

Bogotá, D.C, julio 3 de 2020

Señores

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL**

E. S. D.

[secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**REFERENCIA: 1100131030-31-2015-01063-02**  
**PROCESO: RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL**  
**DEMANDANTE: FONDO PARA EL FINANCIAMIENTO DEL SECTOR AGROPECUARIO- FINAGRO**  
**DEMANDADOS: SEGUROS DEL ESTADO**  
**UNION TEMPORAL CENZA**  
**JA ZABALA & CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S**  
**CENTRO EDUCATIVO NACIONAL DE ASESORIAS SOCIOECONOMICAS Y LABORALES CENASEL**

**ASUNTO: SUSTENTACION DE APELACION SENTENCIA DEL 13 DE DICIEMBRE DE 2019.**

En mi calidad de apoderado del CENTRO EDUCATIVO NACIONAL DE ASESORIAS SOCIOECONOMICAS Y LABORALES - CENASEL y de J A ZABALA & CONSULTORES S.A.S y actuando dentro de la oportunidad procesal correspondiente, de acuerdo al artículo 14 del Decreto 806 de 2020, sustenté el recurso de apelación contra la sentencia de fecha Trece (13) de diciembre de 2019, dictada por el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, en los términos que siguen.

## **REPAROS CONCRETOS SOBRE LA DECISION**

### **1. DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO No.071 DE 2013**

El reparo concreto sobre la decisión de declarar el incumplimiento del contrato No.071 de 2013, es el defecto fáctico por no valoración del material probatorio allegado al proceso, ya que en el proceso existe suficiente material probatorio para constatar que si bien se pactó la entrega para el 7 de marzo de 2014 de los productos 1, 2 y 3, el contratista cumplió con la entrega el 7 de Marzo de 2014, ajustando dicha entrega el 10 de Marzo de 2014, pero algunos soportes el 25 de marzo de 2014, oficio en el cual se le da el alcance a la entrega del 7 de marzo de 2014, lo que no implica la terminación de la etapa, si no la entrega del informe, completando con el registro fotográfico y los soportes de la socialización municipal y veredal, estando dentro de los tiempos pactados incluyendo el otrosí No.1 del contrato, que en su cláusula segunda modifica el numeral 9 de la cláusula cuarta del contrato No.71 de 2013, indicando que la entrega de los productos se debían entregar dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha de finalización de cada etapa, no cumpliendo con lo citado por el A Quo, en la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, del 24 de Agosto de 2016, M.P. Jaime Santofimio Gamboa, Rad. 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783), en cuanto a " (...) En síntesis para la validez de las cláusulas de terminación unilateral del contrato por incumplimiento se requiere. 1. Que la cláusula se pacte expresamente. **2. Que la cláusula**

**recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se imposibilita la ejecución del objeto contractual.** 3. *Que la estipulación no aparezca bajo el ejercicio de una posición dominante o arbitraria"*

Pero el A Quo al fallar, no analizó dicha situación, especialmente el numeral 2, citado por el consejo de estado, ya que, al 25 de marzo del 2014, el contrato ya se había normalizado, se habían entregado los productos 1,2,3 y 4, como estaba pactado e inició el producto 5, el cual fue entregado el 5 de junio de 2014, pero ejecutado desde el 26 de marzo de 2014. (Folio 575, oficio radicado en Finagro el 21 de mayo de 2014 (folios entre 560 al 576), y oficio del 16 de enero de 2015, Radicado No.2015001109.

Es decir, este retardo que podría definirse en 13 días, contados desde el 7 de marzo de 2014 y los cinco (5) días calendario del otrosí No.1 del contrato, nos daría 25 de marzo fecha de entrega de los últimos soportes, no podría tomarse como "**2. Que la cláusula recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se imposibilita la ejecución del objeto contractual.**

No podrá determinarse que la entrega definitiva del 25 de marzo del 2014, fue incompleta, ya que ni la entidad en cabeza de su supervisor o del ordenador del gasto, ni la interventoría actuaron después del 21 de marzo de 2014, dejando solo en la ejecución al contratista, el cual la continuo al considerar que no existían motivos de suspender o para actividades, puesto que su obligación era ejecutar el contrato y el ordenador del gasto no se había pronunciado al respecto.

