



REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
VALLEDUPAR – CESAR

Valledupar, Cesar veinte (20) de enero de dos mil veinte (2020).

PROCESO: Verbal de Incumplimiento de Contrato, promovido por ÁLVARO RAFAEL ANAYA SANCHEZ en contra de BORNACELLI Y ASOCIADOS LTDA, Y OTROS. RADICACIÓN No.: 20001-31-03-005-2018-00074-00

ASUNTO

Procede el despacho a dictar sentencia en el proceso verbal de incumplimiento contractual seguido por ÁLVARO RAFAEL ANAYA SANCHEZ, contra BORNACELLI Y ASOCIADOS LTDA, BENJAMÍN ARTURO MENDOZA MARENCO Y HERNÁN ARZUAGA ARZUAGA, de condiciones personales y civiles conocidas de auto, representados a través de apoderado judicial.

PRETENSIONES

Primero: *Que se declare y se tenga por demostrado que entre los señores BORNACELLI Y ASOCIADOS LTDA, ANDRÉS BORNACELLI, BENJAMÍN ARTURO MENDOZA MARENCO Y HERNÁN ARZUAGA ARZUAGA, en su condición de integrantes del CONSORCIO BAM 2010, y el señor ALVARO RAFAEL ANAYA SANCHEZ, existió un contrato de obra, cuyo objeto fue la ejecución del capítulo XII (parte eléctrica), del contrato 1056-2010, celebrado entre los demandados y el Departamento del Cesar, cuyo objeto fue la "remodelación, ampliación y adecuación del Hospital Heli Moreno Blanco, del municipio de Pailitas Cesar. "*

Segundo: *Que se tenga por probado y se declare que el contrato de ejecución de obra eléctrica, celebrado entre las partes y ejecutado a cabalidad por el demandante, fue incumplido por los demandados.*

Tercero: *Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a los demandados al pago de la suma que resulte de liquidar el porcentaje equivalente al 30% del valor de las utilidades inicialmente propuestas por el consocio BAM 2010, al departamento del Cesar, por la ejecución del capítulo XII (parte eléctrica), del contrato 1056-2010, celebrado entre los demandados y el Departamento del Cesar cuyo objeto fue la "remodelación, ampliación y adecuación del Hospital Heli Moreno Blanco, del municipio de Pailitas Cesar. "*



REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
VALLEDUPAR – CESAR

Cuarto: Al pago de la suma que resulte de liquidar el porcentaje equivalente al 70% del valor de las utilidades propuestas por el consocio BAM 2010, al departamento del Cesar, sobre los valores correspondientes a la adición del presupuesto del capítulo XII (parte eléctrica), del contrato 1056-2010, celebrado entre los demandados y el Departamento del Cesar cuyo objeto fue la "remodelación, ampliación y adecuación del Hospital Heli Moreno Blanco, del municipio de Pailitas Cesar, utilidades que estima en la suma de \$69.576.299,10.

Quinto: Al pago de los intereses comerciales de mora desde la fecha de liquidación del contrato 1056-2010, celebrado entre los demandados y el Departamento del Cesar, es decir, desde el 28 de enero de 2013, hasta cuando se produzca el pago de la obligación, a la tasa comercial de mora más alta permitida en la ley.

Sexto: Al pago de la suma de \$11.350.000, correspondiente a pagos realizados a terceros que el demandado realizó por concepto de gastos del contrato, los cuales aún no ha cubierto el demandado.

Séptimo: Al pago de los intereses comerciales de mora, liquidados sobre la suma indicada en la pretensión sexta, desde la fecha de liquidación del contrato 1056-2010, celebrado entre los demandados y el Departamento del Cesar, es decir, desde el 28 de enero de 2013, hasta cuando se produzca el pago de la obligación, a la tasa comercial de mora más alta permitida en la ley.

Octavo: Condenar al demandado en costas del proceso.

HECHOS

Primero: Que el Departamento del Cesar y el Consorcio Bam 2010, conformado por la sociedad comercial de derecho privado BORNACELLI y ASOCIADOS LTDA, BENJAMÍN MENDOZA MARENCO y LAYONEL DAVID ARENAS DIAZ, y representado legalmente por el señor Libardo Cuello Herrera, celebraron el contrato de obra civil identificado con el número 1056-2010, cuyo objeto fue la "remodelación, ampliación y adecuación del Hospital Heli Moreno Blanco, del municipio de Pailitas Cesar.

