

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Ref. 110013103011-2018-00623-00

I. OBJETO DE DECISIÓN

Se profiere **SENTENCIA** de primera instancia dentro del proceso de la referencia, en uso de la facultad conferida en el numeral 5° del artículo 373 del Código General del Proceso.

II. ANTECEDENTES

1. La sociedad Jerónimo Martins Colombia S.A.S., a través de apoderado judicial, presentó demanda contra Pedro Jorge Márquez Silvestre da Costa Coelho, para que se le declare civilmente responsable por los perjuicios causados como consecuencia de las conductas punibles de corrupción privada en concurso homogéneo y sucesivo y heterogéneo con el punible de constreñimiento para delinquir, por las que fue condenado por el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Bogotá.

Como consecuencia de la anterior declaración, se condene al demandado a pagar por concepto de lucro cesante la suma de \$4.094.534.360 correspondiente a los ingresos dejados de percibir por disminución en ventas y atraso en obras y, por daño emergente, la cantidad de \$1.402.516.880, respecto del pago por transacción con los contratistas, gastos de viaje de personal directivo, gastos de alojamiento, investigación privada, manejo de medios de comunicación, servicios de traducción, estudio de mercado y costos de representación judicial.

2. Sirvieron como edificación fáctica de las pretensiones los hechos que a continuación se compendian:

2.1. Pedro Jorge Márquez Silvestre da Costa Coelho laboró para la sociedad Jerónimo Martins Colombia S.A.S. desde el 1° de septiembre de 2016 hasta el 20 de septiembre de 2017, fecha en la que se dio por terminada la relación laboral por justa causa.

2.2. Mediante denuncias realizadas por contratistas externos de la compañía, les fue informado que el demandado estaba realizando ofertas a los contratistas, consistentes en que le pagaran la suma de \$10'000.000 a fin de poderles adjudicar locales para construir, de la empresa demandante, propietaria de los establecimientos ARA.

2.3. Con base en lo anterior, la empresa formuló denuncia penal contra el demandado por las conductas punibles de corrupción privada en concurso homogéneo y sucesivo y heterogéneo con el punible de constreñimiento para delinquir.

2.4. El denunciado aceptó cargos en la audiencia de formulación de cargos y, en tal virtud, mediante sentencia del 10 de septiembre de 2018, fue condenado por las conductas punibles antes señaladas, por el Juzgado Cincuenta Penal de Conocimiento de Bogotá.

2.5. Dentro del proceso penal, el extremo pasivo no indemnizó a la sociedad por los perjuicios causados, motivo por el cual se impetró la presente demandada. A pesar de que el señor Pedro Jorge realizó una consignación por valor de \$30'000.000 el 11 de agosto de 2018, dicho pago no fue el resultado de ningún acercamiento por concepto de indemnización o conciliación.

2.6. Las conductas delictivas del demandado causaron graves perjuicios a la sociedad actora, pues, a nivel nacional disminuyeron los ingresos

económicos por concepto de las ventas del establecimiento y se retrasaron las obras de apertura de nuevas tiendas, entre otros.

2.7. Mediante dictamen pericial aportado con la demanda, se determinaron los perjuicios causados, esto es, (i) afectación en las utilidades por disminución en las ventas, debido al conocimiento público de la noticia, en la suma de \$3'734.047.784, (ii) atraso de la apertura de nuevas tiendas, lo que generó una rentabilidad dejada de percibir por la suma de \$360'486.576, (iii) terminación de contratos con tres contratistas, cuyo valor liquidado corresponde a \$778'241.548, (iv) gastos de traslado del personal administrativo de la compañía, por la suma de \$387'284.294, (v) gastos de alojamiento de los funcionarios, por valor de \$122'678.438, (vi) investigación privada que ascendió a la cantidad de \$28'500.000, (vii) contratación de una compañía para manejar los medios de comunicación, cuyos gastos fueron de \$9'880.000, (viii) servicios de traducción de documentos requeridos para la investigación por la suma de \$2'182.600, (ix) estudios de mercadeo y medición de impacto calculados en \$25'750.000 y, (x) representación judicial de la sociedad por valor de \$48'000.000.

2.8. El señor Silvestre da Costa Coelho, como se pone de manifiesto, fue sujeto activo de los hechos que causaron daño a la compañía demandante, por lo que se configura la responsabilidad civil.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

1. La demanda fue admitida el 13 de noviembre de 2018.

2. El demandado se notificó personalmente el 05 de julio de 2019, y mediante apoderado judicial contestó la demanda y propuso las excepciones de mérito que denominó "*inexistencia de los perjuicios reclamados o hipotéticos*", "*inexistencia de nexo causal entre la conducta*

del demandado y los perjuicios presentados por la demandante, “pago de la indemnización debida a la demandante” y “compensación”.

2.1. Las defensas en mención fueron sustentadas, básicamente, en que (i) Jerónimo Martins Colombia SAS desarrolla su operación comercial en Colombia a través de los supermercados ARA y en su estado de resultados de 2017 declaró que las ventas ascendieron a 405 millones de euros, que representan un incremento del 72% con relación al año 2016, entonces no puede afirmar la existencia de un perjuicio por caída de las ventas; (ii) el valor de los tiquetes aéreos y hospedaje corresponden a erogaciones usuales en el marco de su operación comercial, no son perjuicios sino gastos; (iii) los hipotéticos perjuicios reclamados tendrían en todo caso el carácter de indirectos y, por tanto, no resultarían indemnizables, no obstante, corresponde al demandante demostrar la prueba del nexo causal entre el daño que alega y la conducta del demandado; (iv) el extremo pasivo consignó a la sociedad demandante la suma de \$30'000.000 para reparar los daños generados con su conducta y, por ende, la obligación de indemnizar ha sido satisfecha.

