

SEÑORES

MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
M.S EDGAR ROBLES RAMÍREZ
E.S.D.

PROCESO: VERBAL DE MAYOR CUANTÍA.
DEMANDANTE: EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO y
AMBIENTALES Y CIVILES O.A.C S.A.S
DEMANDADO: GMP INGENIEROS S.AS y SANTANDER ELIECER
MAFIOLY CANTILLO, integrantes del CONSORCIO
INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016, identificado
con el NIT No. 900.932.005-0
RADICACIÓN: 41001310300520190009401.

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION.

REPAROS CONTRA LA SENTENCIA DEL 23 DE
SEPTIEMBRE DE 2021 NOTIFICADA EL 24 DE
SEPTIEMBRE DE 2021

STEVE ANDRADE MENDEZ, mayor y vecino de Neiva, identificado con la cédula de ciudadanía número 7.722.335 de Neiva, portador de la Tarjeta profesional de abogado número 147.970 del C. S. de la Judicatura, actuando como apoderado de la parte actora, respetuosamente obrando dentro del término legal consagrado en el artículo 322 y siguientes del Código General del Proceso y en concordancia con el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, sustento el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021 y notificada por estado el día 24 de Septiembre de 2021.

LA SENTENCIA OBJETO DE APELACIÓN

El señor Juez da por demostradas las excepciones de “Falta de legitimación en la causa por activa” y “Mala fe contractual”, argumentando que el señor EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO no estaba legitimado para actuar como demandante en este proceso, pues la ejecución de la obra del muro de contención fue realizada por la empresa T&T INCOREDES y no EDUAR MAURICIO TRUJILLO como persona natural, y que actuó de mala fe, pues según el a quo, “...resulta palmario, el hecho de que como lo confiesa en ampliación de su interrogatorio, existía de por medio, un ajuste o cruce de cuentas entre las partes, al punto de haberse iniciado un proceso ejecutivo ante el juzgado segundo civil del circuito de Neiva, en contra de TYT, por unos valores o perdidas de la que al parecer debe responder la empresa en comento, luego de hacer un balance a

Calle 79-27 Of. 101 Condorino Banco Agrario
Email: steveandrademendez@hotmail.com

demandada de los tres contratos anteriores, balance que de acuerdo al testimonio rendido por el ingeniero LUIS AUGUSTO VENEGAS, asciende a la suma de \$900.000.000 y de la cual ya había sido enterado el hoy actor EDUAR, siendo ello precisamente la razón por la cual dejara de asistir a la cita colocada por el consorcio, luego de que de que(sic) presentara una última cuenta cobro o anticipo”¹

Finaliza diciendo el señor Juez:

“En estas condiciones ante la falta de legitimación en la causa en la actora, habrá que declarar probada la exceptiva propuesta de falta de legitimación en la causa por activa, como presupuesto procesal indispensable para el ejercicio del derecho de acción, sin que, por otra parte, puede esta despacho pasar por alto, el comportamiento asumido antes, durante y con posterioridad del hoy actor EDUAR pues no solo la prueba documental aportada con el texto de la contestación, delatan su inadecuado proceder, sino es su mismo (sic) confesión, al momento de ser ampliado su interrogatorio que lo coloca aún más en evidencia, si en cuenta setiene que el actor EDUAR quien de acuerdo a su conveniencia actuaba en algunas ocasiones a nombre propio, pero en otras, y cuando se trataba de cobrar sumas de dinero, lo hacía a nombre de la empresa de la cual era su subgerente.”²

REPAROS CONCRETOS AL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

- 1. PRIMER REPARO: No dar por demostrado que existió un contrato de obra civil de construcción del muro en la Institución Educativa Juan de Cabrera del Municipio de Neiva donde los contratistas eran EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO Y AMBIENTALES Y CIVILES OAC**

Contrario a lo indicado en el fallo, se tiene probado conforme a las respuestas a la demanda que constituyen confesión y de los testimonios practicados, tanto por la parte demandante como por los demandados, lo siguiente:

- a) Que se ejecutó una obra civil consistente en la construcción de un MURO DE CONTENCIÓN en la Institución Educativa Juan de Cabrera del Municipio de Neiva.
El representante del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 – GUSTAVO MARTINEZ, en su declaración acepta la existencia de la obra, el recibo por parte del FFIE y el pago de la misma realizado por el Ministerio al Consorcio. En los anexos de la demanda obran los pagos realizados. (Folios 131 a 136 de los anexos de la demanda (146 a 151 del expediente electrónico)). PAGOS reconocidos en el interrogatorio (HORA 2:25 video audiencia).

¹ Pág 12 del fallo

² Páginas 13 y 14 del fallo

- b) Que los contratantes del muro de contención son el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 (integrado por GMP INGENIEROS S.AS y SANTANDER ELIECER MAFIOLY CANTILLO) producto del contrato marco de obra de fecha 5 de febrero de 2016 suscrito con el Consorcio FFIE Alianza BBVA.
- c) Que la ejecución de las obras de construcción correspondió al mes de enero de 2018 hasta el día 05 de julio de 2018.
- d) Que el valor inicial del contrato ascendió a la suma de **\$1.039.215.305**, valor correspondiente al 83 % del valor presupuestado para el desarrollo de la obra por parte del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa (FFIE) y contratado con el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016.
- e) El reconocimiento inicial por los demandados de un valor adeudado corresponde a la suma de **\$422.871.273.62**, tal como se confiesa al contestar el hecho DECIMO SÉPTIMO de la demanda, donde realizan deducción de \$616.344.032.38 al valor inicial de \$1.039.215.305.
- f) **Además, con las pruebas testimoniales y documentales allegadas con la demanda, se puede demostrar, que los ejecutores de la obra de construcción de ese muro de contención fueron los demandantes EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO y la empresa AMBIENTALES Y CIVILES O.A.C S.A.S representada legalmente por FELIX MAURICIO POLANCO ARAUJO.**

La parte demandada ha soportado el contenido de su defensa en la celebración de un contrato de cuentas por participación entre el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 (integrado por GMP INGENIEROS S.AS y SANTANDER ELIECER MAFIOLY CANTILLO) y la empresa T&T INGENIERIA CONSTRUCCIONES Y REDES INCOREDES acontecido el 26 de Diciembre de 2017, para el efecto, se procede a controvertir la tesis formulada por el apoderado de los demandados y acogida por el juez de instancia, conforme los pruebas que obran en el expediente de la siguiente forma:

1.1 Ausencia de la firma del contrato de cuentas en participación por parte de T&T INGENIERIA CONSTRUCCIONES Y REDES INCOREDES

No es válido el argumento expuesto por los demandados al indicar que el 26 de diciembre de 2017 se celebró entre el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 (integrado por GMP INGENIEROS S.AS y SANTANDER ELIECER MAFIOLY CANTILLO) representado por parte del señor GUSTAVO ADOLFO MARTINEZ RAMIREZ y la empresa T&T INCOREDES SAS contrato de cuentas por participación para el desarrollo de las obras del muro.

Téngase presente que tanto en el hecho séptimo de la demanda, así como la respuesta a ese mismo hecho, por parte del apoderado de los demandados y las declaraciones de la abogada LIZ ANGELICA MARTINEZ, se deduce claramente la remisión de una minuta de contrato enviada vía correo electrónico a la empresa T&T INCOREDES SAS la cual nunca fue suscrita por parte del representante legal de la empresa, señor **FELIPE TRUJILLO TRUJILLO**, correspondiente este aun hecho inequívoco de la ausencia de voluntad para el negocio jurídico.