Segundo: Que el señor ANDRÉS BORNACELLI CAMBELL, representante legal de la sociedad consorciada BORNACELLI y ASOCIADOS LTDA, invitó al señor ÁLVARO ANAYA SANCHEZ, a contratar con el Consorcio Bam



REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
VALLEDUPAR – CESAR

2010, la ejecución de las obras eléctricas correspondientes al capítulo XII del contrato 1056-2010.

Tercero: Que el demandante en su calidad de ingeniero electricista de larga experiencia analizó las cantidades de obra y pudo observar que las obras detalladas en los formularios de cantidades y precios del capítulo XII contenían muchas falencias de tipo técnico, funcional y no completamente adecuadas para instalaciones hospitalarias, por lo que con los demandados acordaron medirán las condiciones iniciales del contrato 1056-2010 en su capítulo XII.

Cuarto: Que una vez logrado un acuerdo entre los integrantes del área técnica del contrato, tanto por el departamento del cesar como del consorcio contratista se celebró una adición al contrato inicial, logrando el demandante que el capítulo XII del contrato 1056-2010 pasará de un valor inicial de \$232.689.230 a \$502.969.388.

Quinto: Que con las nuevas condiciones del contrato los demandados y el demandante pactaron el siguiente acuerdo comercial:

1. Sobre los ítems inicialmente pactados y que permanecieron en el acta modificatoria, que es costo directo, para el consorcio BAM 2010, correspondía el 7% del valor de dicho presupuesto, sin importar cuál sería el rendimiento económico del contrato.
2. Sobre los denominados ítems nuevos acordaron las partes que liquidarían sobre el 100% de la utilidad que se obtuviera las siguientes prp0orciones: un 30% para el consorcio BAM 2010 y un 70% restante para el demandante.

Sexto: Que dentro del contrato se generaron gastos de lo cual hasta el momento se le adeuda la suma de \$11.350.000,00.

Séptimo: Que en cuanto a la liquidación de utilidades las partes convinieron que el actor daría al consorcio BAM 2010, un 7% del valor que permaneciera en el capítulo XII del contrato inicial.

Octavo: Que los demandados le adeudan al actor la suma de \$69.576.299,10, más el valor correspondiente a gastos no cancelados del contrato que son \$11.350.000.



REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
VALLEDUPAR – CESAR

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del 21 de mayo de 2018, se admitió la presente demanda en contra de los señores BORNACELLI Y ASOCIADOS LTDA, representada legalmente por ANDRÉS BORNACELLI, BENJAMÍN ARTURO MENDOZA MARENCO Y HERNÁN ARZUAGA ARZUAGA, en su condición de integrantes del CONSORCIO BAM 2010, ordenando su notificación y traslado, conforme a lo establecido en el Código General del Proceso.

La parte demandada se notificó personalmente de la demanda, y a través de apoderado judicial los demandados contestaron los hechos de la demanda y propusieron excepciones, oponiéndose a las pretensiones del demandante.

las excepciones de mérito planteadas las denominaron: EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN POR PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DEL CONTRATO, EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN POR PAGO, COBRO DE LO NO DEBIDO, INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN y la GENÉRICA O INNOMINADA.

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero precisar, hecho el análisis de la actuación, que no se advierte irregularidad que pueda invalidar lo actuado, como tampoco se echa de menos ninguno de los presupuestos procesales. Por consiguiente, la decisión de fondo es procedente.

Tal como quedó sentado en la fijación del litigio, se concretará a determinar la clase de contrato celebrada entre las partes, si fue de obra o de prestación de servicios, el valor del contrato y la forma de pago. De igual modo, se determinara si los demandados incumplieron en el pago del contrato al no cancelar los montos del contrato reclamados por el demandante, para declarar de manera consecuente la correspondiente indemnización de perjuicios o si por el contrario, los demandados prueban las excepciones planteadas para enervar la acción.