2.2. De otro lado, presentó objeción al juramento estimatorio y, para tales efectos, allegó un cuadro donde se precisa la diferencia entre una cuantificación razonable de los perjuicios y la reclamación de la sociedad demandante. Igualmente solicitó se imponga a la sociedad demandante la sanción de que trata el artículo 206 del Código General del Proceso.

3. La parte actora se pronunció en tiempo sobre la contestación de la demanda y los medios exceptivos propuestos, oponiéndose a su prosperidad. En auto del 04 de octubre de 2019, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso.

4. La fecha inicialmente fijada tuvo que ser reprogramada en virtud a la suspensión de términos que, a partir del 16 de marzo de 2020, dispuso el

Consejo Superior de la Judicatura a través de diferentes actos administrativos, hasta el 1º de julio del mismo año¹, estableció algunas excepciones y adoptó otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor, con ocasión de la pandemia generada por el Covid-19, la cual fue catalogada por la Organización Mundial de la Salud como una emergencia de salud pública de impacto mundial.

5. En audiencia celebrada el 18 de marzo de 2021, se declaró fracasada la etapa de conciliación, se interrogó a las partes, se fijaron los hechos, así como el objeto del litigio, se efectuó control de legalidad y se decretaron las pruebas oportunamente pedidas por las partes. Por último, se fijó fecha para llevar a cabo la de instrucción juzgamiento a que se refiere el artículo 373 del estatuto general del proceso.

6. El 16 de junio de 2021, tuvo lugar la precitada audiencia, en la que se recepcionaron los testimonios de Rosalba Olivella y Juliana Yunis, se aceptó el desistimiento de la parte demandada frente a la declaración de Eduardo Alberto Cid; se declaró cerrada la etapa probatoria y se concedió espacio a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión. Finalmente, se dispuso dictar sentencia por escrito conforme lo preceptuado en el inciso 2º del numeral 5º del artículo 373 del Código General del Proceso, por las razones allí expuestas.

IV. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales.

Ha de partir esta instancia por admitir la presencia de los presupuestos procesales, pues, en efecto, la demanda reúne las exigencias formales; la competencia de este Despacho para conocer del asunto no merece reparo alguno ante la materialización de todos y cada uno de los factores que la integran y, de igual modo, la capacidad para ser parte, así como la

¹ *Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532 y PCSJA20-11546, PCSJA20-11517 y PCSJA20-11567, entre otros.*

procesal, se evidencian aquí sin objeción alguna. No se avizora la presencia de ninguna irregularidad o causal de nulidad que imponga retrotraer lo actuado o adoptar alguna medida de saneamiento.

2. Planteamiento del problema jurídico

Tomando en consideración el tipo de acción que se invocó, esto es, la responsabilidad civil extracontractual, al momento de fijar el objeto del litigio en la audiencia inicial, se indicó que en caso el *sub examine* se debía establecer si se verifican los presupuestos axiológicos de la misma, esto es, en términos generales (i) el perjuicio padecido; (ii) el hecho intencional o culposo atribuible al demandado; y (iii) la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre éstos. Y, verificado lo anterior, se dijo, se procedería al estudio de las excepciones de mérito formuladas por el extremo pasivo para determinar si alguna de ellas tiene la virtualidad de enervar las pretensiones de la demanda, para finalmente determinar si hay o no lugar a las condenas deprecadas.

3. Responsabilidad civil extracontractual

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2341 del Código Civil, para que resulte comprometida a título extracontractual la responsabilidad de una persona natural o jurídica, se requiere la concurrencia de los referidos tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como “culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y éste”; condiciones éstas que, además, definen el esquema de la carga probatoria del demandante, pues es a éste a quien le corresponde demostrar el menoscabo patrimonial o moral [daño] y que éste se originó en la conducta culpable de aquél a quien demanda². En desarrollo jurisprudencial del tema sobre los requisitos de este tipo de responsabilidad, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto que:

² CSJ SC, Sentencia del 16 sep. 2011, rad. n° 2005-00058-01

“A voces del artículo 2341 del Código Civil, [el] que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido’. En relación con el mencionado precepto, cardinal en el régimen del derecho privado por cuanto constituye la base fundamental de la responsabilidad civil extracontractual, debe recordarse que cuando un sujeto de derecho, a través de sus acciones u omisiones, causa injustamente un daño a otro, y existe, además, un factor o criterio de atribución, subjetivo por regla general y excepcionalmente objetivo, que permita trasladar dicho resultado dañoso a quien lo ha generado -o a aquél que por éste deba responder-, surge a su cargo un deber de prestación y un derecho de crédito en favor de la víctima, que tiene por objeto la reparación del daño inferido, para que quien ha sufrido el señalado detrimento quede en una situación similar a la que tendría si el hecho ilícito no se hubiera presentado, es decir, para que se le repare integralmente el perjuicio padecido.

De conformidad con lo anteriormente reseñado, es menester tener presente que para que se pueda despachar favorablemente una pretensión de la mencionada naturaleza, en línea de principio, deben encontrarse acreditados en el proceso los siguientes elementos: una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva (v.gr. riesgo)³.

En ese contexto, y toda vez que en el asunto que nos convoca se trata de una responsabilidad civil extracontractual, resulta claro que para declararla y acoger las peticiones resarcitorias por los perjuicios patrimoniales padecidos por la parte perjudicada, deben demostrarse los anteriores requisitos, inferidos por la jurisprudencia del artículo 2341 del Código Civil.

4. Análisis del caso concreto

En el caso concreto se determina que el hecho ilícito atribuido al demandado Pedro Jorge Márquez Silvestre da Costa Coelho, se relaciona con los actos de corrupción en que incurrió como Director de Operaciones de la sociedad Jerónimo Martins Colombia S.A.S., ya que

³ Sentencia SC 12063-2017

aprovechando el cargo que desempeñaba en la compañía, solicitó dinero a algunos contratistas externos a cambio de obtener para ellos la adjudicación relacionada con la construcción de tiendas ARA, de propiedad de la demandante.