Se expresa en el fallo proferido por parte del Juzgado Quinto Civil del Circuito que el nacimiento del negocio jurídico para la ejecución de las obras en la Institución Educativa Juan de Cabrera del Municipio de Neiva se materializó en la reunión sostenida en mes de Diciembre de 2017 entre el representante del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 y el señor EDUAR MAURICIO TRUJILLO donde se acordó la ejecución de las obras por parte de T&T INCOREDES SAS. La decisión expresa: *“Es así como pasado un tiempo, sin aun haberse obtenido la materialización de la relación contractual, y luego de efectuarse una reunión en diciembre de 2017., de la cual da cuenta no solo ingeniero RODOLFO MONTAÑA, Director técnico del Consorcio., sino igualmente el Inge. LUIS ALFONSO VENEGAS (Minuto 29:30 audio), en las que participo los señores GUSTAVOANTONIO MARTINEZ PETRO, representante legal del Consorcio, el ingeniero RODOLFO MONTAÑA, Director Técnico del Consorcio, LUIS ALFONSO VENEGAS, jefe administrativo del Consorcio, así como el señor EDUARD, se convino que fuera T&T. quien ejecutora la obra, por la experticia o la experiencia que tenía esta empresa, en la realización de este tipo de obras, tal como lo manifiesta en su declaración el señor LUIS ALFONSO VANEGAS, siendo esta reunión el punto de encuentro en donde de acuerdo a lo observado, dio inicio a la ejecución de la obra, consistente en la hechura del precitado muro de contención”*. (Resalto nuestro).

No se puede tener como probado que el contrato se celebró el 26 de diciembre de 2017, cuando a febrero de 2018, de acuerdo con lo expresado por los demandados se estaban socializando modelos de contratos, es decir, no estaban fijadas las condiciones de ejecución ni mucho menos perfeccionado el negocio jurídico, que requiere además, la voluntad del representante legal principal de T&T INCOREDES SAS la cual nunca existió.

1.2 Facultades del representante legal suplente empresa T&T INGENIERIA CONSTRUCCIONES Y REDES INCOREDES (artículo 841 Cód. Comercio).

Los contratos en cuenta por participación suscritos por parte del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 y la empresa **T&T INGENIERIA CONSTRUCCIONES Y REDES INCOREDES** correspondiente a los Nos 008-2017

para la Institución educativa Misael Pastrana Borrero, No. 009 de 2017 Institución Educativa San Andrés y el No. 010 -2017 en la Institución Educativa Nicolás García Bahamón, descritos en el contenido de la demanda y presentados como prueba por la parte demandada, fueron suscritos por parte del señor **FELIPE TRUJILLO TRUJILLO** en calidad de representante legal de la empresa **T&TINCOREDES** y único con la facultad de poder comprometer a la persona jurídica.

El señor **EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO** está inscrito como subgerente de la empresa **T&T INGENIERIA CONSTRUCCION Y REDES T&T INCONREDES LTDA** y su intervención en ningún momento comprometía a la persona jurídica mencionada debido a que no estaban dados los presupuestos de la ausencia temporal o definitiva del representante principal de la sociedad, es decir, el señor FELIPE TRUJILLO TRUJILLO que permita su participación como suplente como lo exigen las normas comerciales y ha sido ampliamente expuesto por la doctrina de la Superintendencia de Sociedad y la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

La Superintendencia de Sociedades ha establecido que el objetivo de la suplencia en la representación legal no es otro que el de reemplazar a la persona que ejerce la titularidad de la representación legal de una sociedad en sus **faltas temporales y absolutas** lo cual debe entenderse como la imposibilidad de actuar de manera temporal o absoluta (*SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-001192 de 17 de enero de 2002. Los actos del suplente del representante legal cuando el principal no se ha ausentado ni temporal y definitivamente*).

Tal circunstancia se evidencia en el certificado de existencia y representación legal T&T INCOREDES, anexo como prueba por la parte demandada de la empresa, que faculta el subgerente **solo ante las faltas temporales o absolutas** del titular.

La Superintendencia de Sociedades ha sido constante en su doctrina al afirmar que, aunque el representante legal suplente esté en la obligación de una permanente disponibilidad, **su capacidad para contraer obligaciones en nombre de la sociedad solo nace en el momento en que el representante legal principal no pueda ejercer el cargo**. Si no se da dicho presupuesto, se entiende que el representante legal suplente **está extralimitando sus facultades**

Mientras el representante legal principal se encuentre en uso de sus funciones, el **suplente no será considerado administrador de la sociedad**.

Ahora bien, nótese que el señor Felipe Trujillo falleció en el mes de marzo de 2018, es decir, dos meses después de haberse iniciado la obra a nombre de EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO como persona natural en asocio con AMBIENTALES Y CIVILES OAC, razón por la que mal puede decir el señor Juez que el contrato se celebró con T&T INCONREDES SAS.

La anterior consideración se expresa literalmente en el contenido del fallo objeto de recurso cuando se encuentra probado el fallecimiento del representante legal de la empresa T&T INCONREDES en el mes de marzo de 2018, cuando la obra estaba en ejecución y requería de la manifestación de voluntad del representante legal de la empresa. La decisión argumenta: *“Es por ello que para este juzgador, no resulta ser de recibo la conducta asumida por parte del demandante EDUAR, quien no obstante decir actuar a nombre propio, en unas actuaciones, en otras de acuerdo a su conveniencia, por lo observado de la prueba documental aportada, esta es la cuentas de cobro presentadas, **y por lo manifestado por deponentes RODOLFO MONTAÑA y LUIS AUGUSTO VENEGAS, actuó como representante legal de la firma T 6 t. , cuestión apenas plausible en el entendido que el representante legal principal señor FELIPE TRUJILLO, falleció en marzo de 2.018, esto es durante la ejecución de la obra,** tal como lo confiesa el mismo demandante EDUAR, al momento de que le fuera ampliado su interrogatorio, el día 6 de septiembre último”.*

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC13630-2015, de 7 de octubre de 2015, rad. 73411-31-03-001-2009-00042-01, sobre la competencia del representante legal suplente expuso:

*“De igual modo se probó la existencia de una cláusula en el contrato social que facultaba al suplente para realizar negocios a nombre de su representada únicamente **en ausencia parcial o absoluta de gerente principal, sin que esta última condición lograra acreditarse por ningún medio.***

*Es decir que además de haber infringido la prohibición del artículo 838 del Código de Comercio, el gerente suplente celebró la hipoteca por fuera de los límites de su mandato (artículo 196 ejusdem), **por lo que el negocio concluido con abuso de la razón social carece de eficacia,** tal como se deduce del segundo inciso del artículo 833 de la ley mercantil; de ahí quedaba declararse su nulidad para deshacer los efectos jurídicos que alcanzó a producir entre las partes”.*

De acuerdo con lo expuesto y evidenciado del conocimiento de la representación legal de la empresa T&T INCOREDES en cabeza del señor **FELIPE TRUJILLO TRUJILLO** por parte del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 de los contratos en cuentas por participación celebrados en el año 2017, **y la falta de prueba de su ausencia temporal o absoluta**, no resulta creíble que el señor **EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO** actuara en representación de una persona jurídica.

En gracia de discusión, en aplicación del artículo 841 Código de Comercio, en caso de aceptarse la tesis de la celebración de un negocio jurídico con el ingeniero TRUJILLO OTERO como representante de T&T INCOREDES, su extralimitación de funciones solo compromete el nacimiento del negocio jurídico de él como

persona natural con el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 como se pretende en la demanda, pues así lo enseña el artículo 841 del **Código de Comercio que expresa que no producirá efectos frente a la sociedad que representa, pero será válido, eficaz y vinculante entre el tercero y el representante.**, lo cual ha sido entendido de esa manera por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 Nov de 1994 Exp 4025 ponencia del magistrado Héctor Marín Naranjo, entre otras.