Las pretensiones de la demanda serán denegadas por no haber demostrado el demandante los presupuestos mínimos exigidos por la ley para la prosperidad de las pretensiones.



365

**REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
VALLEDUPAR – CESAR**

Sabido es, que los artículos 1602 y 1603 del C.C., dispone que «todo contrato válidamente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o causas legales», “deben ejecutarse de buena fe” y “obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenece a ella”, lo que trae aparejado que el contrato celebrado en esas condiciones está llamado a ser cumplido y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, las partes están compelidas a atender a cabalidad todas y cada una de las obligaciones que de él emanan, pues la rebeldía a acatar los deberes contractuales contradice la esencia misma del contrato, como fuente que es de las propias obligaciones insatisfechas, en tanto que deja a su acreedor, de un lado, vinculado al pacto, que pese al incumplimiento sigue vigente, y, de otro, impedido de obtener la contraprestación prevista a cambio de la suya.

En ese orden, existe consenso que ante el «incumplimiento contractual», el «acreedor» en procura de la protección del derecho lesionado, está facultado para pedir el «cumplimiento de la obligación», o la «resolución del convenio», además de manera directa o consecencial, el resarcimiento del daño irrogado por la insatisfacción total o parcial de la «obligación», o por su defectuoso cumplimiento, siendo posible exonerarse, en principio, únicamente por causas que justifiquen la conducta, no imputables al contratante fallido, como son la fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante.

Sobre la aludida temática, la Corte en sentencia CSJ SC 9 mar. 2001, rad. 5659, sostuvo lo siguiente:

(...) Trátase aquí, según puede establecerse, de un proceso de responsabilidad civil contractual, razón por la cual el acogimiento de la acción depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado.

(...)



REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
VALLEDUPAR – CESAR

Si los contratos legalmente celebrados 'son una ley para los contratantes' (art. 1602 C.C.) y, por consiguiente, 'deben ejecutarse de buena fe' y 'obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella' (art. 1603 ib.), lógico resulta que su incumplimiento injustificado esté sancionado por la ley misma y que tal comportamiento, por ende, habilite al contratante inocente para solicitar, por una parte, se ordene su cumplimiento forzado o se disponga su resolución y, por otra, cuando la infracción le ha ocasionado un daño, que se le indemnice, reparación que puede reclamar en forma accesoria a la petición de cumplimiento o resolución o en forma directa, si lo anterior no es posible, (...).

Sobre el particular tiene dicho esta Sala de la Corte: 'El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o el pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento, pretendiendo éstos últimos ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesoria o consecuencial (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados'. (Sent. de 14 de marzo de 1996, Exp. No. 4738, G.J. CCXL, pág. 407) (se subrayó).

Así las cosas, se torna pertinente precisar, que constituyen requisitos para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria de origen contractual, la demostración de la existencia de un contrato bilateral válido celebrado entre quienes concurren al proceso en calidad de parte; actuación de la parte actora conforme a lo estipulado o haberse allanado a satisfacer las prestaciones a su cargo; incumplimiento del deudor demandado de las obligaciones derivadas de ese vínculo, o su tardía o defectuosa ejecución; daño irrogado al derecho del acreedor, y que el mismo sea consecuencia directa de alguna de aquellas conductas del obligado.

Al respecto, en la sentencia CSJ 18 ene. 2007, rad. 1999-00173-01, la Corte Suprema de Justicia memoró:

(...)- Dado que en la celebración de los contratos se persigue por cada uno de los contratantes la obtención de una prestación que le reporte alguna utilidad, cuando se infringe el contrato por la otra parte, es decir, cuando la conducta del otro contratante es contraria al vínculo obligacional nacido de ese acto jurídico, es evidente que se causan perjuicios al acreedor, los



REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
VALLEDUPAR – CESAR

366

cuales dan origen a una indemnización compensatoria o moratoria, según el caso.

(...)- Si se trata de obligaciones de pagar sumas de dinero, a las cuales no se haya dado cumplimiento por el deudor o hayan sido ejecutadas tardíamente, la propia naturaleza de ellas impone que se excluya la indemnización compensatoria, como quiera que ésta esencialmente consiste en sustituir el objeto inicial de la obligación por una suma de dinero, lo que implica que si desde un comienzo la obligación es dineraria no puede ser sustituida luego por dinero, o sea que en este caso solo es posible la indemnización de perjuicios moratoria.