Ahora bien, teniendo en cuenta que corresponde a la parte actora acreditar los presupuestos axiológicos de la responsabilidad que pretende sea declarada a su favor, conforme a los artículos 1757 del Código Civil y 167 del estatuto general del proceso, a lo primero que se hará referencia en el *sub judice* es al acervo probatorio que reposa en el expediente y que resulta relevante para definir el asunto.

4.1. Militan en el plenario las siguientes pruebas documentales relacionadas con el tema:

- Copia de la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2018 por el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá [folio 26 cuaderno 1].

- Dictamen pericial rendido por la firma de auditoría BDO Audit S.A., a través del perito designado, Javier Orlando Monsalve, junto con sus respectivos anexos [fl. 53 a 74 *ibídem*].

- Contratos de transacción suscritos por Jerónimo Martins Colombia S.A., y Conincon S.A.S., Probras Ing S.A.S., y Orca Constructora de Colombia S.A.S. [fl. 99 a 111 *ib.*]

- Proyecto impacto flash report, a través del cual se realizó una encuesta a 1860 personas mediante estudio cuantitativo. [fl. 81 a 96 *ib.*]

- Estados financieros del grupo Jerónimo Martins del año 2016, 2017 y 2018. [fl. 223 a 228 *ib*]

- Estado de resultados de la sociedad demandante del año 2017 y 2018 junto con su traducción oficial. [fl. 290 a 336 *ib*]

- Facturas de los tiquetes aéreos del personal Directivo de la compañía demandante. [fl. 114 a 149 *ib.*]

- Facturas de venta y cuentas de cobro por concepto de servicios profesionales, manejo de medios, traducción de documentos, investigación privada y estudio de mercado cuantitativo. [fl. 151 a 161 *ib.*]

- Certificación expedida por la Gerente de Contabilidad de la sociedad demandante, del 17 de septiembre de 2019. [fl. 1 cuaderno 1A]

- Código de Conducta Grupo Jerónimo Martins. [fl. 4 a 50 *ibídem*]

- Contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre la sociedad demandante y el demandado del 1º de septiembre de 2016. [archivo digital N° 26 formato PDF]

- Estatutos de la compañía demandante junto con sus respectivas modificaciones. [*ib.*]

- Copia de los pasaportes de los funcionarios de la compañía demandante. [archivo formato PDF N° 23 expediente digital]

- Declaraciones de renta de la sociedad Jerónimo Martins Colombia S.A.S., de los años 2016, 2017 y 2018. [archivo formato PDF N° 23 expediente digital]

- Informe del revisor fiscal de la empresa actora, del 6 de marzo de 2017. [*ib.*]

- Documento de constitución de la compañía Jerónimo Martins Colombia S.A.S. [ib.]

- Respuesta allegada por Migración Colombia a través de la cual informa sobre los movimientos registrados por los funcionarios de la sociedad demandante desde el 1° de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2019. [archivo formato PDF N° 32 expediente digital]

- Complementación de la contestación allegada por Migración Colombia, en relación a los movimientos migratorios de Eduardo Dias Da Costa. [archivo formato PDF N° 39 expediente digital]

4.2. Dentro del plenario fueron escuchados los interrogatorios de los extremos del litigio, así como los testimonios de Rosalba Olivella y Juliana Yunis.

4.2.1. El representante legal de la sociedad actora señaló que el demandado trabajó con la empresa desde 1994, y apoyó la ampliación de la compañía en Brasil y Polonia en el año 2016. En septiembre de 2017 la sociedad estaba en proceso de expansión con un importante número de ventas, sin embargo, luego del incidente con el demandado, las ventas decayeron y el ritmo de crecimiento se vio afectado, pues, entre junio y septiembre de 2016 el crecimiento era del 8,3% y, posteriormente, pasó a ser del 1,6% entre octubre de 2017 a enero de 2018, registrando una afectación de \$4.600.000.000.

Manifestó que la compañía hizo un estudio de mercado para conocer el impacto de la noticia generada por el demandado, toda vez que en más de 94 medios de comunicación hubo publicaciones y la fiscalía también dio amplia difusión a lo sucedido; estudio que tuvo lugar en Barranquilla, Pereira y Bogotá, y consistió en entrevistar a clientes para que indicaran si habían dejado de comprar en las tiendas debido a la noticia de corrupción difundida, y el resultado fue que el 4,8% dejaron de comprar

después de dicho acontecimiento. En tal virtud se dejaron de recibir \$3.700.000.000 de pesos, y ese fue el impacto real de la situación, no obstante, no se incluyó la pregunta respecto de cuál era el valor aproximado de las compras realizadas.

Indicó que el demandado Da Costa Coelho tenía bajo su responsabilidad catorce tiendas, pero, como era el Director de Operaciones, su gestión no era solo frente a las tiendas sino que le correspondía identificar terrenos, hacer seguimiento y control a la construcción de los establecimientos. Adicionalmente, era responsable de la operación logística de la compañía, solicitaba dinero a las empresas constructoras y su contacto era directo.

Relató que la empresa perdió la confianza de tres de los contratistas como consecuencia del incidente y, por tanto, decidió suspender las obras que ellos ejecutaban y contratar a otras compañías, razón por la cual dicha actividad también se vio afectada por el retraso en la apertura de las tiendas, entre 9 hasta de 50 días, dejándose de percibir ingresos por valor de \$360'000.000, además, para la suspensión de los contratos la empresa asumió gastos de \$778'000.000 aproximadamente. Asimismo, hizo referencia a los gastos relacionados con el desplazamiento de varios funcionarios de la empresa a Colombia para atender la situación y analizar en conjunto las investigaciones y las consecuencias en Portugal y en Colombia, a los costos de la investigación y el pago publicitario para atender y monitorear el impacto de la noticia.