## **EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO**

Esta excepción debe prosperar ya que si para el Ad Quo, el retardo en 13 días en la entrega del producto 1, 2 y 3, y el concepto de la interventoría del 21 de marzo de 2014, sobre el no cumplimiento completo de los productos 1, 2 y 3, ya que el producto 4 se cumplió con la fecha estipulada, tiene el alcance de comprometer el cumplimiento del contrato a tal punto de declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal, en aras del principio de la igualdad de las partes y criterios de equidad y equilibrio negocial, el incumplimiento de Finagro en la entrega tardía del anticipo como lo dice la contestación de la demanda en la excepción de contrato no cumplido numeral 1, donde se señala que el anticipo del contrato (numeral 1 de la cláusula octava del contrato No.71 de 2013), debía cancelarse a la firma del acta de inicio, esta se realizó el 20 de Noviembre de 2013 y solo se canceló el 10 de enero de 2014, es decir 50 días calendario de retardo, la cual reconoció finagro en el numeral 4 del punto 4 "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE PAGAR DAÑO EMERGENTE POR EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO POR PARTE DE FINAGRO" de las excepciones de la contestación de la demanda de reconvención, en donde manifiesta "*la demora que se presentó se subsanó con la aceptación del pago, que por demás no afectó el desarrollo del objeto contractual*", unida al no trámite de las facturas entregadas y la inactividad total de Finagro después del 21 de marzo de 2014 hasta la terminación del contrato, deben con mayor razón generar un incumplimiento del contrato por parte de Finagro y generar una aplicación de la cláusula penal a favor de la Unión temporal CENZA, por este un contrato sinalagmático o bilateral.

## **SUSTENTACION**

### **DEFECTO FACTICO POR LA NO VALORACION DEL ACERVO PROBATORIO**

*Se puede incurrir en un defecto fáctico por no valoración del acervo probatorio, cuando a pesar de existir elementos probatorios, el juez no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión.*

La no valoración del material probatorio allegado al proceso, se presenta cuando la autoridad a pesar de que existen elementos probatorios en el proceso omite considerarlos, no los advierte o no los tiene en cuenta para fundamentar su decisión.

En el caso que no ocupa es evidente que de haberse realizado su análisis y valoración de las pruebas la solución del asunto variaría sustancialmente, decidiendo el A quo, que el contratista entregó los informes, ejecutó el contrato de acuerdo al abundante material de ejecución entregado y el retardo que se dio no tiene la entidad suficiente para generar un incumplimiento contractual que pudiera provocar en el contratante un temor de

### **CONCLUSION**

**SIENDO EL CONTRATO No.071 DEL 2013, UN CONTRATO SINALAGMÁTICO O BILATERAL, EL INCUMPLIMIENTO DE FINAGRO EN LA DEMORA EN LA ENTREGA DEL ANTICIPO DEBE EQUIPARSE EN EL RETARDO DE LA ENTREGA DE LA INFORMACIÓN, YA QUE NINGUNA DE ELLAS PROVOCARÍA REALMENTE LA PARÁLISIS DEL CONTRATO NI UNA AFECTACIÓN DE TAL ENTIDAD QUE AMERITE SU TERMINACIÓN.**

### **2. DECLARATORIA DE TERMINACION DEL CONTRATO EL 12 DE MAYO DE 2018.**

El reparo concreto sobre la decisión de declarar terminado el contrato el 12 de mayo de 2014, es el defecto fáctico por valoración defectuosa del acervo probatorio, y error al citar el oficio folio 226 (Del Supervisor fechado 10 de Abril de 2014), ya que el Representante Legal y Ordenador del Gasto delegado (Funcionario competente para terminar unilateralmente el contrato), suscribió dos oficios, **uno fue del 12 de Mayo de 2014, recibido en la Unión Temporal el 22 de Mayo de 2014, a las 2:55 pm**, con radicado No.2014006434, (Incluida en las pruebas documentales de la demanda de reconvencción numeral 82), en donde no expresa decisión alguna ya que solo hace mención de la comunicación del supervisor y **otra fechada del 24 de junio de 2014, radicado No.2014008412, pero recibida el 4 de julio de 2014, a las 10:37 am**, (Incluida en las pruebas documentales de la demanda de reconvencción numeral 86), en donde expresa su decisión de la imposibilidad de continuar con el proceso y las actividades de ejecución, lo que ya configura una determinación del ordenador del gasto funcionario competente para tomar dicha decisión, adicional a lo anterior, el juez no analiza la competencia del funcionario que se pronuncia, siendo esto de vital importancia para la validez de la actuación, ya que como servidores públicos que son de acuerdo al artículo 123 de la Constitución Política de Colombia, ley 489 de 1998, por ser Finagro descentralizada por servicios, solo pueden hacer lo que la Constitución, la ley y el reglamento les permite, y el manual de interventoría tiene muy claras las competencias, expresado esto en los alegatos de conclusión ante el A Quo, es decir el competente sería el ordenador del gasto dando como resultado que el contrato tiene como fecha de terminación el 04 de julio de 2014, de acuerdo con el oficio con radicado No.2014008412 fechado el 24 de junio de 2014 y recibido por la Unión temporal Cenza el 04 de Julio de 2014.