Frente a este análisis se agrega que la declaración del **señor RODOLFO MONTAÑO coordinador de los contratos del Consorcio infraestructura educativa 2016, expresa que el señor FELIPE TRUJILLO TRUJILLO** no estuvo presente en la reunión de fecha 26 de diciembre de 2017 la cual, la defensa de los demandados y la tesis expuesta por el juez de instancia, expone como fecha de celebración del contrato para la construcción del MURO.

1.3 No se dan los presupuestos legales para la celebración y ejecución de un contrato de cuentas en participación de acuerdo con los elementos descritos en el artículo 507 y siguientes del código de comercio.

Si bien se argumenta en el fallo de instancia que el nacimiento del negocio jurídico se da en la reunión del mes de Diciembre de 2017 y el envío de minuta de contrato de contrato de cuentas por participación por parte del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 a la empresa T&T INCONREDES SAS en febrero de 2018, ya en desarrollo de las obras, no resulta procedente la configuración del negocio jurídico por no estar dados los presupuestos legales para su configuración de acuerdo lo instituido en el artículo 507 y siguientes del Código de comercio.

La Corte Suprema de Justicia ha definido el contrato de cuentas en participación como un: *“contrato ‘de colaboración’, ‘de carácter consensual’ y en virtud del cual ‘se permite que unas personas participen en los negocios de otras, mediante el aporte de dinero u otra clase de bienes, para desarrollar una o varias operaciones mercantiles determinadas, **cuya ejecución deberá ser adelantada por una de ellas. llamada partícipe gestor, en su propio nombre y bajo su crédito personal,** con cargo de rendir cuentas a los partícipes inactivos, quienes ante terceros permanecerán ocultos, **y dividir entre todos las ganancias o pérdidas en la forma convenida’, razón por la cual ‘su existencia, en principio, no se revela (...), pues el partícipe gestor es reputado único dueño de la empresa propuesta’**, de donde ‘es claro que unas son las relaciones externas entre éste y aquéllos, y otras, las internas entre los partícipes’, las cuales ‘se rigen por las cláusulas de la participación o en su defecto los partícipes tendrán los mismos derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e impone a los socios entre sí, y en subsidio, las generales del contrato de sociedad’, sin que tenga lugar el ‘surgimiento de una sociedad propiamente dicha, porque a*

diferencia de ésta, el contrato de cuentas en participación, como se anunció, es de naturaleza consensual, y porque amén de que carece de patrimonio propio, distinto del de los partícipes, no puede haber autonomía patrimonial, precisamente al no existir personalidad a quien se le pueda atribuir ese patrimonio'¹⁵

De la lectura de los artículos 507 a 514 del Código de Comercio que regula dicho negocio jurídico y conforme la doctrina y jurisprudencia, se puede definir que los elementos del citado contrato corresponden a los siguientes:

- Tener la calidad de comerciante:
- Es un contrato de colaboración, en el cual intervienen dos o más personas y se busca un fin común: **No existía fin común**
- Una de las partes será un partícipe activo o gestor, quien deberá ejecutar la operación u operaciones **acordadas en nombre propio y bajo su crédito personal**, los demás partícipes no gestores o partícipes inactivos permanecen ocultos en las relaciones con terceros y por lo tanto, no comprometen su responsabilidad frente a ellos. **No se da, el gestor permanece oculto frente al dueño de la obra que es el FFIE**
- Es un contrato consensual:
- La participación puede ser para una o varias operaciones determinadas:
- **Los aportes, de acuerdo a la remisión dado por el artículo 514 C.Co. pueden ser en dinero, especie o, incluso, en industria..** No existe aporte por el Consorcio infraestructura educativa 2016.
- Los participantes deben convenir en el contrato, **la proporción con la que participarán en las ganancias o pérdidas**: Tampoco existe.

Del análisis de la posición adoptada por parte de los demandados y los testigos en cabeza de los señores GIUSTAVO MARTINEZ, RODOLFO MONTAÑA Y LIZ ANGELICA MARTINEZ, al indicar que se suscribió un contrato de cuentas en participación entre el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA y la empresa T&T INCONREDES, legalmente no se dan los elementos esenciales por las siguientes razones:

A) No existe fin común en la ejecución del negocio jurídico.

Es un contrato de colaboración en el cual intervienen dos o más personas y se **busca un fin común**, conforme el artículo 507 Cod comercio.

En el caso objeto de litigio, no existe ese fin común entre las partes, existe es la responsabilidad de un contratista ejecutor de realizar y entregar una obra por cuenta propia, como se evidencia de las pruebas del proceso, a cambio de un precio pactado. No existe el objeto común de desarrollar un

proyecto, en este caso la obra, **con el aporte de capital, bienes o servicios entre las partes para después dividir utilidades o pérdidas.**

b) No existió la ejecución del negocio jurídico por parte de un partícipe activo o gestor, es decir, quién ejecutó la obra frente a terceros. Por el contrario, se buscó por el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA tal como lo expone en la respuesta al hecho Vigésimo (página 13/43 del escrito de contestación) que el ejecutor fuese una persona oculta “... solo podía aparecer como coordinador de obra o parte del contratista CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 ante el cliente (se debía evitar que se creyera que existía una subcontratación).....

En el contrato de cuentas en participación el ejecutor de la operación acordada debe actuar en su propio nombre y bajo su crédito personal, permaneciendo ocultos los demás partícipes frente a los terceros, sin comprometer su responsabilidad.

Aquí permaneció oculto el ejecutor de las obras frente a los terceros, es decir frente al CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA representante del FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA (FFIE).

Sobre este aspecto LA CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-790 DE 2011 Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA. ha dicho que:

“la naturaleza y las responsabilidades del gestor como único dueño y de los partícipes no gestores, previstas en el contrato de cuentas en participación del Código de Comercio, encuadran dentro del postulado constitucional de la buena fe de las actuaciones privadas”.

*Señala la Corte Constitucional “El contrato de cuentas en participación por sus especiales características, dispone la naturaleza ‘oculta’ del partícipe no gestor. **Este aspecto, atado exclusivamente a la relación interna con el gestor, persona que asume la representación, obligaciones y responsabilidades externas del negocio jurídico, se contrae a su objeto en estricto, definido en el artículo 507 del Código, en función del cual la “secrecía” se establece para rendición de cuentas, por esa estrecha relación o nexo, sin que por ello se estén fraguando conductas ilícitas, ni que la responsabilidad del gestor ante terceros disminuya, salvo que los partícipes no gestores revelen su calidad, en cuyo caso ésta será solidaria y no se limitará al valor de la aportación (arts. 510 y 511 ib.)”.***

- c) El artículo 507 código de comercio indica que el gestor y sus partícipes deben dividir **“las ganancias y pérdidas en la proporción convenida”**.

El negocio jurídico objeto del presente litigio no convino ninguna división de ganancias y pérdidas, propios del contrato de cuentas por participación, como lo sostuvo la *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR Bogotá, D. C., cuatro (4) de diciembre de dos mil ocho (2008).Referencia: C-1100131030271992-09354-01.*

No es posible argumentar que entre las partes existió un contrato de cuentas en participación como lo pretende demostrar la parte demandada, por no tener los elementos propios de la figura negocial.

Por último, revisado el contenido de la minuta allegada por los demandados, relacionado con el contrato de cuentas por participación que reviste condiciones abusivas y leoninas, entre ellos, clausulas penales del 100 % del valor del contrato, las condiciones fijadas no están acorde con las condiciones de ejecución del contrato que se encuentran probadas en el expediente judicial.

En la declaración del ingeniero EDUAR MAURICIO TRUJILLO se exponen las condiciones de celebración y ejecución del contrato de obra, su valor y la obligación del contratante, es decir, el consorcio INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016, como por ejemplo, realizar los pagos de nómina y seguridad social de los trabajadores así **como el suministro del Acero** necesario para la obra; acero suministrado por la empresa GyJ. De las condiciones del contrato de cuentas en participación NINGUNA CLAUSULA contempla tales aportes de materiales, expuestos tanto en la demanda como en la contestación de la demanda, que evidencian que el ACERO fue aportado por el CONSORCIO.

