante indicar que no se tuvo en cuenta por el Juez de Primera instancia, la pérdida del poder adquisitivo del dinero al no realizar la correspondiente indexación de los valores, decisión que a todas luces carece de fundamentos suficientes, puesto que los hechos que dieron fundamento al proceso y los valores solicitados, correspondían a valores de hace más de 5 años.

A su vez, las normas en cita prescriben que la indemnización de perjuicios se adeuda: a) desde que el deudor se ha constituido en mora, o, b) si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

Por lo anteriormente expuesto, la liquidación pretendida por **FONADE (Hoy en día Enterritorio)** por valor de TRECE MILLONES SETENTA MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$13,070.475) M/CTE., se aleja notoriamente de la realidad fáctica y contractual del caso que nos ocupa en todas sus etapas. En efecto, dicha suma

---

<sup>11</sup> Clausula novena del contrato de obra 2140985.

<sup>12</sup> Clausula décima del contrato de obra 2140985.

<sup>13</sup> Contrato para la construcción, postconstrucción, estructuración y fortalecimiento institucional para el mejoramiento del acueducto regional veredal de la Unión del municipio de Tello.

<sup>14</sup> No se puede afirmar que el contrato se ejecuta en un porcentaje (%) diario que se desprenden del dividir el termino inicial en los días ejecutados, porque las actividades desarrolladas son diferentes y las cantidades diarias no son iguales para cada día.

tasada por el contratante FONADE es irrisoria y se aleja de la realidad contractual por cuanto no tiene en cuenta el incumplimiento de su parte que llevo a la imposibilidad de llevar a cabo la ejecución del contrato.

Sumado a lo antes expuesto, es importante recalcar que **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, contaba con un manual de contratación, y que para la presentación de la oferta, todos los proponentes como lo fueron las empresas **R&U CONSTRUCTORES S.A.S.**, y la **CORPORACIÓN ANDINA DE INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S. – CORPOANDINA SAS** como integrantes del **CONSORCIO UNIÓN 444**, debieron incurrir en gastos para la elaboración de las propuestas, que incluyen equipo técnico capacitado, administrativo así como incurrir en gastos de papelería, transporte y otros, que tampoco fueron tenidos en cuenta por el Juez de Primera Instancia en su fallo.

### c. Culpa grave

El fallo de primera instancia además de reconocer la realidad fáctica e ir en contravía de lo probado en el proceso, desconoce completamente el fallo de asignación de competencia proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, en donde no solo ordena la remisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a la Jurisdicción Civil, sino que también hace alusión a la experticia con la que cuenta **FONADE (Hoy en día Enterritorio)** en la preparación, evaluación, financiación, estructuración y ejecución de proyectos, esto a la luz de la normatividad vigente y de la misma práctica. Igualmente es importante señalar a este alto Tribunal, que el **convenio interadministrativo 213004 suscrito el 31 de enero de 2013** entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE, contemplaba como objeto principal, el compromiso de FONADE (Hoy en día Enterritorio) para la ejecución de la gerencia integral del programa de abastecimiento de agua y manejo de aguas residuales en zonas rurales, gerencia que implica unas obligaciones antes, durante y después de la ejecución de cada proyecto. Dentro de las obligaciones indicadas se encuentra y es un elemento esencial del contrato la preparación y estructuración de los mismos, esto con miras a poder realizar la contratación de las respectivas labores.

Esto significa, que el compromiso y las obligaciones de **FONADE (Hoy en día Enterritorio)** para la ejecución de la gerencia integral del programa de abastecimiento de agua y manejo de aguas residuales en zonas rurales, la comprometía también en la fase anterior a la ejecución del proyecto (y no solo en la fase de ejecución del contrato de obra 2140985 suscrito el 18 de julio de 2014, como erróneamente lo dedujo el fallador de primera instancia), debiendo actuar con cierta diligencia, que para el caso concreto, consistiría en la de no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.

En este punto es importante traer a referencia lo dispuesto por el artículo 63 del Código Civil, el cual expresa:

*“Artículo 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

***Culpa grave, negligencia grave, culpa lata,** es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*

*Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.*

*El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.*

*Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.*

*El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”*

De los hechos demostrados y probados en el proceso, se logra deducir ineludiblemente que si bien **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, no causó la circunstancia que ocasionó la imposibilidad de ejecución del proyecto, si fue negligente con el compromiso para la ejecución de la gerencia integral del programa de abastecimiento de agua y manejo de aguas residuales en zonas rurales que había adquirido en el convenio administrativo, que como ya se dijo

implicaba obligaciones anteriores para la ejecución del proyecto, como la de revisar su prefactibilidad y factibilidad, para determinar la viabilidad del mismo.

Fue precisamente por el incumplimiento a su deber de diligencia, que, una vez iniciado el contrato y estando en ejecución, este debió ser evaluado por el equipo técnico de FONADE, para que se estableciera la pertinencia o no de una reestructuración y se llevara a comité técnico de expertos para la pertinencia o no de adelantar esta reestructuración (Como consecuencia de la omisión de su deber de revisión previo).