### **SUSTENTACION**

#### **DEFECTO FACTICO POR VALORACION DEFECTUOSA DEL MATERIAL PROBATORIO**

*El defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio se advierte cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide*

*separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva.*

Una valoración defectuosa del acervo probatorio, se genera cuando el operador decide separarse por completo de los hechos probados y resuelve a su arbitrio el asunto o cuando aprecia una prueba allegada al proceso que se encuentra viciada (M.P. Cristina Pardo Schlesinger)

Dar como fecha de terminación del contrato el 12 de mayo de 2014, basado que fue la fecha del oficio con Radicado No.2014006434, en donde por primera vez en la ejecución del contrato se pronuncia el funcionario competente para solicitar se deje de ejecutar el contrato, sin tener en cuenta que dicho oficio tiene fecha del 12 de mayo, pero efectivamente se recibió en las oficinas del contratista el 22 de mayo de 2014, a las 2:55 pm, si el Ad Quem revisa el oficio en el anverso, que es donde está el sello de recibido.

Debemos tener en cuenta que el oficio de fecha 12 de mayo de 2014, pero entregado el 22 de mayo de 2014, a las 2:55 pm, tampoco es una manifestación inequívoca del ordenador del gasto sobre la no ejecución del contrato, ya que se limitó a manifestar que lo decidido por el supervisor estaba dentro de sus competencia, lo que se demostrará más adelante que no es cierto.

Sólo hasta el oficio con radicado No.2014008412, fechado del 24 de junio de 2014, era recibido por el contratista el 4 de julio de 2014, a las 10:37 am, recibe el contratista una verdadera instrucción del funcionario con la competencia para hacerlo, que es el ordenador del gasto, de no seguir ejecutando el contrato.

**ES DECIR, PARA EL CONTRATISTA LA TERMINACION REAL DEL CONTRATO POR FINAGRO FUE EL 4 DE JULIO DE 2014**, fecha en la cual el ordenador del gasto manifestó que prohibía seguir con la ejecución del contrato.

#### ❖ **COMPETENCIA PARA TERMINAR EL CONTRATO**

La posición del A Quo al tomar la terminación del contrato con fecha del 12 de mayo de 2014, es acertada en el sentido de solo darle valor al pronunciamiento del ordenador del gasto y no al supervisor que extralimitó sus funciones, generó un traumatismo en la ejecución y dejó un sinnúmero de familiar ilusionadas con la ejecución del contrato, por su extralimitación y arrogancia pero es desacertada en la fecha por que no tiene en cuenta la fecha real de radicación de dicho documento que es el 22 de mayo de 2014, y adicional por que, le da el alcance que no tiene, ya que en dicho escrito no da la orden de no ejecución como si lo hace en el oficio del 24 de junio de 2014, recibido por el contratista el 4 de julio de 2014.

En el manual de contratación de Finagro dice: (Como se manifestó en los alegatos de conclusión)

**SUPERVISOR:** *Persona a la cual se le asigna la función de vigilar y controlar la correcta e idónea ejecución del contrato asignado. El supervisor realizará seguimiento administrativo, técnico y financiero del contrato. Dicha función es realizada por los siguientes trabajadores de FINAGRO:*

- Vicepresidentes
- Gerentes
- Directores
- Asesores de Presidencia
- Profesionales Líderes
- Coordinadores

### **3. Designación del Supervisor**

### **3.1. Funciones Administrativas**

3.1.8. Informar por escrito a la Dirección de Contratación de manera oportuna, cualquier circunstancia que pueda acarrear el incumplimiento a la ejecución del contrato u orden de servicio, con el fin de iniciar a través de la Dirección Jurídica las acciones legales pertinentes para obtener el restablecimiento de las condiciones contractuales pactadas inicialmente.