La minuta del contrato enviada en febrero o en marzo de 2018 como se expone en la contestación de la demanda y la declaración de LIZ MARTINEZ, ya contaba con la ejecución de dos tramos del MURO (**ver acta de cumplimiento del HITO del FFIE – FOLIO 55 anexo demanda, folio 70 expediente digital**), debido a que al 10 de marzo de 2018 ya se tenía como terminadas esas fases, es decir, ya se había entregado **ACERO** y otros materiales por parte del CONSORCIO.

1.4 Elementos del contrato o negocio Jurídico que existió entre GMP INGENIEROS S.A.S y SANTANDER ELIECER MAFIOLY CANTILLO integrantes del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 Y EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO, y la empresa AMBIENTALES Y CIVILES O.A.C S.A.S, representada legalmente por FELIX MAURICIO POLANCO ARAUJO

El contrato de obra conforme el ordenamiento jurídico colombiano corresponde a 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.** (Definición contemplada en nuestro ordenamiento civil, artículos 2053 a 2060)

En la legislación colombiana, el Código Civil en el Título II regula lo concerniente a los actos y declaraciones de voluntad, y establece en el artículo 1502:

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, como el contrato es necesario:

1º. Que sea legalmente capaz.

2º. **Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.**

3º. Que recaiga sobre un objeto lícito.

4º. Que tenga una causa lícita.

De la norma transcrita, la declaración de voluntad debe cumplir con una serie de requisitos necesarios para que la misma tenga validez, entre los que se cuentan la **capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita.**

En cuanto al consentimiento, pieza fundamental dentro de la declaración de voluntad, se puede establecer un requisito adicional, el cual es que debe ser **declarado de forma expresa o tácita, es decir, que debe ser conocido para que produzca los efectos jurídicos pretendidos por quien realiza la declaración.**

Frente a la voluntad, en el acto jurídico, la Corte Suprema de Justicia en sentencia **SC19730-2017 - Radicación: 05001-31-03-007-2011-00481-01** Aprobado en Sala de veintidós de febrero de dos mil diecisiete Bogotá, D. C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), ha reconocido dos estadios, las cuales son las que generan efectos jurídicos, es decir, trascienden en el mundo del derecho.

“La voluntad, frente al acto jurídico, presenta dos estadios, los cuales deben concurrir e integrarse para que tengan repercusión en el campo del derecho. Inicialmente, uno de carácter interno, en cuanto no es voluntad exteriorizada sino oculta e irrelevante, esto, es cuanto es carente de eficacia legal para la formación de una relación jurídica por no aparecer declarada o conocida, nivel en el cual se halla realmente la reserva mental; es el querer subjetivo de cada sujeto de derecho para que se generen efectos de derecho, el propósito o la motivación de obligarse, de tal modo que si no trasciende del fuero interno, vano es su

efecto, salvo en aspectos relacionados con los derechos de terceros. **Pero también tiene el otro carácter, el externo, como voluntad exteriorizada o declarada.** Ello significa que el querer interno y consciente de la persona cuando se manifiesta externamente, **es comunicado y conocido por los otros o por los terceros, adquiere efectos vinculantes frente a los otros sujetos de derecho.** Esa voluntad externa constituye la manifestación de la conciencia interna que se plasma en signos reconocibles por los destinatarios de ella con el fin de que la conozcan; en consecuencia, si no se exterioriza no existe jurídicamente, ni se puede inferir su existencia y contenido.

Esto significa que la voluntad jurídica puede ser declarada en forma expresa, tácita o presunta; no obstante, ha de ser clara e inteligible. La expresa, puede ser verbal o escrita, según el caso, o apreciable por signos que la den a conocer;

Es tácita cuando sin conocerse expresa o directamente, se deduce de hechos o circunstancias, una conducta o un comportamiento que revelan una intención, una voluntad o un querer directamente, que pueda deducirse de ciertos hechos o circunstancias”.

Frente a la voluntad tácita, la Corte Suprema de Justicia, en la precitada sentencia, dijo al respecto: **“se presenta cuando sin conocerse expresa odirectamente, se deduce de hechos o circunstancias, una conducta o un comportamiento que revelan una intención, una voluntad o un querer directamente,** que pueda deducirse de ciertos hechos o circunstancias”.

De las pruebas aportadas en el proceso, se tiene el convencimiento de la ejecución propia de un contrato de obra de manera directa y sin subordinación por parte de mis representados definido claramente el objeto, el plazo y el valorconvenido.

Las declaraciones de la señora CLARA INES PRADA VARON, quien realizó el alquiler de los equipos de construcción para el desarrollo de la obra de construcción del muro de contención de la institución educativa Juan de cabrera a través de la empresa RIVERA Y EQUIPOS SAS, con las facturas adeudadas , así como el testimonio del JAIME ANDRES VARGAS GOMEZ quien en calidad de representante de INGENIERIA VARGAS SAS, realizó los trabajos de movimientos de tierras (alquiler de retroexcavadora, transporte y disposición final sobrante producto de las excavaciones hechas en la I.E Juan de Cabrera de Neiva), evidencian la ejecución de la obra por parte del ingeniero **EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO** y la empresa **AMBIENTALES Y CIVILES O.A.C S.A.S** representada legalmente por **FELIX MAURICIO POLANCO ARAUJO**.

2. SEGUNDO REPARO: VALORACIÓN INADECUADA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

La dirección total de la obra, sus cantidades, especificaciones técnicas incluso los ajustes y diseños, procesos constructivos y el financiamiento fueron realizados directamente por parte de **EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO y la empresa AMBIENTALES Y CIVILES O.A.C S.A.S representada legalmente por FELIX MAURICIO POLANCO ARAUJO, tal como se evidencia el personal a cargo, los comités y ACTAS DE VISITA A LA OBRA por parte de la interventoría y el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA (FFIE) que prueban el desarrollo de la obra de manera directa sin ningún tipo de subordinación.**

Reposa en el expediente ACTA DE SEGUIMIENTO del FFIE (folios 125 a 128 de los anexos de la demanda (140 a 143 del expediente digitalizado) donde se toman decisiones tan importantes como el CAMBIO DEL TRAZADO DEL MURO suscrita por **MAURICIO TRUJILLO** como contratista de OBRA, y **VIVIAN LORENA HENAO** como representante del FFIE.

Similar ocurre en el ACTA DE REUNIÓN del FFIE del 17 del mes de mayo de 2018 que tuvo como objeto LA CONEXIÓN RED ELECTRICA DE LA OBRA, el Ing. EDUAR MAURICIO TRUJILLO suscribe el documento como CONTRATISTA, acta que también se firma por la representante del FFIE, el Coordinador del Contrato ROLANDO FLOR (testigo del proceso) y los representantes de la interventoría (folio 129 - 130 anexos demanda)

Los comités técnicos de seguimiento los firmaba HIPARCO CHARRY en representación del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 y JORGE SALAS SERRANO en representación de la interventoría CONSORCIO INTERVENTOR EDUCATIVO 2016 (FOLIO 58 A 94 de la demanda), así como su declaración como testigo acreditan que la ejecución de la obra se realizó por parte de EDUAR MAURICIO TRUJILLO Y AMBIENTALES Y CIVILES OAC SAS

VEAMOS LAS DECLARACIONES DE LOS TESTIGOS:

HIPARCO CHARRY

Hiparco Charry (hora 1:04 video audiencia 2), quien además ejercía la residencia la obra, corrobora los ajustes a los diseños del muro realizados por parte de ingeniero MARTIN CALDERON, el suministro de materiales y equipos parte de MAURICIO TRUJILLO OTERO (HORA 1:08 AUDIENCIA), y aclara en el marco del contrainterrogatorio realizado por el abogado de los demandados, que los contratos de los colegios MISAEL PASTRANA, SAN ANDRES Y NICOLAS GARCIA, se realizan con el papá DE MAURICIO TUJILLO, es decir T&T y la

construcción el MURO fue realizada por EDUAR MAURITIO TRUJILLO. (HORA 1:17 audiencia).