(...)- De la misma manera, el legislador, conforme a lo establecido por el artículo 1617 del Código Civil, establece que en las obligaciones de dinero, una vez constituido en mora el deudor, el acreedor se encuentra exonerado de probar la existencia de perjuicios (numeral 2o.), y en cuanto a su monto, la propia ley (numeral 1o.), lo determina al disponer que, en tal caso, se deben intereses convencionales si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a causarse los intereses legales en caso contrario.

Ahora, como quiera que en la presente acción se alega la existencia e incumplimiento de un contrato de obra, resulta pertinente precisar que, este se encuentra regulado en el Código Civil en su libro cuarto "De las obligaciones en general y de los contratos" en su capítulo VIII, "De los contratos para la confección de una obra material", y consiste en un acto jurídico en virtud del cual una persona se obliga para con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración y sin mediar subordinación ni representación. (Código civil artículos 2053 a 2060).

En ese orden, los elementos del contrato de obra pueden clasificarse en tres grandes categorías: elementos personales que se refieren a las personas que intervienen en el contrato, siendo tales, el que se obliga a ejecutar la obra, denominado contratista o constructor, y aquel para quien se ejecuta, denominado comitente o dueño de la obra; elementos reales, que se refieren al objeto del contrato, considerada como tal la obra contratada y el precio pactado en cualquiera de sus formas; y elementos formales, que se refieren a la manera de formalizar y documentar el contrato, con la precisión de que este se perfecciona por el mero consentimiento de las partes contratantes y desde entonces produce efectos, es decir, obliga a su cumplimiento, por lo que requiere el principio de libertad de forma.



REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
VALLEDUPAR – CESAR

Igualmente, se concluye que el contrato es consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, principal y de tracto sucesivo. Si es el contratante quien suministra los materiales principales, y el contratista pone lo demás, esto es, la mano de obra y en caso necesario materiales adicionales, el contrato es un arrendamiento de servicios, y por lo tanto se perfecciona por el acuerdo de las partes en la obra que se encarga y el precio, es decir, que no se puede mirar el perfeccionamiento del contrato ante el resultado de la obra, sino desde el acuerdo de las voluntades. (Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación civil del 6 de mayo de 1969, LXXIX 2150, 459).

En ese orden de ideas, se advierten como de importancia para la existencia del contrato de obra, entre otros aspectos, la identificación de las partes, esto es, el dueño de la obra” y el “constructor”; el objeto, en cuanto a establecer la obra por aquel a este encomendada; y el precio pactado con su forma de pago.

Descendiendo bajo ese norte conceptual al caso que nos ocupa, resulta pertinente establecer en primer lugar, la naturaleza del vínculo contractual que se encuentra demostrada en el sub lite, esto es si se trata de un contrato de obra como precisa el demandante o por el contrario de un contrato de prestación de servicios, para lo cual debe precisarse delantadamente que conforme a lo reglado en la normatividad civil y con base en las pruebas allegadas al expediente, resulta diáfano que, el vínculo contractual entre el señor Álvaro Anaya Sánchez y el CONSORCIO BAM 2010 se deriva de un contrato de obra civil y no por prestación de servicios como lo alegan los demandados, conclusión a la que se arriba teniendo en cuenta que, tal y como lo reconocen las partes el objeto contratado fue la ejecución de una obra material sobre un bien inmueble, esto es, la mano de obra eléctrica contenida en el capítulo XII del contrato 1056-2010, actividad que realizó el señor Álvaro Anaya Sánchez por sí mismo y a través del personal que contrataba para tales efectos, y por la cual le fue cancelado un precio de acuerdo a los avances de la obra pactada, esto es, se contrató al demandante para el cumplimiento de una obligación de resultado, esto es, la obra completa y terminada, en ocasión de lo cual los demandados se obligaron a retribuir la actividad realizada, características propias del contrato de obra civil.