3.1.12. Proponer ante las instancias respectivas de FINAGRO las medidas que estime necesarias y pertinentes, en orden a garantizar el cabal cumplimiento del objeto contractual.

En el contrato No.071 de 2013, en su cláusula vigésima segunda dice:

"Supervisión del contrato: Finagro designa como supervisor para la ejecución del presente contrato al Director de Asistencia Técnica, quien tendrá las siguientes funciones: ... 2. Informar oportunamente a la Secretaría General de Finagro el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista con el fin de adoptar las medidas legales pertinentes".

Debemos tener muy presente lo siguiente:

- a) Finagro es una sociedad de economía mixta, del orden Nacional, **descentralizada por servicios**, vinculada al ministerio de agricultura.
- b) Las sociedades de economía mixta hacen parte de la estructura del estado en el sector **descentralizado por servicios** (literal f, numeral 2 artículo 38 ley 489 de 1998)
- c) Son servidores públicos los empleados y trabajadores del estado y las entidades **descentralizadas por servicios**. (Artículo 123 Constitución política de Colombia)
- d) Los servidores públicos ejercerán sus funciones en forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. (Inciso 2 del artículo 123 de la Constitución política de Colombia)

Es decir, el Director de Asistencia Técnica, quien fungía como supervisor **sólo podía hacer lo que la Constitución, la ley y el reglamento** (Manual de contratación y contrato), le permitían.

Esta tesis se sostuvo por parte del contratista en los alegatos de conclusión.

### **CONCLUSION**

**EL CONTRATO NO.071 DE 2013, SE TERMINÓ SU EJECUCIÓN EL 4 DE JULIO DE 2014, FECHA EN LA CUAL EL ORDENADOR DEL GASTO DIO LA ORDEN DE NO SEGUIR LA EJECUCIÓN DEL MISMO, PARA ESA ÉPOCA LA EJECUCIÓN COMO SE HA DEMOSTRADO IBA EN EL 78%.**

### **3. CONDENA POR CONCEPTO DE CLAUSULA PENAL**

Debemos partir que la cláusula penal tiene como exigencia que exista un incumplimiento de la obligación principal, como lo dice el consejo de estado:

**"CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Noción / MULTA - Finalidad / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Finalidad / MULTA - Diferente a cláusula penal pecuniaria / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Diferente a multa / INCUMPLIMIENTO PARCIAL - Multa / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Tasación anticipada de perjuicios / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Consecuencia**

De acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal "(...) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal." Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone

*por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcan los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de octubre 1 de 1992. Exp. 6631; Sentencia de octubre 19 de 2005. Exp. 15.011"*

El reparo concreto sobre la decisión de condenar por concepto de cláusula penal, es el defecto material por cuanto la norma pertinente es inobservada y por ende, inaplicada, ya que al no existir incumplimiento no hay sanción como lo reza el artículo 1595 del Código Civil y de existir el juez no aplicó el artículo 1596 del Código Civil y artículo 867 del Código de Comercio, en cuanto a la proporcionalidad de la cláusula penal, dependiendo el porcentaje del contrato ejecutado.

## **SUSTENTACION**

### **DEFECTO SUSTANTIVO O MATERIAL-Casos en que se configura**

*Como ha sido perfilado por la jurisprudencia constitucional, se podría configurar un defecto sustantivo siempre que: (i) la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, por ejemplo, ora porque la norma empleada no se ajusta al caso, no se encuentra vigente por haber sido derogada, o ha sido declarada inconstitucional; (ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance; (iii) **cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática;** (iv) **cuando la norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada;** o finalmente, (v) en el evento en que, no obstante la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a ésta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.*

Es claro y en el transcurso del proceso se ha demostrado que no se terminó la ejecución del contrato porque así lo decidió Finagro, ya que el contratista entregó los productos, llevó a cabo las obligaciones del contrato otra cosa es que Finagro no aceptó la información para ser analizadas por que para ellos no se podía ejecutar el contrato con solo un oficio de quien solo tenía la competencia para vigilar la ejecución, realizar las observaciones, comunicar a sus superiores los posibles incumplimientos para que tomaran las decisiones correspondientes, pero aun así la decisión la tomó el supervisor, que si bien no tiene validez jurídica solo hasta el 4 de julio de 2014 que se pronunció el ordenador del gasto, si tuvo un impacto negativo en la ejecución del contrato, tanto que provocó la no terminación total del contrato.