Las decisiones tomadas para realizar en obra, se asignan todas por el ingeniero EDUAR MAURICO TRUJILLO como responsable de la obra.

ROLANDO ALIRIO FLOR OSORIO

En su calidad de Coordinador de contratos del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 y quien tenía a cargo directamente el contrato del MURO DE CONTENCIÓN, como lo expresa su declaración (ratificada en la declaración de RODOLFO MONTAÑA) demuestra la ejecución del contrato de obra de manera directa por parte del EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO quien consiguió un socio, en cabeza de AMBIENTALES Y CIVILES OAC SAS para ejecutar la obra.

RODOLFO MONTAÑA

Esta persona era la persona encargada de la coordinación del contrato entregando planos, e información técnica, concuerda con lo expuesto por el mismo **ROLANDO en la declaración**, aclarando que fue realizada con EDAUR MAURICIO TRUJILLO y no con T&T INCONREDES SAS (hora 2:25 segunda audiencia).

Es enfático en aclarar que la construcción de los colegios MISAEEL PASTRANA, SAN ANDRES Y NICOLAS GARCIA se realizaron con MAURICIO TRUJILLO y el papá a través de T&T INCONREDES, pero aclara que el muro objeto de este litigio lo hizo de manera directa EDUAR MAURICIO TRUJILLO y MAURICIO POLANCO, representante legal de AMBIENTALES Y CIVILES OAC SAS (HORA 2:27 – 2:28)

Expuso que los mismos delegados del FFIE conocían que el constructor del MURO DE CONTENCIÓN era el ingeniero EDUAR MAURICIO TRUJILLO. Puntualizó que VIVIAN conocía eso, lo que se corrobora con el ACTA DE SEGUIMIENTO del FFIE (folio 125 a 128 de los anexos de la demanda) (140 a 143 del expediente digitalizado) firmada por EDUAR MAURICIO TRUJILLO y VIVIAN HENAO.

LUIS AUGUSTO VENEGAS

En la declaración del señor LUIS AUGUSTO VENEGAS, a quien el juzgador ampliamente cita en la decisión, expresa en su calidad de Jefe administrativo del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 que el señor EDUAR MAURICIO TRUJILLO solicitaba la materialización de un contrato donde se incluyera un socio que realizaba aportes, lo que descarta la tesis de la decisión de

considerar la celebración de un contrato de cuentas en participación realizado en el mes de diciembre de 2017 con la empresa T&T INCONREDES, cuando el mismo administrador del CONSORCIO contratante, da por cierto la falta de materialización de un acuerdo ya en etapa de ejecución de las obras.

Frente a ello, no existió una adecuada valoración de los elementos probatorios obrantes en el expediente que evidencian la existencia de un consentimiento tácito de las partes en el negocio jurídico que permitió que la ejecución de las obras se realizara por parte de EDUAR MAURICIO TRUJILLO junto con la empresa AMBIENTALES Y CIVILES OAC SAS, quien fue el socio que se expuso para realizar aportes económicos y administrativos necesarios para el cumplimiento del objeto del contrato.

No resulta de recibo la decisión del juzgado de dar certeza a la celebración de un contrato de cuentas en participación en el mes de diciembre de 2017 entre el CONSORCIO INFRAESTRUTURA EDUCATIVA 2016 Y T&T INCONREDES para la ejecución de las obras, cuando se demuestra la existencia de un consentimiento tácito entre las partes que la obra se ejecutara por mis representados, no sin ello ratificar nuestros argumentos de la ausencia de capacidad de TRUJILLO OTERO para obligar a la persona jurídica y la asunción de obligaciones como persona natural en los términos del artículo 841 del C de Co, que controvierte la tesis del fallador.

Valoración errada de los testimonios presentados por los demandantes

Si bien el abogado HERNAN JIMENEZ pretendió desacreditar los testigos presentados por la parte demandante contrainterrogando sobre la (i) presencia en el momento de la celebración del contrato de obra, (ii) la presentación de facturas de cobro por parte de T & T, (iii) el pago realizado a T&T y (iv) la vinculación de Mauricio Trujillo, ES PRECISO ADVERTIR que ante la finalidad de los testigos estaban encaminados a PROBAR las personas que ejecutaron el contrato de obra del muro ante la falta de prueba escrita.

Luego de leer el fallo objeto de apelación se logra evidenciar que el abogado de la parte demandada logró confundir al juez sobre aspectos fuera de la evidencia de la ejecución de una obra por parte de EDUAR MAURICIO TRUJILLO y AMBIENTALES Y CIVILES OAC, quienes ejercieron la materialización de la obra la cual los integrantes del CONSORCIO INFRAESTRUTURA EDUCATIVA 2016 no participaron en los comités y acta de avance del proceso.

Ante la falta de prueba escrita del contrato, tenemos el consentimiento tácito por parte del CONSORCIO INFRAESTRUTURA EDUCATIVA 2016 QUE SE REFLEJA EN LOS DIFERENTES HECHOS, CONDUCTAS Y CIRCUNSTANCIAS la ejecución del contrato con los aquí demandantes en el marco de un NEGOCIO JURIDICO.

3. TERCER REPARO: Pagos realizados por parte del CONSORCIO INFRAESTRUCUTURA A LA EMPRESA T&T INCOREDES.

Se expone en la decisión objeto de alzada que constituye un hecho relevante la existencia del contrato entre el CONSORCIO INFRAESTRUCUTURA A LA EMPRESA T&T INCOREDES SAS para la construcción del muro de contención, que las cuentas de cobro y los pagos realizados fueron a T&t INCONREDES y no al señor EDUAR MAURICIO TRUJILLO. Los apartes de la decisión expresan: *“No se comprende entonces, la conducta asumida por la parte actora, especialmente por parte del señor EDUARD, quien a pesar de señalar que la ejecución de la obra, dice haberla ejecutado a nombre propio, y en asocio con un tercero, presente cuentas de cobro, con papelería membretada a nombre de T&t, al consorcio INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA, quien como se observa de buena fe, hace incluso las correspondientes consignaciones en una cuenta de la empresa T & T, teniendo la demandada la convicción de que el pago de los referidos anticipos lo hacía con la persona jurídica que había sido contratada por dicha obra, justamente por la experiencia y la experticia que tenía dicha empresa en la ejecución de la obra.”* (resalto nuestro).

Frente al contenido de las facturas y las cuentas de cobro presentadas por parte de T&T INCONREDES LTDA en el marco de la ejecución del contrato de construcción del muro de contención, las mismas fueron relacionadas en la demanda a folios 145 y siguientes de los anexos, indicando que ellas se realizaron a T&T INCONREDES LTDA debido los requerimientos de los aquí demandados por ser quien figuraba registrado ante el consorcio INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016, quien tiene protocolos de pago. No es como lo hace ver el señor Juez quien dice que *“el actor EDUAR quien de acuerdo a su conveniencia actuaba en algunas ocasiones a nombre propio, pero en otras, y cuando se trataba de cobrar sumas de dinero, lo hacía a nombre de la empresa de la cual eras su subgerente”*.