En ese orden, mal podría hablarse de un contrato de prestación de servicios, cuando el objeto acordado no se limitó a un trabajo o actividad del contratista como ingeniero eléctrico, dígase, consultoría, asesoría o e interventoría, sino a la obtención de un resultado querido por los demandados y pactado en el contrato verbal que reconocen los



REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
VALLEDUPAR – CESAR

demandados fue suscrito con el demandante, como fue la ejecución de las obras eléctricas en el Hospital Heli Moreno Blanco de Pailitas.

Así las cosas, es dable precisar que siempre que se contrate la forma de trabajo del contratista y de su personal, para la prestación de un servicio o ejecución de una obra independientemente de su eficacia, y no la materialización para construir reparar o reformar un bien inmueble, propio del contrato de obra, se estará frente a un contrato de prestación de servicios.

Al respecto, la doctrina ha manifestado que: “En el contrato de servicios se promete una actividad de prestación en cuanto tal, mientras que en el contrato de obra se asume la obligación de producir un resultado. En el contrato de servicios, una de las partes se obliga, a cambio de una retribución, a realizar determinada actividad en sí misma considerada y no por su resultado y, en el contrato de obra, el contratista se obliga a ejecutar determinada obra a cambio de la prestación convenida, o, en su defecto, de la que resulte de los usos. Se entiende por obra la construcción, reparación o transformación de una cosa, así como la obtención de cualquier otro resultado convenido por las partes”¹

De manera que, habiéndose contratado al señor ÁLVARO ANAYA SANCHEZ para la realización de una obra, comprometiéndose este último con resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega, debe darse por demostrado que el tipo de contrato existente entre las partes en esta litis es un contrato de obra celebrado entre los señores ÁLVARO RAFAEL ANAYA SANCHEZ y los señores BORNACELLI Y ASOCIADOS LTDA, BENJAMÍN ARTURO MENDOZA MARENCO Y HERNÁN ARZUAGA ARZUAGA como integrantes del CONSORCIO BAM 2010 cuyo objeto fue la ejecución del Capítulo XII (parte eléctrica) del contrato 1056-2010, suscrito entre los demandados y el Departamento del Cesar para la “remodelación, ampliación y adecuación del Hospital Heli Moreno Blanco del municipio de Pailitas Cesar”.

Establecido lo anterior, procederá el despacho a verificar la existencia de los presupuestos de ley para declarar la existencia e incumplimiento contractual que reclama el demandante.

En ese orden de ideas, verificado el acervo probatorio, no existe duda alguna frente a la identificación de las partes del contrato de obra alegado, esto es, el señor ÁLVARO RAFAEL ANAYA SANCHEZ, como contratista o constructor, y el CONSORCIO BAM 2010, integrado por los demandados en

¹ La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán) Margarita Jiménez Horwitz Profesora Titular de Derecho civil Universidad de Granada.



REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
VALLEDUPAR – CESAR

su calidad de contratantes y dueños de la obra. Asimismo, es claro que, dicho negocio jurídico tenía por objeto que el demandante ejecutara la parte eléctrica de la obra de remodelación, ampliación y adecuación del Hospital Heli Moreno Blanco del municipio de Pailitas.

Frente a ello, se allegaron los testimonios de los señores **GABRIEL RIBÓN**, **GREGORIO MAESTRE APONTE** y **LIBARDO CUELLO HERRERA**, quienes fueron coincidentes en manifestar que tuvieron conocimiento de la labor para la que fue contratado el demandante y la ejecución de las obras eléctricas en el Hospital Heli Moreno Blanco.

Así, manifiesta el señor **GABRIEL RIBÓN**, en su declaración que: “El señor Álvaro Anaya era el director o ejecutante de los trabajos eléctricos que se ejecutaron en el hospital... fue contratado para hacer reforma en la infraestructura del hospital, se realizaron cierta clase de obras e instalaciones nuevas en el Hospital y unas instalaciones nuevas en el área de hospitalización y quirófano y una subestación que no había en el Hospital. Se ejecutó todo lo que se había pactado en el contrato, hasta donde tuve conocimiento el Departamento recibió a satisfacción”, a su vez, **GREGORIO MAESTRE**, “La persona que estaba encargada de la parte eléctrica era el ingeniero Álvaro Anaya con su personal a cargo de él; como interventor lo que yo sé, es que era el encargado de obras eléctricas; él estaba ejecutando las obras a nombre del consorcio; todas las obras eléctricas se le recibían al Ingeniero Anaya y se le recibieron a satisfacción por parte de la interventoría de la parte eléctrica”, y el señor **LIBARDO CUELLO HERRERA**, indicó: “El señor Anaya trabajó en el consorcio a través de un contrato verbal, nunca se firmó nada, se le pagó de acuerdo a los avances en la ejecución de la obra, el prestó sus servicios para la mano de obra de la parte eléctrica, ese fue el objeto del contrato; la obligación de él era entregarnos a satisfacción la parte eléctrica y la de nosotros pagarle lo que se iba ejecutando.”