Por último, refirió que la sociedad efectuó la denuncia penal, pero no se hizo víctima dentro del proceso, pues, por recomendación de los abogados, decidieron acudir a la jurisdicción civil.

4.2.2. El demandado, por su parte, expuso que su cargo en la empresa demandante era Jefe de Operaciones, existían de seis a ocho gerentes

de distrito y cada tienda tenía un gerente, y la construcción de tiendas no era su responsabilidad, por el contrario, su función era abrirlas con los elementos para la venta.

Afirmó ser cierto que había un plan de expansión para el 2016, pero eso se cumplió íntegramente, por cuanto en las vacaciones de diciembre se abrieron varias tiendas; refirió en qué consistía el proceso de apertura de tiendas⁴. Enfatizó que nunca decidió quién era el constructor o los proveedores en la construcción civil, toda vez que los contratos ya estaban hechos por la compañía, igualmente no conocía a los constructores y, por tanto, no debe responder por la terminación de los contratos, por cuanto su función era abrir tiendas y no elegir nuevos puntos ya que ello le correspondía al Departamento de Expansión.

De otro lado, informó que cuando llegó a Colombia, se contaba con dos proveedores, por lo que el plan de expansión era muy grande y los nuevos proveedores los propuso la parte técnica de la junta directiva que aprobó el crecimiento de los mismos. Su equipo tenía la función de mirar si esos puntos tenían o no una solución comercial para el futuro y de acuerdo con eso proponía presupuestos y se analizaba si estaba en el calendario de expansión.

Aseveró que no debe responder por cosas ocurridas luego de su salida de la compañía y que no es responsable de la publicación de la noticia en los medios de comunicación, además, la difusión de tal situación también le causó perjuicios porque acabó con su carrera definitivamente, no puede salir del país ni laborar.

4.2.3. Las declaraciones de los testigos Rosalba Olivella y Juliana Yunis, versaron sobre el estudio de mercado obrante en el plenario. Las

⁴ (i) identificación de un punto con el presupuesto de venta, (ii) los ingenieros plantean el costo de la construcción, (iii) el Departamento Financiero hace los cálculos teniendo en cuenta las ventas propuestas y plazos de pagamiento, y con su visto bueno se proponía su apertura, (iv) se elaboraban todos los documentos internos mediante un proceso administrativo y se efectuaba el desembolso del capital para construir el establecimiento.

deponentes coincidieron en manifestar que entre el 7 y 13 de febrero de 2018, se realizó una encuesta, con interceptación en calle, a 1860 personas, hombres y mujeres entre 19 y 59 años, de estratos 2 al 6 en las ciudades de Bogotá, Barranquilla y Pereira.

Los resultados arrojaron la distinción de cuatro grupos: (i) compradores fieles de ARA [299 personas], (ii) compradores nuevos [599 personas], (iii) no compradores [657 personas] y (iv) abandonadores [305 personas]; grupo este último dentro del cual 106 personas contestaron que habían escuchado la noticia relacionada con un directivo de la compañía demandante y 58 individuos indicaron que cambiaron de tienda después de haber oído la misma. En ese orden los abandonadores representaban un 25% de los clientes ARA, sin embargo, no se indagó la razón concreta por la cual dejaron de comprar en el referido establecimiento y, por ende, no se encontró el motivo del impacto de la noticia visibilizada en los medios de comunicación.

La deponente Rosalba Olivella hizo referencia a que la investigación de mercados se divide en dos grandes áreas, la investigación cualitativa destinada a encontrar los porqué del comportamiento del consumidor, motivaciones y barreras cuando toma una decisión de compra o no compra de consumo, mientras que la investigación cuantitativa se direcciona a entender los comportamientos del consumidor, última esta que fue la realizada en el caso que nos ocupa, la cual no es la encuesta perfecta para encontrar el por qué y las razones de abandono.

4.2.4. El dictamen pericial rendido por Javier Orlando Monsalve Rodríguez tuvo por objeto determinar cuál fue el valor de los perjuicios causados a la compañía actora por los actos realizados por uno de sus funcionarios.

Los documentos utilizados para la experticia fueron suministrados por Jerónimo Martins Colombia S.A.S., esto es, estados financieros de 2016

y 2017, consulta al sistema de información para determinar las ventas promedio diarias, registros contables, soportes de las transacciones de pagos de gastos y el estudio de mercado cuantitativo.

El perito indicó como posibles impactos económicos que tuvo la compañía con ocasión a los actos de corrupción del demandado, la afectación de los ingresos de la empresa por concepto de ventas en las tiendas y el retraso en las obras por la cancelación de algunos contratos que perjudicó las ventas esperadas. De otro lado, consignó que los gastos adicionales que asumió la parte demandante para atender dicha situación, consistieron en el pago de los contratos de transacción con algunos contratistas, pago de pasajes de directivos de la sociedad, servicios de investigación privada y manejo de medios, estudios de mercado y representación judicial.

A efectos de determinar a cuánto asciende el impacto económico en las ventas, el perito contador tuvo en cuenta los registros de ventas entre octubre y diciembre de 2017 y enero de 2018 y el estudio de mercado. De este último extrajo que el 4.8% correspondió a la pérdida de clientes y, al aplicarlo al total de ventas, obtuvo la renta total dejada de percibir por la suma de \$3.734.047.784.

En cuanto al perjuicio causado por el atraso de las obras de apertura de tiendas, determinó el número de días de retraso cuantificados con el promedio de venta de cada tienda y aplicó el margen de utilidad de las mismas, con el objeto de obtener las utilidades dejadas de percibir equivalente a la cantidad de \$360.486.576.

En relación con el valor cancelado a los contratistas por el evento generado por el demandado, el perito señaló que fue necesario celebrar nuevos contratos para ejecutar las obras y, por ende, el cálculo de dicho perjuicio se realizó descontando el valor de los nuevos contratos a la

suma referida en las transacciones celebradas con los contratistas anteriores.