Concretamente en el hecho noveno de las respuestas a la demanda se expresa que *“..Señor EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO pusiera en conocimiento antelos integrantes del consorcio que se iba a asociar con la empresa AMBIENTALES Y CIVILES O.A.O S.A.S, quien además de NO figurar dentro del registro de los proveedores y/o aliados del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016...”*

La declaración rendida por parte de RODOLFO MONTAÑA evidencia la existencia de los protocolos de pagos del CONSORCIO, que solo permitía los mismos a proveedores registrados, lo que generó que los pagos se tramitaran con T&T INCONREDES por estar registrado en el marco de los contratos precedentes de los colegios.

En igual sentido GUSTAVO MARTINEZ (HORA 2:12 video audiencia) expone el recibo de cuentas a través del sistema de pagos del consorcio, con proveedores registrados.

Nunca se suscribió contrato escrito por parte del CONSORCIO lo que no permitía realizar pagos de obra a EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO y la empresa AMBIENTALES Y CIVILES O.A.O S.A.S, quienes fueron los que ejecutaron las obras.

Por las anteriores razones, y además por temas tributarios de la empresa relacionados con protocolos de pagos como ellos mismos reconocen, fueron lo que generaron que, tanto las facturas, las cuentas de cobro y los escasos pagos a través de transferencia electrónica se realizaran a nombre de **T&T INGENIERIA CONSTRUCCION Y REDES T&T INCONREDES LTDA** y no a mis poderdantes quienes fueron los que realizaron la ejecución de las obras de construcción del muro de la institución educativa y del cual los integrantes del consorcio INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 pretenden desconocer, cuando han recibido los pagos por parte de Ministerio de Educación a través del patrimonio autónomo FFIE y la obra se encuentra recibida por parte de la entidad a entera satisfacción como se prueba de folios 131 a 136 de los anexos de la demanda (146 a 151 del expediente electrónico).

Además, la parte demandada, abusando de posición dominante fue la que obligó a EDUAR MAURICIO TRUJILLO a que las cuentas de cobro las pasara a nombre de TYT INCONREDES, pues al parecer, su mala fe desde el inicio buscaba tergiversar los hechos para confundir y luego sacar provecho económico, como se evidencia en este proceso, donde el señor Juez creyó todas las falacias que pusiera de presente la parte demandada.

4. CUARTO REPARO: DAR POR DEMOSTRADO SIN ESTARLO que la celebración del contrato para la construcción del Muro de contención se hizo con la finalidad de compensar los valores aparentemente adeudados por T&T INCONREDES al consorcio demandado, respecto de los tres contratos de construcción de los colegios.

Como se expuso al inicio, el señor Juez dio credibilidad al argumento expuesto por la demandada relacionado con que este contrato de la construcción del muro de contención era para compensar valores presuntamente adeudados por T&T a los demandados.

El A quo dijo al respecto:

“...resulta palmario, el hecho de que como lo confiesa en ampliación de su interrogatorio, existía de por medio, un ajuste o cruce de cuentas entre las partes,

al punto de haberse iniciado un proceso ejecutivo ante el juzgado segundo civil del circuito de Neiva, en contra de TYT, por unos valores o pérdidas de la que al parecer debe responder la empresa en comento, luego de hacer un balance la demandada de los tres contratos anteriores, balance que de acuerdo al testimonio rendido por el ingeniero LUIS AUGUSTO VENEGAS, asciende a la suma de \$900.000.000 y de la cual ya había sido enterado el hoy actor EDUAR, siendo ello precisamente la razón por la cual dejara de asistir a la cita colocada por el consorcio, luego de que de que(sic) presentara una última cuenta cobro o anticipo”

La parte demandada en respuesta a los hechos décimo y vigésimo sexto de la demanda expuso que la celebración del contrato de obra con la empresa T&T INCONREDES LTDA para la ejecución de las obras del muro de contención tenía como finalidad poder compensar recursos que esta última presuntamente adeudaba por concepto de ejecución de los contratos de cuentas en participación No. 008-2017, para el desarrollo de obras civiles en la Institución Educativa Misael Pastrana Borrero, el contrato No. 009-2017 en la Institución Educativa San Andrés y el contrato No. 010-2017 de la Institución Educativa Nicolás García Bahamón, donde esta adeudaba la suma de \$507.644.592. **Si esto fuera cierto, haría parte del contenido de la minuta enviada a la empresa y es soporte reiterado en todo el escrito de contestación de demanda, situación que no hace parte de su contenido.** Veamos como lo expresa la parte demandada literalmente:

“AL HECHO DÉCIMO. No es cierto. El CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 contrató los servicios de la empresa T&T INGENIERIA CONSTRUCCION Y REDES T&T INCONREDES LTDA y NO al señor EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO en calidad de persona natural. Además contrató a la empresa T&T INGENIERIA CONSTRUCCION Y REDES T&T INCONREDES LTDA **con el fin de poder compensar los valores en cuanto al exceso en el PRESUPUESTO OFICIAL de los contratos en cuentas en participación No. 008-20 17, 009-2017 y 01 0-2017”** (resalto nuestro).

(...)

“AL HECHO VIGÉSIMO SEXTO. No es cierto, puesto que el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 no celebró ningún vínculo con el señor EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO ni con la empresa AMBIENTALES Y CIVILES O.A.C S.A.S. y por lo tanto nunca le ha adeudado y ni le adeuda ninguna suma de dinero ni similares.

Lo que si es cierto es que el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 celebró un vínculo para la construcción del muro de contención de la Institución Educativa Juan de Cabrera con la empresa T&T INGENIERIA CONSTRUCCION Y REDES T&T INCONREDES LTDA, a quien a la fecha no le debemos saldo alguno **y por el contrario es esta empresa la que adeuda al Consorcio la suma de QUINIENTOS SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$507.644.592).** circunstancia que motiva esta artificiosa demanda para tratar de evitar el señor demandante EDUAR MAURICIO TRUJILLO, pero como

subgerente de la sociedad T&T INGENIERIA CONSTRUCCION Y REDES T&T INCONREDES LTDA, pagarle lo que si debe esta entidad a nuestro CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016". (resalto nuestro).

No se entiende por qué razón el señor Juez no tuvo en cuenta esta respuesta a la demanda para establecer que no eran \$900.000.000 millones los que presuntamente adeudaba la demandante a la demandada de esos contratos anteriores, sino que era \$507.644.592.

De las declaraciones rendidas por parte RODOLFO MONTAÑA se expresa que la finalidad de celebrar un cuarto contrato con T&T INCORES era poder compensar los valores adeudados, dejando claro que dicha **situación que nunca se le expresó**. Manifestó que se expuso en reuniones anteriores, pero nunca se informa a T&T ni a EDUAR MAURICIO TRUJILLO. (Minuto 11 a minuto 14 de la declaración rendida) Lo anterior también se manifiesta por la testigo LIZ MARTINEZ (1 hora 24 minutos) que expresa que las minutas en cuentas por participación se redactaron "cláusulas de compensación de dineros", no solo del muro, sino de cualquier otra obligación, lo que fue objeto del contratante sin ser informado a EDUAR MAURICIO.

Lo anterior, claramente evidencia una mala fé del contratante que buscó la ejecución de unas obras por cuenta y riesgo de un tercero con la única finalidad de poder realizar deducciones de otras relaciones jurídicas precedentes, sin que el mismo fuera objeto de acuerdo.

Rompe cualquier regla de la experiencia y la lógica que la empresa T&T INGENIERIA CONSTRUCCION Y REDES T&T INCONREDES LTDA después de suscribir y ejecutar tres contratos de obra con el consorcio INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 (integrado por GMP INGENIEROS S.A.S y SANTANDER ELIECER MAFIOLY CANTILLO) **termine debiendo a su contratante \$900.000.000** y más absurdo aún, que se suscriba un nuevo contrato con la única finalidad de poder cancelar ese valor, cuando claramente la utilidad de un contrato de **\$1.039.215.305** nunca alcanzaría esa cuantía.