Igualmente, en su interrogatorio de parte el demandante manifestó: “me contactó el arquitecto Andrés Bornacelli para la ejecución de la parte eléctrica y organizar un proyecto eléctrico que estaba fuera de contexto, analizamos el capítulo 12 del contrato 1056 de 2010 con la Gobernación del Cesar y encontramos una cantidad de falencias en la parte logística y yo les planteé lo que se requería para un hospital eléctricamente, el Hospital Heli Moreno de Pailitas, ellos estuvieron de acuerdo conmigo y el contrato paso de 232 a 502 millones de pesos...”.



REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
VALLEDUPAR – CESAR

En el mismo sentido, el representante legal de BORNACELLI Y ASOCIADOS, indicó: "si contratamos con él la prestación de los servicios para que hiciera las redes eléctricas y la consultoría, que nos arrojara con claridad las fallas que habían en el diseño original del proyecto de Pailitas y se le pagó esa función... acepto que lo contratamos, para que prestara sus servicios en la ejecución de la parte eléctrica, cumplió, entregamos el trabajo."

Igualmente, los documentos allegados con la demanda, ratifican que el señor Álvaro Rafael Anaya Sánchez se desempeñaba contratista dentro del contrato 1056-2010, encargado de la mano de obra eléctrica, como se desprende de los folios 272 al 294 del cuaderno principal del expediente, donde constan los recibos de abonos a mano de obra eléctrica firmados por el demandante.

Finalmente, en cuando a la existencia del precio del contrato, resulta diáfano que si bien la parte demandada reconoce que existió una contraprestación en favor del demandante por la obra ejecutada, y para la demostración de tal circunstancia dentro del expediente también obran documentos en los que aparecen abonos a la mano de obra eléctrica recibidos por el señor Álvaro Anaya y ninguna de las partes del proceso desconoció que se trató de un contrato oneroso. No es menos cierto que, ninguna prueba arroja certeza sobre el valor total del contrato y su forma de pago y no obstante que por disposición del art. 2054 del C.C. "en los casos en que no se hubiera fijado precio se presumirá que las partes han convenido el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de este, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos", y el demandante aportó dictamen pericial, este se encuentra dirigido a cuantificar los perjuicios sufridos por este y no el precio del contrato, a pesar de que, es precisamente en dicho elemento del contrato en el que sustenta el incumplimiento de los demandados.

Ahora bien, deviene pertinente precisar que de acuerdo con el señor ÁLVARO RAFAEL ANAYA SANCHEZ, como parte del precio, los demandados se obligaron al pago de la suma equivalente al 30% del valor de las utilidades inicialmente propuestas por el Consorcio BAM 2010, al Departamento del Cesar por la ejecución del capítulo XII del contrato 1056-2010 y el 70% del valor de las utilidades propuestas por el Consorcio BAM 2010 al Departamento del Cesar, sobre los valores correspondientes a la adición del presupuesto del capítulo XII del mencionado contrato 1056-



REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
VALLEDUPAR – CESAR

2010, hecho que no logró demostrar en el proceso, como se expone a continuación.

En efecto, verificado el expediente, resulta claro para el despacho que en el sub lite, además de las afirmaciones del demandante no existe prueba alguna que demuestre más allá de toda duda, que los demandados se hayan obligado a pagar al demandado como contraprestación por las obras eléctricas realizadas, las sumas de dinero que se reclaman en la demanda. Así, el borrador del contrato supuestamente elaborado por la secretaria del Consorcio BAM 2010, no fue reconocido por los demandados, y según el dicho del señor ÁLVARO ANAYA, este nunca fue formalizado porque no confiaba en los demás integrantes del consorcio, únicamente en el señor Andrés Bornacelli, el cual tampoco acepto haberse obligado ni en nombre propio ni en representación de los demás demandados en reconocer utilidades del contrato 1056-2010 en favor del actor como precio del contrato de obra eléctrica suscrito con este.