Por último, para establecer los gastos en que incurrió la sociedad demandante en virtud al suceso, el auxiliar de la justicia tuvo en cuenta el soporte documental suministrado por la compañía, esto es, facturas, contratos de prestación de servicios y cuentas de cobro.

4.3. De la valoración conjunta e integral de pruebas recaudadas dentro del proceso, se extrae que las mismas dan cuenta de los siguientes aspectos relevantes plenamente acreditados dentro del plenario:

4.3.1. Pedro Jorge Márquez Silvestre Da Costa Coelho laboró con la sociedad Jerónimo Martins Colombia S.A.S. por espacio de 26 años, de los cuales, el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2016 al 20 de febrero de 2017, se desempeñó en el cargo de Director de Operaciones; calenda esta última cuando la compañía demandante terminó el contrato.

4.3.2. El precitado demandado, en efecto, incurrió en una conducta delictual al solicitar dinero a algunos contratistas externos de la empresa para efectos de la adjudicación de la construcción de locales, razón por la cual la compañía formuló denuncia penal en su contra.

4.3.3. El señor Da Costa Coelho aceptó cargos por los delitos de corrupción privada y constreñimiento para delinquir y, en virtud de lo anterior, fue condenado a la pena principal de cuarenta meses de prisión y multa equivalente a 127.5 SMLMV.

4.3.4. La parte demandante no se constituyó en parte civil dentro del proceso penal. El accionado consignó a favor de la compañía \$30'000.000, como la suma que admitió recibió para la adjudicación de la construcción de tiendas.

4.3.5. Jerónimo Martins Colombia S.A.S. decidió suspender la negociación para el diseño, adecuación y construcción de las tiendas que tenía con las sociedades Conincon S.A.S.⁵, Probras Ing S.A.S.⁶ y Orca Constructora Colombia S.A.S.⁷ y, en tal virtud, celebró contrato de transacción con éstas, con el objeto de dar por terminadas todas las diferencias surgidas y que hubieren podido surgir entre las partes relacionadas con “los hechos” y precaver cualquier litigio eventual. Así, el valor de las transacciones con las citadas sociedades ascendieron a \$340'783.222, \$307'928.583 y \$400.000.000, respectivamente.

4.3.6. El demandado, en calidad de Director de Operaciones Bogotá, se obligó a prestar en forma exclusiva su capacidad normal de trabajo en el desempeño de las funciones propias, inherentes y complementarias al referido cargo, las cuales implicaban realizar actos de dirección, manejo y confianza, conforme el contrato laboral allegado al plenario.

4.3.7. El estudio de mercadeo obrante en el *dossier* y que fue uno de los documentos base del dictamen pericial ya referido, tuvo por objeto identificar el impacto de una noticia relacionada con ARA en las ventas de las tiendas de propiedad de la demandante.

4.3.8. La conclusión de la encuesta indicó que el impacto de la noticia en pérdida de clientes fue del 4,8%. El estudio de mercado no indagó la razón concreta por la cual los encuestados no continuaron comprando en ARA, pues, por tratarse de una investigación cuantitativa no puede establecerse el por qué y las razones del abandono, conforme fue señalado por la testigo Rosalba Olivella.

⁵ Para la construcción de tiendas en La Aurora Granada, Meta-San Martín, Acacias y Chiquinquirá carrera 10.

⁶ Construcción de tiendas en Andalucía-Bogotá, La Querencia-Fusagasugá, Piedra Pintada-Ibagué y La Cabaña-Bogotá

⁷ Construcción de tiendas en Sibaté, Lérida, Duitama Cra 15, Monquirá (plaza Simón Bolívar), Sur Envíos (Quinta Paredes) y Rotonda Duitama)

4.3.9. La sociedad Jerónimo Martins Colombia S.A.S., como propietaria de los establecimientos de comercio tiendas ARA, resultó afectada patrimonialmente por la conducta delictual asumida por el aquí demandado.

4.4. Efectuadas las anteriores precisiones, corresponde ahora determinar la prosperidad de la acción incoada frente a la responsabilidad civil extracontractual que se endilga al demandado Pedro Jorge Márquez Silvestre da Costa Coelho.

4.4.1. El daño o perjuicio.

En el régimen de la responsabilidad civil no se definió el daño, pues, en la que proviene de los “delitos y las culpas”, como en el presente caso, el artículo 2341 del Código Civil simplemente menciona el “daño” como elemento indispensable para su estructuración. La Corte Suprema en la sentencia CSJ SC10297-2014⁸, acerca del daño indicó, en sentido amplio, lo siguiente:

“En términos generales, el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio.

El tratadista chileno BARROS BOURIE (2006), además de aludir a la situación de falta de definición del concepto de «daño» expone en términos generales, que «[...] la doctrina sigue un concepto de daño basado en la lesión a un interés del demandante, y se entiende que la hay cuando una persona sufre ‘una pérdida o disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba’». Así mismo, el doctrinante uruguayo PEIRANO FACIO (2004), al exponer la tesis que estima dominante sobre la noción de «daño», manifiesta, que incluye el «concepto de antijuridicidad» y que «[...] se integra con dos elementos: con un elemento de hecho, el perjuicio, y con un elemento de carácter jurídico, el atentado o la lesión a un derecho»” .

⁸ Rad. N° 2003-00660-01

En el caso concreto, la sociedad Jerónimo Martins Colombia SAS es enfática en afirmar que la conducta antijurídica del aquí demandado le generó un perjuicio económico, derivado éste de la disminución de los ingresos en las ventas de los establecimientos de comercio Tiendas ARA a nivel nacional, del retraso en las obras de apertura de nuevas tiendas, y de unos gastos en que tuvo que incurrir para atender la situación; perjuicio del cual se deriva el pretendido resarcimiento. En el acápite atinente a la liquidación de los perjuicios, se analizará cuáles de éstos fueron acreditados y, por ende, deben ser reconocidos a favor del extremo activo.