## **CONCLUSION**

**NO SE PODRA IMPONER LA SANCION DE CLAUSULA PENAL CUANDO NO SE INCUMPLIO OBLIGACION PRINCIPAL, LA NO EJECUCION TOTAL FUE DECISION DE FINAGRO Y ES IMPOSIBLE APLICARLA CUANDO EXISTE LA EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO.**

### **4. NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCION**

El reparo concreto sobre la decisión de negar las pretensiones de la demanda de reconvención, es el defecto fáctico por no valoración del material probatorio allegado al proceso, el juez basa su decisión en que la UT Cenza solicita el incumplimiento del contrato por la terminación unilateral del contrato por incumplimientos infundados, erráticos y no probados y considera que si existió el incumplimiento por no haber entregado los productos 1, 2, y 3 de forma completa el 7 de marzo de 2014, sin tener en cuenta el material probatorio en el proceso que demuestra que no se cumplió el requisito de: **2. Que la cláusula recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se imposibilita la ejecución del objeto contractual**, requisito exigido para la validez de la cláusula de terminación unilateral del contrato por incumplimiento.

La inactividad de Finagro entre el 21 de marzo de 2014 y la terminación del contrato (Para la Unión temporal Cenza 04 de Julio de 2014, para el A Quo 12 de mayo de 2014), demuestra el incumplimiento del contrato, ya que no revisó información, no atendió los requerimientos del contratista, no tramitó cuentas, entre otros y afectó gravemente el contrato perjudicando toda una población vulnerable que tenía grandes expectativas en el proyecto.

### **SUSTENTACION**

Finagro incumplió el contrato y eso quedó demostrado, en cuanto al retardo en el pago del anticipo lo reconoció, pero el A quo acepta que dicho retardo no tiene la entidad de incumplimiento si no de una entrega tardía de una obligación.

La negligencia de Finagro en cabeza del Director de Asistencia Técnica, funcionario que incumplió el clausulado y las obligaciones de Finagro, entre ellas las contempladas en la cláusula quinta del contrato No.071 del 2013, como es el número 3 "Pagar en la forma establecida" y en la 6 "Cumplir y hacer cumplir las condiciones pactadas en el contrato, entre ellas el alcance en las funciones del supervisor.

### **CONCLUSION**

**AL INTERPONERSE LA DEMANDA DE RECONVENCION SE PRESENTARON LOS ARGUMENTOS NECESARIOS PARA SER ACIGIDOS POR EL JUEZ, PERO FUERON DESESTIMADAS SIN ARGUMENTOS JURIDICOS.**

### **5. VALOR EJECUTADO DEL CONTRATO**

El reparo concreto sobre el valor ejecutado que corresponde a la entrega de los productos 1, 2,3 y 4 , por yerro de interpretación, se determina que el juez llegó al valor ejecutado a partir de la forma de pago y no del anexo 6 "Oferta económica", la cual fue aportada por Finagro en la contestación de la demanda de reconvención, acápite de pruebas, 2. Solicitud de pruebas con la contestación de la demanda de reconvención, A. documentales adicionales que se aportan, a) 1 CD que contiene la propuesta presentada por la Unión Temporal CENZA y sus anexos, que indica la tasación de los precios pactados en el contrato por cada etapa y productos de acuerdo a los siguientes valores por etapa y productos:

Item	Costo en pesos
Valor Etapa I (Productos 1,2 y 3)	726'721.428
Valor Etapa II (Producto 4)	754'521.428
Valor Etapa III (Productos 5 y 6)	1.278'707.144
Valor Total	2.759'950.000

Es decir los productos 1,2,3 tienen un valor de SETECIENTOS VEINTISEIS MILLONES SETECIENTOS VEINTIUN MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO PESOS M/CTE (\$726'721.428) y el producto 4 tiene un valor de SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTIUN MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO PESOS M/CTE (\$754'521.428), para un valor total de los cuatro productos de MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$1.481.242.856).