Dadas las circunstancias fácticas, se hace evidente la negligencia y la culpa con la que actuó **FONADE (Hoy en día Enterritorio)** antes y durante la contratación y ejecución del contrato de obra civil 2140985, puesto que se evidencia el mal manejo que tuvo la Entidad y el poco cuidado con el que actuó. El suscrito apoderado considera que se configura esta culpa grave por las actuaciones, o más bien por las omisiones en los deberes y obligaciones correspondientes a **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, puesto que esta entidad en su calidad de único "CONTRATANTE" incumple el contrato de obra, por la falta de planeación Técnica que impidió su ejecución y que por ende conlleva a que se ordene la indemnización de perjuicios de mi representada. Indemnización que se pactó por las partes en el contrato suscrito, en las cláusulas 9 y 10 bajo clausula penal pecuniaria y cláusula penal de apremio; la primera dada a título de sanción, mas no de perjuicios, y para el caso de incumplimiento; La segunda dada por retrasos en la ejecución, circunstancias que se encuentran debidamente acreditadas en el proceso que nos ocupa y que son inequívoca y claramente atribuibles a **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, por su negligente planeación técnica y por su actuar en relación con la culpa lata señalada por el Código Civil.

Adicionalmente, es importante resaltar la procedencia de las mismas por:

1. La Resolución del conflicto de competencia ordenado por el Consejo Superior de la Judicatura remitiendo a la jurisdicción civil.
2. Los contratos civiles, sus efectos, consecuencias y demás, tienen efectos interpartes y sus estipulaciones son ley para quienes se obligan, tal y como lo reza el código civil en su artículo 1602.

Es importante hacer acotación en esto último, ya que se hace evidente a todas luces a lo largo del proceso que consentimiento mutuo en la terminación y liquidación del proceso no existe, así como que no se configuran causas legales y contractuales para la terminación distintas al incumplimiento del contrato por parte de **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, puesto que las causales de terminación anticipada establecidas en el contrato no se adecuan a lo ocurrido y que lo que pretende **FONADE** es que se liquide el contrato evadiendo sus obligaciones contractuales debidamente pactadas, liquidando por un valor irrisorio y alejado de la realidad respecto de los gastos en que incurrieron mis representados.

Sumado a esto, otro hecho que no tuvo en cuenta el Despacho y que demuestra la culpa de **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, es que esta entidad es la encargada de elaborar los estudios previos del contrato.

#### **d. Omisión del llamamiento en garantía**

En el fallo de primera instancia, el Juez a quo aduce, que de acuerdo con lo manifestado por la Entidad ontratante, así como de las pruebas practicadas en el proceso, se evidencia que **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, no tiene responsabilidad en la imposibilidad de ejecución del contrato, puesto que el municipio de Tello (Huila) fue quien formuló el proyecto y lo presentó a través de la ventanilla única al Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, y es este último quien otorga la viabilidad y/o aprobación del proyecto, siendo **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, la encargada de la gerencia integral del programa de abastecimiento de agua y manejo de aguas residuales, en virtud del convenio interadministrativo de Gerencia de Proyectos N° 213004 del 31 de enero de 2013.

Esto, es importante porque si el demandante y demandado en reconvenición **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, pretendía excluir su responsabilidad exigiendo de un tercero la posible indemnización del perjuicio que llegará a sufrir por su presunta participación, lo que debió haber realizado desde un principio es un llamamiento en garantía sobre el municipio de Tello (Huila) y el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio.

A este respecto, el artículo 64 del Código General del Proceso establece:

**“Artículo 64. Llamamiento en garantía.** *Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.”<sup>15</sup>*

Pese a esto, **FONADE (Hoy en día Enterritorio)**, no realizó este llamamiento en garantía y por ser esta Entidad, quien suscribió el contrato de obra 2140985 del 18 de julio de 2014, es el ente que está obligado y quien compromete su responsabilidad como parte del contrato y es quien está llamado a responder por vulnerar su debida diligencia por culpa grave, siendo esta razón la causa fundamental de que se haya presentado la inviabilidad del proyecto, puesto que si hubiera obrado con diligencia, diferente hubiera sido el resultado. Esto además no puede ser imputado o atribuible (como erróneamente lo determinó el Juzgado) a factores externos como el cambio de condiciones topográficas, geográficas del lugar o lugares donde se realizaría la obra, porque dentro del expediente, no obra ni siquiera prueba sumaria en la que se demuestre que el terreno y la geografía del terreno sufrió algún cambio debido a factores externos. (Siendo esta conclusión otro error de apreciación del Juzgado)

## II. Solicitud:

Por las razones expuestas, solicitamos respetuosamente:

Al Honorable Tribunal Superior de Neiva – Sala Primera de Decisión Civil Familia Laboral, en sede de segunda instancia, declare la prosperidad del presente recurso y, en consecuencia, revoque totalmente la sentencia de fecha 29 de junio de 2021, proferida por el Juez Tercero (3) Civil del Circuito de Neiva y en su lugar declare probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y acceda a las pretensiones formuladas en la demanda de reconvenición., teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en el presente recurso.

## III. Notificaciones

A efectos de notificaciones estas podrán ser remitidas a las siguientes direcciones:

**Dirección física:** Avenida Jimenez N° 4 – 49 Oficina 601 de Bogotá

**Correo electrónico:** [cab\\_4218@hotmail.com](mailto:cab_4218@hotmail.com)

Agradezco la colaboración suministrada por los Honorables Magistrados.

De la Honorable Magistrada con todo respeto,

**CARLOS ARTURO BARRERO VARGAS**

C.C. N° 1.030.619.922 de Bogotá D.C.

T.P. N° 331.073 del C. S de la J.



<sup>15</sup> Código General del Proceso. Artículo 64.