4.4.2. Culpa o delito

Los perjuicios que se reclaman mediante esta acción se originaron en la conducta antijurídica asumida por el demandado mientras se encontraba vinculado con la compañía demandante, pues, como ya se indicó, en calidad de jefe de operaciones solicitó a algunos contratistas la entrega de sumas de dinero a cambio de la adjudicación de la construcción de tiendas ARA, con el pleno conocimiento de que su conducta era contraria a la ley y a sus funciones como directivo de Jerónimo Martins, lo que generó, de un lado, la terminación del vínculo laboral que tenía con la compañía y, de otro, la condena en su contra por la jurisdicción penal.

El Juzgado Cincuenta Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, al proferir el fallo condenatorio ya referido concluyó, entre otras cosas, que: *“(...) le es atribuible la culpabilidad en su actuar ilícito a Pedro Jorge Marques Silvestre Da Costa, a título de dolo, en calidad de autor, lo que amerita juicio de reproche por actuar en contra del ordenamiento jurídico, cuando podía y debía asumir una conducta acorde con las normas de convivencia que nos rigen, no obstante, decidió asumir una actitud desconocedora de su deber, ejecutando un comportamiento contrario a lo exigido, vulnerando de esta manera los bienes jurídicos del*

patrimonio económico de la compañía y de la autonomía personal de los contratistas”.

4.4.3. Relación de causalidad

En cuanto al nexo causal, y conforme a lo expuesto en los numerales que anteceden, fácil es inferir que, en efecto, los perjuicios que pretende Jerónimo Martins S.A.S. le sean reconocidos, son producto de la comisión de los delitos de corrupción privada y constreñimiento para delinquir por parte del demandado mientras ejerció el cargo de Jefe de Operaciones de la compañía, por cuanto, valiéndose de su posición, conocimiento e influencia en el proceso de adjudicación de la construcción de tiendas ARA, obtuvo un lucro o beneficio económico de unos contratistas a cambio de adjudicarles los proyectos de obra, y desconoció los estatutos de ética, transparencia y confianza de la empresa para la cual laboraba.

Consecuentes con lo anotado, aflora que en el caso *sub examine* confluyen los presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil extracontractual deprecada y, por tanto, procede asumir el análisis jurídico y probatorio a fin de determinar el daño causado a la sociedad Jerónimo Martins SAS y, de hallarse acreditado, entrar a calcular el monto de la indemnización por concepto de los perjuicios a que hubiere lugar.

4.5. Liquidación de perjuicios

Una vez comprobados los presupuestos que integran la responsabilidad civil, entre ellos, el daño, le compete al juez cuantificar la suma correspondiente frente a las diferentes modalidades y que el demandante haya acreditado. Para tal efecto, la regla establecida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, dispone que *“la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y*

equidad y observará los criterios técnicos actuariales (...)”.

La anterior supone, de un lado, el deber jurídico de resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes de la víctima, al punto de regresarla a una situación idéntica o menos parecida al momento anterior a la ocurrencia del hecho lesivo y, de otro, la limitación de no excederse en tal reconocimiento pecuniario, porque la indemnización no constituye fuente de enriquecimiento.

Los perjuicios materiales, se memora, son aquellos que se relacionan con el menoscabo económico [patrimonial] sufrido en razón al hecho dañoso, y se clasifican, tal como lo enseña el artículo 1614 del Código Civil, en daño emergente y lucro cesante, y para su demostración y tasación se puede hacer uso de cualquiera de los medios probatorios previstos en el artículo 165 del Código General del Proceso.

Estos perjuicios, se advierte, sólo se pueden indemnizar si se demuestra que son ciertos y que efectivamente se han ocasionado, cuya carga incumbe a quien los aduce. Y ello es así, porque incluso en los eventos en que se deja establecida la responsabilidad por un hecho injusto, ésta no conduce en todos los casos, ni de manera indefectible, a la condena en perjuicios, pues, *“para que haya lugar a indemnización se requiere que haya perjuicios, los que deben demostrarse porque la culpa por censurable que sea no los produce de suyo. Vale esto como decir que quien demanda que se le indemnice debe probar que los ha sufrido. Más todavía: bien puede haber culpa y haberse demostrado perjuicios y, sin embargo, no prosperar la acción indemnizatoria porque no se haya acreditado que esos sean efecto de aquélla; en otros términos, es preciso establecer el vínculo de causalidad entre una y otros”*⁹.

Teniendo en cuenta lo anotado, abordaremos el análisis de los perjuicios que por concepto de daño emergente y lucro cesante fueron impetrados

⁹ Corte Suprema de Justicia. Cas. 24 de julio de 1985, G.J. CLXXX, pág. 182

por la sociedad Jerónimo Martins Colombia S.A.S. a través de su apoderado judicial, para establecer si éstos efectivamente fueron demostrados y, en caso afirmativo, en qué cuantía.

4.5.1. El daño emergente

En el caso concreto el daño emergente lo componen los gastos asumidos por la parte demandante con ocasión al daño que se imputa les generó el demandado Pedro Coelho y, en tal virtud, el extremo activo petitionó por tal concepto los siguientes rubros: (i) pago de contratos de transacción \$778'241.548, (ii) gastos de viajes \$387'284.294, (iii) gastos de alojamiento \$122'678.438, (iv) investigación privada \$28'500.000, (v) manejo de medios de comunicación \$9'880.000, (vi) servicios de traducción \$2'982.600, (vii) estudio de mercado \$25'750.000 y, (viii) costos de representación judicial \$48'000.000.

Así las cosas, procede esta instancia judicial a analizar la viabilidad de acceder a su reclamación, de forma separada, la cual, se reitera, procederá en la medida en que se hayan acreditado dentro del plenario.