- **Existen inconsistencias en los supuestos valores a compensar, sin que los mismos aparezcan probados en el proceso los valores adeudados.**

GUSTAVO MARTINEZ, expuso que T&T debida los siguientes valores:

por el colegio Misael pastrana la suma de 212 millones
por el colegio San Andrés la suma de 511 millones
por el colegio Nicolás García 222 millones

RODOLFO MONTAÑA expuso que T&T adeudaba 507 millones

LIZ MARTINEZ, expuso que T&T adeudaba al consorcio cerca de 900 millones.

En conclusión, ni siquiera la cuantía presuntamente a compensar quedó debidamente probada, por lo que considero que el señor Juez no debió en su motivación dar por hecho que T&T adeudaba a los demandados \$900.000.000 y que por esa razón le daba credibilidad al argumento de defensa de la parte demandada.

CONSTANCIA DE INCUMPLIMIENTOS POR PARTE DEL CONSORCIO INFRAESTRUCTURA 2016 QUE ELIMINA LA BUENA FE QUE ADUCE EL SEÑOR JUEZ EN CABEZA DE LA DEMANDADA

De los testimonios de CLARA INES PRADA VARON y JAIME ANDRES VARGAS GOMEZ, quienes, además de ser proveedores de servicios para los demandantes en el desarrollo de la obra del MURO, también dejaron expuesto en sus declaraciones una serie de obligaciones sin cancelar por parte del CONSORCIO por la prestación de otros servicios lo que evidencia reiterados incumplimientos y **MALA FÉ contractual**, sin dejar de lado la apariencia de legalidad que pretende dar a sus actuaciones frente al FFIE, como contratante de las obras del Estado, tal como indica en la contestación de la demanda al ocultar los contratos suscritos con terceros para la ejecución de las obras.

En la contestación de la demanda se expone por el apoderado de los demandados en uso de su facultad confesoria del artículo 193 del CGP, **que se tenía que ocultar la subcontratación de la obra en cabeza de un tercero (respuesta hecho vigésimo)**, sin embargo, la intervención del apoderado en el trámite del proceso judicial se centra en la no existencia de un sub-contrato, sino la celebración de un contrato de cuentas en participación que legalmente no se dan los presupuestos como se expuso atrás. *(minuto 47 video primera audiencia)*

No entendemos cómo el señor Juez aduce que el demandante EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO fue quien actuó de mala fe, cuando las pruebas muestran que fue el consorcio demandado, quien, pese a tener prohibida la subcontratación lo hizo de una manera informal para evadir sus obligaciones, pero sacando provecho económico frente al FFIE, pues este fondo le pagó la totalidad de la obra que ejecutaron mis mandantes, la cual se reclama en este proceso.

Ahora bien, tampoco entendemos por qué razón se le da credibilidad a la presunta deuda a cargo de T&T INCOREDES y a favor del consorcio demandado respecto de los tres contratos anteriores, si no existe liquidación de esos contratos para poder establecer que existían valores a compensar y sus montos.

5. QUINTO REPARO: TENER COMO PROBADO EL NEGOCIO JURIDICO OBJETO DE LITIGIO ENTRE EL CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 Y LA EMPRESA T&T INCONREDES SAS POR LA EXISTENCIA DE TRES CONTRATOS ANTERIORES.

La decisión del a quo infiere la celebración del contrato para la construcción del MURO DE CONTENCIÓN por parte del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 y la empresa T&T INCONREDES SAS, soportado en la existencia de tres contratos precedentes entre las partes lo que genera confianza y buena fé. El fallo expone: *“Sin embargo, no puede este despacho desconocer el hecho de que con antelación la demandada ya había celebrado tres contratos con la firma TYT, lo que en sentir de este juzgador, le daba igualmente una confianza y seguridad a la firma demandada, en que se estaba ejecutando el contrato, justamente con la persona jurídica que en tres oportunidades anteriores, ya la había contratado, línea esta de confianza y buena fe que fue quebrantada por el hoy actor EDUAR, y que se materializa aún más, al no acercarse a la demandada, para formalizar la correspondiente liquidación, como era de esperarse, si se trataba en dejar en claro, los costos asumidos tanto por una como por la otra, parte, frente al desarrollo de la obra”.*

Claramente se expuso en el interrogatorio de parte rendido por parte del poderdante EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO, ampliado nuevamente el 06 de septiembre de 2021, que los modelos de contratos de cuentas en participación 008-2017, 009-2017 Y 010-2017 de las Instituciones Educativas MISAEL PASTRANA, SAN ANDRES Y NICOLAS GARCIA BAHAMON suscritos por parte de T&T INCOREDES correspondieron a la administración delegada de las obras donde el contratante (CONSORCIO) realizaba el aporte total de los materiales, equipos y la vinculación del personal, los cuales serían descontados al final a la empresa T&T INCONREDES del valor final pactado del 83 % del valor de la obra, negocio jurídico distinto a la construcción del muro de la INSTITUCIÓN EDUCATIVA JUAN DE CABRERA, que exigía la realización total de la obra por parte del ejecutor, es decir, bajo un precio global donde debía realizar el aporte de materiales, equipos y personal, lo que claramente justifica la ausencia de poder económico de T&T para su ejecución lo que motivó su ejecución por parte de EDUAR MAURICIO TRUJILLO OTERO con un socio privado AMBIENTALES Y CIVILES OAC.

El contenido de la contestación de la demanda por parte del apoderado de los consorciados GMP INGENIEROS S.AS y SANTANDER ELIECER MAFIOLY CANTILLO presenta como pruebas documentales (enumeradas Prueba 3, prueba 4, prueba 5 y prueba 6) se anexan los dos tipos de contratos que claramente son diferentes.

A título enunciativo se cita el **CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN – 007-2017 Colegio: MISAEAL PASTRANA BORRERO – SEDE JAIME LOZADA PERDOMO-:**

CLAUSULA 6: APORTES Y OBLIGACIONES DENTRO DE LA PARTICIPACION: Las partes han convenido que sus aportes corresponden a las siguientes descripciones:

6.1.- APORTES Y OBLIGACIONES DE EL CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016: Además y a propósito de los ya indicados como **GESTORA** se pacta:

6.1.11.- Suministrar, para posteriormente ser descontados de la participación de **T&T INCONREDES LTDA**, mano de obra o recurso humano, los equipos, las herramientas y materiales y/o el valor de los mismos, que sean requeridos por **T&T INCONREDES LTDA** para la ejecución del avance de obra respectiva.

Por su parte, la minuta del contrato para la construcción del Muro de contención de la institución Educativa Juan de Cabrera se proyectó:

CONTRATO PARA LA CONSTRUCCIÓN Y/O OBRA para ser ejecutado dentro del CONTRATO MARCO DE OBRA SUSCRITO ENTRE EL CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA ACTUANDO ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE COMO VOCERO Y ADMINISTRADOR DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA – FFIE (en adelante “EL CLIENTE”) Y EL CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016

OBJETO CONTRATO PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL MURO DE CONTENCIÓN EN LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA JUAN DE CABRERA

(...)

CLÁUSULAS

PRIMERA: OBJETO Y ALCANCE DE LA CONTRATACION: EL **CONTRATISTA** a partir de la firma del presente contrato, se obliga dentro de los términos y condiciones aquí pactados, a la elaboración y entrega del **PRODUCTO o ENTREGABLE** que se detalla e identifica en cada uno de los documentos que indica el **ANEXO TECNICO o ANEXO No. 3** y Anexo 4 mencionados.

(...)