El producto No. 5 debe ser tenido en cuenta ya que el entregado el 6 de Junio de 2014 y 12 de Junio de 2014 (Rad. 201415526), sólo es el informe de avance 2, pero su contenido fue desarrollado entre el 26 de Marzo de 2014 y la fecha en que la UT Cenza ejecutó el contrato, que son el apoyo en la implementación de proyectos productivos: Implementación de la metodología de Escuelas de Campo – E.C.A.S; Socialización oportunidades rurales por vereda; visitas de asistencia técnica predio a predio; Cartilla; Aplicación instrumento ICO a las organizaciones identificadas; gestión de créditos; legalización de predios; articulación institucional; actividades de socialización de cese de actividades del contrato, situaciones sobre las cuales no se pronunció Finagro en la contestación de la demanda de reconvención en los hechos 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 43, refirió a que no le constaba y que en caso de comprobarse su realización como lo demuestra la información entregada en las pruebas documentales de la contestación de la demanda de la unión temporal CENZA, "pruebas documentales: 101. USB con documentación relacionada con los productos 1, 2, 3, 4 y avances del 5."

Teniendo en cuenta la ejecución de la etapa I (productos 1, 2 Y 3), la Etapa II (producto 4) y la Etapa III (producto 5 y 6), con un avance del producto 5 sustentado en los informes y la evidencia entregada en la USB de las pruebas, el AD QUEM, debe dar por ejecutado el porcentaje tasado en las pretensiones de la demanda de reconvención, a los cuales Finagro solo se limitó a manifestar que se oponía a todas las pretensiones, basado solo en un retardo insignificante en la entrega de productos, que no son de la entidad suficiente para generar traumatismo en la ejecución del contrato, pero que si demostró una inactividad total de finagro, la supervisión y la interventoría desde el 21 de marzo de 2014 hasta la fecha de terminación del contrato.

Valor contrato	% Ejecución	Valor Ejecutado	Valor cancelado	Saldo a favor UT Cenza
\$2.759'950.000	78%	\$2.152'761.000	\$1.379'975.000	\$772'786.000

## **SUSTENTACION**

El A quo, incurrió en un defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio.

El defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio se advierte cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva.

Cuando el juez de primera instancia acepta la ejecución completa de los productos 1, 2 y 3 de la Etapa I y el producto 4 de la Etapa II, realiza una operación matemática errada, ya que no revisa el documento esencial, que es el anexo 6 "Oferta económica", que dice:

Item	Costo en pesos
Valor Etapa I (Productos 1,2 y 3)	726'721.428
Valor Etapa II (Producto 4)	754'521.428
Valor Etapa III (Productos 5 y 6)	1.278'707.144
Valor Total	2.759'950.000

Lo anterior es totalmente claro que si acepta el juez la ejecución total de unos productos, lo que debe es aplicar el anexo de la oferta económica para poder determinar el valor que está aprobando de ejecución, dando la siguiente diferencia:

#### **DECISION JUEZ PRIMERA INSTANCIA**

Se acepta que el contratista entregó en debida forma y se acepta su ejecución, productos 1,2 y 3 de la Etapa I y producto 4 de la Etapa II, y reconoció como ejecución el valor del anticipo, es decir:

La suma de MIL TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS M/CTE (\$1.379'975.000)

#### **DECISION DE ACUERDO AL ANEXO 6 "OFERTA ECONOMICA"**

Item	Costo en pesos
Valor Etapa I (Productos 1,2 y 3)	726'721.428
Valor Etapa II (Producto 4)	754'521.428
Valor Total	1.481'242.856

Es decir, la suma de MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$1.481'242.856)

Valor en la sentencia \$1.379'975.000

Valor según lo aprobado por el juez \$1.481'242.856

**SALDO A FAVOR DE UT CENZA \$ 101'267.856**

El producto No. 5 debe ser tenido en cuenta ya que el entregado el 6 de junio de 2014 y 12 de junio de 2014 (Rad. 201415526), sólo es el informe de avance 2, pero su contenido fue desarrollado entre el 26 de marzo de 2014 y el 4 de julio de 2014, fecha de terminación del contrato, para lo cual se presentó un informe de perito, demostrando una ejecución del contrato en el 78%.