4.5.1.1. Pago de contratos de transacción

Conforme a la relación de pruebas documentales efectuada en esta providencia, Jerónimo Martins Colombia S.A.S. suscribió tres contratos de transacción con las empresas contratistas Conincon S.A.S., Probras Ing S.A.S., Orca Constructora Colombia S.A.S., por las sumas de \$340'783.222, \$307'928.583 y \$400.000.000, respectivamente. Lo anterior se sustentó en que, al conocerse los actos de corrupción al interior de la compañía, su confianza hacía los contratistas se perdió y decidió terminar los contratos.

El perito que rindió la experticia informó que, para determinar los perjuicios que por tales conceptos debe pagar el accionado, los valores

de los nuevos vínculos contractuales debían ser descontados de las sumas indicadas en los contratos de transacción, quedando un remanente entre el valor de éstos y el costo de la terminación de las obras. Lo anterior, se especifica en las siguientes tablas tomadas de la experticia¹⁰:

Contratista Conincom SAS:

CONCEPTO	La Aurora Granada	Meta-San Martín	Acacias	Chiquinquirá Carrera 10	Total contrato de transacción
Costos directos	22.113.213	22.257.572	18.559.748	21.585.373	84.515.906
Gastos administrativos	102.053.501	95.211.469	25.198.769	33.803.578	256.267.317
Total contrato de transacción	124.166.714	117.469.041	43.758.517	55.388.951	340.783.223
Menor valor descontado a los contratistas nuevos por avance de obra	10.509.498	10.755.733	10.755.733	10.755.733	42.776.697
Total liquidación del contrato	113.657.498	106.713.308	33.002.733	44.633.218	298.006.526

Contratista Probras Ing SAS:

CONCEPTO	Andalucía Bogotá	La Querencia Fusagasugá	Piedra Pintada Ibagué	La Cabaña Bogotá	Total contrato de transacción
Costos directos	49.435.654	3.319.823	19.448.874	7.386.472	79.590.823
Gastos administrativos	76.248.000	76.316.206	33.932.001	41.841.553	228.337.760
Total contrato de transacción	125.683.654	79.636.029	53.380.875	49.228.025	307.928.583
Menor valor descontado a los contratistas nuevos por avance de obra	16.000.000	0	1.600.000	0	17.600.000
Total liquidación del contrato	109.683.654	79.636.029	51.780.875	49.228.025	290.328.583

Contratista Orca Constructora SAS:

CONCEPTO	Sibaté	Lérida	Duitama Carrera 15	Moniquirá	Sur Envíos	Rotonda Duitama	Total contrato transacción
Costos directos	59.098.317	70.880.442	34.931.493	22.450.000	0	22.733.309	210.093.563
Gastos administrativ	90.182.417	90.724.022	1.500.000	2.500.000	5.000.000	0	189.906.439

¹⁰ Cfr. folio 67 C. 1

os					5.000.000		
Total contrato de transacción	149.280.734	161.604.464	36.431.493	24.950.000	0	22.733.309	400.000.000
Menor valor descontado a los contratistas nuevos por avance de obra	59.098.317	70.880.317	34.931.493	22.450.000	5.000.000	22.733.309	210.093.567
Total liquidación del contrato	90.182.417	90.724.022	1.500.000	2.500.000	5.000.000	0	189.906.439

De la revisión de los documentos denominados “Formato de aplicación para firma representante legal” que anteceden a los contratos de transacción, se observa que en el espacio destinado para explicar el tipo de documento que requería la firma del representante legal de la parte actora, se señaló que se trataba de contratos de transacción por cambio de constructor y cambio de tiendas, por decisión corporativa.

En el aparte de las “CONSIDERACIONES” de los precitados contratos de transacción, suscritos entre los representantes legales de Conicon SAS [Erick Gabriel Solano Vendries], Probras Ing SAS [Antonio José Ramírez Gallón], y Orca Constructora Colombia SAS [Jairo Alberto Medina Osorio], y los representantes legales de Jerónimo Martins Colombia SAS, expresamente se consignó en el numeral cuarto que *“A la fecha de suscripción del presente contrato de transacción, **JERÓNIMO MARTINS decidió suspender en el estado en que se encuentra la negociación para el diseño, adecuación y construcción de las tiendas ARA (...)**”*¹¹ [destaca el despacho]

Y tras indicar que por parte de las constructoras se incurrió en diferentes gastos administrativos [los cuales se relacionan y discriminan en el anexo 1 que forma parte integral del contrato], se consignó en el numeral sexto del mismo capítulo de las consideraciones, que *“por lo anterior, las Partes desean precaver cualquier diferencia o litigio presente o futuro basado en el proceso de negociación del diseño de las tiendas ARA (...)*

¹¹ Ello, luego de hacer referencia a qué se dedica cada una de las sociedades que suscriben el contrato, y que desde el mes de julio de 2017 Jerónimo Martins inició la negociación con las respectivas constructoras para el diseño, adecuación y construcción de las tiendas ARA.

así como cualquier otro acuerdo, contrato o transacción de tipo comercial o civil surgido entre las partes, en adelante “Los Hechos”, por lo cual suscriben el presente Acuerdo en los términos del artículo 2470 del Código Civil” [subraya fuera del texto original]

En relación con el objeto de los contratos se plasmó que era (i) dar por terminadas todas las diferencias surgidas y que hubieren podido existir entre las partes relacionadas con “Los Hechos”, así como cualquier otra deuda derivada del proceso de negociación iniciado con Jerónimo Martins, (ii) precaver cualquier litigio eventual entre las partes y las subsidiarias, filiales y sociedades controlantes de Jerónimo Martins, así como socios, representantes legales y empleados, “relacionado con los hechos consignados en las consideraciones de este acuerdo”; (iii) transar en forma definitiva cualquier acreencia o derecho que exista entre las partes.