Asimismo, los testigos traídos al proceso, no tuvieron conocimiento directo de dicha circunstancia puesto que, no se encontraban presente al momento en que se celebró el contrato objeto de la litis y muchos menos cuando se pactó la obligación que se alega incumplida ni de los pagos realizados al demandante.

El señor LIBARDO CUELLO, quien fungía como representante legal del CONSORCIO BAM 2010, precisó: "nunca arreglamos pago de utilidades, no se le debe ningún dinero al señor Anaya, todo se le canceló... no puede haber ninguna utilidad, no se ha pactado nada de eso con él, se le pagó por porcentaje de obra... se pactó que lo que se iba ejecutando se iba pagando de acuerdo a los avances... la forma de pago fue por avance de obra... no tenía derecho a utilidades porque no tenía participación en el consorcio."

A su vez, la señora DIANA SOFÍA MARTÍNEZ CABANA, como contadora del CONSORCIO BAM 2010, indicó: "para que puedan darse utilidades del contrato tenía que haberse modificado la carta consorcial, se tenía que incluir como socio porque para tener participación de utilidad del contrato tiene que ser socio, pero eso no se hizo, a la DIAN no se llevó ese documento actualizando el RUT."

Los señores GABRIEL RIBÓN, GREGORIO MAESTRE APONTE Y ERNESTO FLÓREZ, fueron coincidente en afirmar que, no tenían conocimiento del precio pactado ni como se le pagaban los dineros y mucho menos que hayan pactado a su favor el pago de utilidades.



REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
VALLEDUPAR – CESAR

Es claro entonces, que en este caso no está demostrada la existencia del precio en la forma reclamada por el demandante y por ende, de la obligación derivada del contrato de obra que se fue incumplida por el deudor demandado, como quiera que, ninguno de los elementos probatorios obrantes en el expediente permiten tener certeza a este despacho de que los señores BORNACELLI Y ASOCIADOS LTDA, BENJAMÍN ARTURO MENDOZA MARENCO Y HERNÁN ARZUAGA ARZUAGA como integrantes del CONSORCIO BAM 2010, hayan acordado como forma de pago del precio del contrato de obras eléctricas parte de las utilidades del contrato 1056-2010 en favor del señor ÁLVARO ANAYA SANCHEZ y que, habiéndose obligado no hayan dado cumplimiento a dicha obligación, soslayándose con ello el cumplimiento de lo estipulado en el art. 167 del código general del proceso, que impone a las partes “probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, y por esa razón las pretensiones formuladas en el libelo referentes a declarar la responsabilidad civil de los demandados y la consecuente condena en perjuicios por tal concepto, deben ser desestimadas.

Ahora, si bien se tiene que el demandado HERNÁN ARZUAGA ARZUAGA, no compareció a la audiencia inicial y tampoco presentó excusa justificando su inasistencia, lo cual conforme a lo reglado en el numeral 4º del art. 372 C.G.P, hace presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda, y por ende, debería tenerse por demostrada la existencia del precio y su forma de pago en la forma indicada por el demandante en el libelo demandatorio, no es menos cierto que, dicha presunción de veracidad por sí sola no tiene la fuerza probatoria suficiente para rebatir los demás elementos de pruebas recaudadas dentro del proceso, testimoniales y documentales, las cuales, como se expuso en precedencia y se itera, no dan cuenta de que los demandados como integrantes del CONSORCIO BAM 2010 se hayan obligado a pagar en favor del demandante por concepto de la mano de obra eléctrica, porcentajes de las utilidades del capítulo XII del contrato 1056 de 2010.