QUINTA: VALOR DEL CONTRATO: El precio o VALOR del contrato, no reajutable, es la suma de: **MIL TREINTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS QUINCE MIL TRESCIENTOS CINCO PESOS M/CTE (\$ 1.039.215.305)**, el que se cancelará de la misma manera como **EL CLIENTE** le paga a **EL CONTRATISTA** por la ejecución de las obras objetodel presente contrato, previa presentación de la factura y RUT respectivos.

PARAGRAFO PRIMERO: EL CONTRATISTA deberá entregar oportunamente los PRODUCTOS ENTREGABLES ya mencionados dentro del cronograma igualmente pactado, el cual deberá aprobar **EL CONTRATANTE** expresamente y por escrito, debiendo modificar o cambiar **EL CONTRATISTA, a su costa**, aquello que no fue aprobado.

PARÁGRAFO SEGUNDO: A no ser que expresamente se diga lo contrario en otra parte del presente contrato, el precio en mención incluye el total de los valores en los que se debe incurrir y que represente la ejecución del contrato “a todo costo”, lo que a título de ilustración significa, entre otros:

1. La totalidad de los costos y/o gastos en que incurrirá **EL CONTRATISTA** para cumplir con el objeto, los plazos y las condiciones del presente contrato.
2. La totalidad de los costos y suministro de materiales y/o insumos y/o herramientas (computadores, traslados, vehículos, etc) para realizar los estudios y el (los) diseño (s) objeto del contrato, equipos y mano de obra, así como el personal INDIRECTO o administrativo o de supervisión necesaria para cumplir con el presente contrato.
3. Los costos de la mano de obra directa e indirecta (operativo y/o staff respectivamente), incluyendo costos de salarios.
4. La administración de la obra, la utilidad de **EL CONTRATISTA** y los imprevistos de la construcción u obra, objeto del contrato.
5. Todos los costos de transporte, fletes y desplazamiento al sitio de trabajo tanto del recurso humano como del logístico, incluyendo posible maquinaria, equipos, locaciones y/o suministros.

PARAGRAFO TERCERO: El presente contrato se pacta por el sistema de precio **GLOBAL FIJO NO REAJUSTABLE** el cual remunera la totalidad de las actividades y requerimientos, objeto del ofrecimiento, requeridos y que sean necesarios para la ejecución de su objeto. **EL CONTRATISTA** deberá asegurarse de la calidad y consecuencias de la construcción de la obra del proyecto.

No resulta de recibo la tesis de los demandados y acogida por el A quo al expresar que existió un contrato de cuentas en participación para la construcción del muro igual a los tres colegios (MISAEI PASTRANA, SAN ANDRES Y NICOLAS GARCIA BAHAMON), cuando claramente la tipología del contrato y las

condiciones de ejecución son oponibles, demostrando fehacientemente que lo manifestado por mis mandantes corresponde a la realidad del negocio jurídico que se celebró para la ejecución de las obras.

Por último frente a este reparo donde se manifiesta por parte del Juez la ausencia de prueba de la capacidad financiera y operativa de T&T INCONREDES para desarrollar las obras del muro de contención cuando expone: *“Resultando entonces evidente ese quebrantamiento al principio de la buena fe , mal podrá aceptarse entonces las exculpaciones realizadas por la parte actora en el sentido de no haber sido formalizado el contrato por una supuesta falta de capacidad técnica y operativa de la empresa T & T, cuando aparece demostrado que con anterioridad esta última empresa ya había ejecutado otras obras para el consorcio demandado, pero sobre todo, cuando no fue allegada prueba alguna por parte de la actora, de esa supuesta falta de capacidad, y por el contrario, resulta palmario, el hecho de que como lo confiesa en ampliación de su interrogatorio, existía de pormedio...*” (resalto nuestro); se insiste en que los modelos de ejecución son diferentes (en los tres contratos de los colegios no realizaba aportes de dinero, materiales, personal entre otros, sino la simple administración a la espera de una utilidad final de su ejercicio sobre la base del 83 % de las obras), además de obraren el expediente los balances de la empresa T&T INCONREDES SAS y la declaración de renta (presentado al momento de pronunciarnos de las excepciones) que evidencian la imposibilidad de poder ejecutar de manera directa a precios global una obra de tal magnitud, pruebas con las que el señor Juez hubiera podido construir indicios para establecer la verdadera relación contractual alegada en la demanda.

6. SEXTO REPARO: TENER COMO MEDIO DE PRUEBA LOS DOCUMENTOS ALLEGADOS EXTEMPORANEAMENTE POR LA DEMANDADA RELACIONADOS CON EL PROCESO EJECUTIVO ADELANTADO POR EL CONSORCIO CONTRA T&T INCOREDES EN EL JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO PARA SUSTENTAR EL FALLO

Según el artículo 173 del CGP *“ Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código”*, lo que implica que las partes no pueden allegar las pruebas que pretenden hacer valer cuando les provoque, pues bajo el principio de preclusión o eventualidad, mal puede una parte a través de su abogado allegar medios de convicción fuera de las oportunidades legalmente establecidas, como ocurrió en este caso.

En el proceso observamos que el apoderado de la parte demandada el día 03 de septiembre de 2021, allegó el mandamiento de pago dictado el 02 de diciembre de 2020 del Juzgado 2 Civil del Circuito de Neiva, en el proceso que inició el

consorcio demandado en este asunto, contra la empresa T&T INCOREDES, fuera de las oportunidades probatorias que legalmente tenía.

Además de no haber cumplido con el numeral 14 del artículo 78 del CGP, el abogado de la parte demandada, allegó dichos documentos varios meses después de haberse vencido la oportunidad para hacerlo. Es más, si revisamos esa actuación procesal adelantada en el juzgado segundo civil del circuito de Neiva, con radicado 41-001-31-03-002-2020-00034-00, observamos que el proceso fue iniciado el día 10 de febrero de 2020 y el mandamiento de pago fue proferido el día 02 de diciembre de 2020, por lo que mal podía admitirse como prueba unos documentos que no fueron allegados al momento contestar la demanda, pero lo más grave es que el señor Juez sustentó su decisión con esos documentos, pues ello se infiere cuando se lee que *“existía de por medio, un ajuste o cruce de cuentas entre las partes, al punto de haberse iniciado un proceso ejecutivo ante el juzgado segundo civil del circuito de Neiva, en contra de TYT, por unos valores o perdidas de la que al parecer debe responder la empresa en comento³...”* aspecto que debe ser revisado en segunda instancia, más aún cuando no existe una sentencia definitiva en aquel proceso ejecutivo.

Finalmente, frente a este aspecto, el contenido del mandamiento de pago proferido por parte del Juzgado Segundo Civil del Circuito se limita a la ejecución de cláusulas penales y pena de carácter compensatorio lo que contradice la afirmación en la decisión del Juez Quinto Civil del Circuito de dar por cierto la existencia de sumas adecuadas pendientes por compensar entre el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA 2016 y la empresa T&T INCONREDES SAS.

Por todo lo anterior, hago las siguientes:

PETICIONES

ANTE EL HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA

PRIMERO: REVOCAR el fallo dictado por el señor Juez Quinto Civil del Circuito de Neiva de fecha 23 de septiembre de 2021.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por la parte demandada.

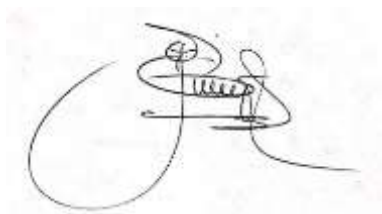
TERCERO: DECLARAR la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada.

³ Pág 12 del fallo

QUINTO: SANCIONAR a la parte demandada por cada actuación que realizó en el proceso sin dar cumplimiento al art.78 Nral 14 del C.G.P.

Atentamente,



STEVE ANDRADE MENDEZ
C.C No 7.722.335 de Neiva
T.P No. 147.970 del C. S. de la J