#### **CONCLUSION**

**EL A QUO APROBO UNA EJECUCION, PERO NO VALORO TECNICAMENTE ESA ACEPTACION DE EJECUCION DEJANDO (\$101.267.856), POR RECONOCER A UT CENZA, DE ACUERDO AL ANEXO No.6 OFERTA ECONOMICA Y LA EJECUCION DEL PRODUCTO 5 DE LA ETAPA III SE ENTREGO Y DEBERIA SER VALORADO, QUE PARA UT CENZA ESTA POR (\$671.518.144) PARA UN GRAN TOTAL A FAVOR DE UT CENZA DE (\$772'786.000)**

## **6. CONDENA EN COSTA A LA UNION TEMPORAL CENZA**

El numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, dice que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, es importante no apartarnos de la petición principal del demandante, que era la resolución del contrato y la devolución del anticipo, situación que fue desfavorable para el demandante y favorable para el demandado, ya que desde la contestación de la demanda se insistió en que Finagro terminó unilateralmente el contrato en forma irregular y que el contratista había ejecutado el anticipo y más allá de él.

Es así que de no haber actuado La Unión Temporal Cenza en el proceso, habría afrontado una situación que tendría como consecuencia la terminación de las empresas que la conforman, por la imposibilidad de afrontar una condena de recursos que fueron invertidos en el proyecto y que además de su propio patrimonio financió parte del proyecto de los recursos no cancelados por Finagro.

Es decir, el A Quo debió aplicar el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, que dice: *"5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de la decisión"*

### **SUSTENTACION**

El A quo, no tiene en cuenta que las pretensiones de Finagro, era la devolución de los recursos entregados a la UT Cenza, en su totalidad, la cláusula penal y perjuicios y que la decisión fue parcial, ya que el juez no aceptó la devolución de los recursos pero si condenó por la cláusula penal, es decir se aplica el numeral 5 del artículo 365 de la ley 1564 de 2012

Si la UT Cenza, no hubiera acudido al proceso, los daños serían enormes, entonces no se entiende que el haber participado en el proceso tenga una consecuencia negativa de recibir condena en costas.

### **CONCLUSION**

**EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA CUMPLE CON LAS EXIGENCIAS DEL NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 365 DE LA LEY 1564 DE 2012, PARA NO SER CONDENADO EN COSTAS.**

## **7. CALIDAD DE FUNCIONARIOS DE FINAGRO**

En la demanda de reconvención hecho No.8 se manifiesta que Finagro es una sociedad de economía mixta del orden Nacional, del tipo de sociedades anónimas organizado como establecimiento de crédito, vinculado al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, a lo cual Finagro en la contestación de la demanda manifestó que este hecho era cierto.

Finagro al contestar la demanda de reconvención en el hecho 55, asegura que el supervisor del contrato estaba debidamente facultado para enviar el aviso de terminación del contrato, ya que en el manual de contratación de Finagro, capítulo V, numeral 3.1.9, determinaba como facultades del supervisor:

*Solicitar (...) terminaciones anticipadas y demás que se requieran dentro del término establecido en el presente manual para no afectar la debida ejecución del contrato.*

Es importante aclarar que de acuerdo a la ley 489 de 1998, la constitución política, los directivos de finagro tendrían la calidad de servidores públicos, los cuales tienen restricciones en su actuar, enmarcado en su manual de funciones, y el Manual de contratación de la entidad, el cual fue aportado por Finagro en la contestación de la demanda de reconvención, acápite de pruebas, 2. Solicitud de pruebas con la contestación de la demanda de reconvención, A. documentales adicionales que se aportan, b) manual de contratación de FINAGRO disponible en la página web de la entidad, versión de fecha 28 de julio de 2016.

### **SUSTENTACION**

La calidad de servidor público de los empleados o trabajadores de Finagro, las regula las siguientes normas:

- a) Finagro es una sociedad de economía mixta, del orden Nacional, **descentralizada por servicios**, vinculada al ministerio de agricultura.
- b) Las sociedades de economía mixta hacen parte de la estructura del estado en el sector **descentralizado por servicios** (literal f, numeral 2 artículo 38 ley 489 de 1998)
- c) Son servidores públicos los empleados y trabajadores del estado y las entidades **descentralizadas por servicios**. (Artículo 123 Constitución política de Colombia)
- d) Los servidores públicos ejercerán sus funciones en forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. (Inciso 2 del artículo 123 de la Constitución política de Colombia)

Es decir, el Director de Asistencia Técnica, quien fungía como supervisor **sólo podía hacer lo que la Constitución, la ley y el reglamento** (Manual de contratación y contrato), le permitían.