Asimismo, los demás demandados en sus interrogatorios negaron la existencia de la obligación contractual alegada por el señor Álvaro Anaya Sánchez, quien en su declaración también afirmó que todas las negociaciones respecto a las condiciones de su contrato fueron pactadas directamente, según su dicho, con Andrés Bornacelli quien era la cabeza de todo y el dueño del contrato. Además, por disposición del art. 192 ib., la confesión de un litisconsorte necesario, como ocurre en el sub-lite, tiene el valor de testimonio de tercero, razón por la cual, tampoco podría partirse de



REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
VALLEDUPAR – CESAR

este para tener por cierto los hechos de la demanda desconociendo las demás declaraciones recaudadas en el proceso, amén de que, lo reclamado por el demandante por concepto del precio son las utilidades del contrato 1056 de 2010, lo cual riñe con la esencia del contrato de obra civil cuya existencia se reclama en la demanda, máxime cuando el demandante no tiene la calidad de socio del consorcio.

La actividad probatoria de los actores debía estar orientada a demostrar no solo que entre el demandante y los demandados había existido un vínculo contractual derivado de contrato de obra para la ejecución de obras eléctricas, sino que además debían probar más allá de toda duda la obligación reclamada como incumplida en cabeza de los demandados, es decir, el pago de la suma equivalente al 30% del valor de las utilidades inicialmente propuestas por el Consorcio BAM 2010, al Departamento del Cesar por la ejecución del capítulo XII del contrato 1056-2010 y el 70% del valor de las utilidades propuestas por el Consorcio BAM 2010 al Departamento del Cesar, sobre los valores correspondientes a la adición del presupuesto del capítulo XII del mencionado contrato 1056-2010, pero nada de ello se acreditó en este caso pues, la orfandad demostrativa respecto del presupuesto para la prosperidad de la declaratoria de responsabilidad contractual de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte del demandado es absoluta.

Memórese, que en precedencia se anotó que para que procediera la declaración de responsabilidad civil contractual debían demostrarse todos sus elementos axiológicos, existencia de un contrato bilateral válido celebrado entre quienes concurren al proceso en calidad de parte; actuación de la parte actora conforme a lo estipulado o haberse allanado a satisfacer las prestaciones a su cargo; incumplimiento del deudor demandado de las obligaciones derivadas de ese vínculo, o su tardía o defectuosa ejecución; daño irrogado al derecho del acreedor, y que el mismo sea consecuencia directa de alguna de aquellas conductas del obligado, y que la prosperidad de la pretensión de declaratoria de responsabilidad civil contractual, requiere que la confluencia de los presupuestos establecidos para esta sea total, vale decir, tienen que estar absolutamente todos acreditados probatoriamente para que pueda estimarse la pretensión referenciada, porque si falta uno solo de ellos, la pretensión deberá desestimarse.

Por ende, al no satisfacerse dichas exigencias, no existe viabilidad legal de declarar responsable civilmente a los demandados por el incumplimiento contractual y condenarlos al pago de las sumas reclamadas por el



REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
VALLEDUPAR – CESAR

demandante, y la pretensión indemnizatoria debe ser desestimada, como en efecto se expresará en la parte resolutive de esta providencia.

Finalmente, como quiera que no prosperaron las pretensiones del demandante, se releva el despacho del estudio de las excepciones propuestas por los demandados dirigidas a enervar la acción.

Habida cuenta de lo expuesto en antelación, el despacho proveerá negando las pretensiones de la demanda y condenando en costas a la parte demandante.

DECISIÓN

En virtud y mérito de lo expuesto el juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: Desestimar las pretensiones de la demanda presentada por **ÁLVARO RAFAEL ANAYA SANCHEZ**, contra **BORNACELLI Y ASOCIADOS LTDA**, **BENJAMÍN ARTURO MENDOZA MARENCO** Y **HERNÁN ARZUAGA ARZUAGA**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: condénese en costas a la parte demandante.

Tercero: fijense las agencias en derecho en favor de la parte demandada, en la suma de \$4.945.406, correspondientes al 3% de las pretensiones de la demanda.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

DANITH CECILIA BOLÍVAR OCHOA,

Juez.

REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
CIRCUITO DE ORALIDAD
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
Valledupar, Cesar, el 21/01/20. Hora: 5:00 p.m.
anotación: se radica a las partes ausentes por consto. 007
El Secretario
15