Esta tesis se sostuvo por parte del contratista en los alegatos de conclusión.

En cuanto a la función del supervisor es claro que no era tomar la decisión, si no solicitar a las instancias superiores para que la tomara.

### **CONCLUSION**

**ES CLARO QUE EL SUPERVISOR DEL CONTRATO NO TENIA LA COMPETENCIA PARA TERMINAR EL CONTRATO Y ASI LO RECONOCIO EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCA AL NO ACEPTAR LA FECHA DEL 12 DE MARZO COMO TERMINACION DEL CONTRATO SINO LA DEL 12 DE MAYO COMO FECHA DEL OFICIO DEL ORDENADOR DEL GASTO, PERO FINAGRO INSISTE EN QUE SI TENIA LA COMPETENCIA POR ESO ES IMPORTANTE HACER LA CLARIDAD DE NUESTRA POSICION.**

### **PRETENSIONES PRINCIPALES**

Por todo lo expuesto, solicito al Honorable Tribunal Superior Sala Civil, con todo respeto, se modifique la sentencia de fecha trece (13) de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, y en su lugar se declare:

1. Que se revoque la declaración del numeral primero de la sentencia y en su lugar se declare probada la excepción de contrato no cumplido propuesta por la Unión Temporal CENZA, contra la demanda principal de Finagro, respecto al contrato No.071 de 2013.
2. Que se revoque la decisión del numeral sexto de la sentencia y en su lugar, se liquide el contrato judicialmente reconociendo como valor

ejecutado del contrato No.071 de 2013, por los productos 1, 2, 3, y 4, por la suma de MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$ 1.481.242.856), de acuerdo a lo pactado para la Etapa I y para la Etapa II, en el anexo 6 "Propuesta económica", presentada por la Unión Temporal Cenza en el proceso contractual y aprobada por Finagro.

3. Que se tase el valor del producto 5 entregado el 5 de junio de 2014, en SEISCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS DIECIOCHO MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$671'518.144), para alcanzar una ejecución del setenta y ocho por ciento (78%), como se solicitó en la demanda de reconvenición, es decir una ejecución de DOS MIL CIENTO CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y UN MIL PESOS M/CTE (\$2.152'761.000), que descontado el anticipo de MIL TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS M/CTE (\$1.379'975.000), tendría la UT Cenza un saldo a favor de SETECIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL PESOS M/CTE (\$772'786.000).
4. Revocar la condena del numeral tercero de la sentencia, ya que no existe incumplimiento de obligaciones principales que tengan la entidad suficiente para hacer efectiva la cláusula penal, adicional que la aceptación de la excepción de contrato no cumplido no da para aplicación de la cláusula penal.
5. Revocar la condena del numeral séptimo de la sentencia, por aplicación del numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012).

### **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS**

1. Si se confirma el fallo, aplicar en cláusula penal la **proporcionalidad** del mismo, en cumplimiento del artículo 1596 del Código Civil, teniendo en cuenta el porcentaje de ejecución del contrato, ya que presupuestalmente el contratista ejecutó el 54%, teniendo en cuenta los valores de los productos 1, 2,3 y 4, ofertados en el anexo 6 "Propuesta económica", los cuales fueron aceptados y pactados, es decir este porcentaje debe ser descontado de la cláusula penal, y si incluimos el producto 5, la ejecución asciende al 78% del valor del contrato, y no es posible tomar el 100% del contrato ya que de acuerdo al mismo A Quo, este se ejecutó solo hasta el 12 de mayo de 2014, por tal motivo no se puede aplicar la totalidad de la cláusula penal en un contrato con supuesto cumplimiento defectuoso y solo se debería aplicar a los 13 días de retardo del cumplimiento de la obligación de la entrega de los productos 1, 2 y 3.
2. Si se llegara a confirmar el fallo, abstenerse de condenar en costas a la Unión Temporal Cenza, por darse los elementos del numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012).

Atentamente,

[Artículo 2 Decreto 806 de 2020](#)

**JUAN CARLOS HOYOS RODRIGUEZ**

C.C. No. 10'270.105 de Manizales

T.P. No. 171.098 del C.S.J