En la cláusula tercera del capítulo titulado “CLÁUSULAS”, se estipuló que en virtud de la transacción, se *“declara a paz y salvo a JERÓNIMO MARTINS por cualquier concepto derivado de “Los Hechos”, así como cualquier otro proceso de negociación abierto a la fecha de celebración del contrato y que tenga como objeto el diseño, adecuación y construcción de cualquier tienda ubicada en el territorio nacional”*.

Se acordó en la cláusula sexta del mencionado capítulo que *“Las partes reconocen expresamente que este acuerdo pone fin a todas las diferencias, reclamaciones, pleitos y pretensiones existentes entre las partes, incluyendo, pero sin limitarse a las derivadas de la naturaleza, origen y consecuencias de los hechos y no implica reconocimiento de responsabilidad por ninguna de ellas”*. Asimismo, en la cláusula décima, se expresó que *“Las Partes se obligan a mantener como confidencial y no divulgar a terceras personas los términos y condiciones de este Acuerdo”* y, en la décima tercera, que hará parte integral de este contrato

el anexo 1: Balance económico del proceso de negociación para el diseño, adecuación y construcción de las tiendas.

Lo primero que aflora de lo consignado en las cláusulas de los precitados contratos de transacción [suscrito los dos primeros el 17 de noviembre de 2017 y, el tercero, el 12 de octubre del mismo año], es que la terminación de los mismos devino de una decisión unilateral de la demandante sociedad Jerónimo Martins Colombia S.A.S, con la cual estuvieron de acuerdo las otras partes, y que sólo era vinculante para quienes intervinieron en el contrato, como expresamente allí se consignó.

Lo segundo que se observa de lo estipulado en los citados contratos de transacción, es que en ninguna parte de los mismos se hizo referencia a que éstos se suscribían en virtud a los hechos de corrupción en que incurrió el jefe de operaciones Da Costa Coelho, pues simplemente se hace alusión a “Los Hechos”, sin indicarse a qué hechos se referían; es más, obsérvese que en el literal (ii) del acápite “OBJETO” del contrato de transacción, se expresó que se buscaba precaver cualquier litigio eventual entre las partes, así como de los socios, representantes legales y empleados, “relacionado con los hechos consignados en las consideraciones de este acuerdo”, sin que en las referidas consideraciones se indicara o al menos se sugiriera cuáles hechos.

Emerge de lo anotado que no existe claridad en torno a cuáles fueron las causas concretas que llevaron a los acuerdos transaccionales, en la medida en que se alude de manera indistinta a eventuales diferencias entre las partes y a “Los Hechos”, sin que, se reitera, en parte alguna de las consideraciones a las cuales remiten las cláusulas del acuerdo, se especifique a qué hechos se refieren; sin que sea dable presumir los mismos para, a partir de allí, tener por acreditada la verdadera razón que llevó a la compañía a dar por terminada la relación contractual con las empresas constructoras y hacer responsable al demandado de pagar la cuantiosa suma de dinero que por tal concepto se pretende.

No se aportó prueba testimonial, *verbi gratia*, de los representantes legales de las sociedades con las cuales transó Jerónimo Martins Colombia S.A.S., para acreditar que, en efecto, la causa de la terminación de los contratos, obedeció a los actos de corrupción en que se vieron inmersos con ocasión de la conducta antijurídica en que incurrió el jefe de operaciones de la compañía.

Tampoco se allegó ningún soporte documental que avalara que, la decisión corporativa que se adoptó en relación con el cambio de las empresas contratadas para el diseño, adecuación y construcción de las tiendas ARA, tuvo su génesis en los actos de corrupción privada denunciados; es más, no puede perderse de vista que, si aquellas tuvieron algún tipo de injerencia o participación en los hechos delictuales, lo que procedía no era transar con ellas sino denunciarlas, porque entonces serían tan responsables penal y civilmente como el aquí demandado.

Adicionalmente, de acuerdo con lo plasmado en los multicitados tres contratos de transacción, lo que se pagó correspondió a lo ejecutado por las empresas en desarrollo del objeto para lo cual fueron contratadas, como así se desprende de los ítems relacionados por el perito conforme a la relación que consta en los cuadros aquí relacionados, y lo que se construyó a partir de allí por las nuevas empresas contratadas, pertenece, las usa y disfruta la sociedad actora.

En ese orden de ideas, si (i) en el contenido clausular de los contratos no se indicó de forma expresa que su celebración tuvo origen en los actos de corrupción cometidos por uno de los funcionarios de la sociedad, (ii) no existe documental que respalde la razón de la decisión corporativa [un acta por ejemplo] de dar por terminados los contratos, (iii) no existe prueba testimonial o documental que dé cuenta de ello, y (iv) se trató de una decisión unilateral de la parte actora y que avalaron las

constructoras, no puede esta instancia judicial acceder a la condena que por tal concepto se impetra, máxime cuando, como ya se precisó, lo que se pagó a éstas correspondió a lo realmente ejecutado, y las nuevas empresas contratadas se sirvieron de tales adelantos para continuar con las obras y percibir lo pertinente por el trabajo faltante.

Así las cosas, a pesar que la fecha en que fueron firmados los mencionados contratos de transacción coincide con la época de la problemática generada por las acciones del demandado, y pudiera asistirle razón a la empresa en torno al tema de la pérdida de confianza, lo cierto es que la parte actora incumplió con la carga procesal que le era exigible al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual desarrolla el principio de carga de la prueba en el sentido que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

En efecto, como ya se precisó al interior de esta providencia, corresponde acreditar los hechos a quien los alegue, para así poder obtener los efectos derivados de los mismos, es decir, compete al sujeto procesal que reclama unos hechos forzosamente demostrarlos si aspira deducir algún beneficio a su favor, pues, *“según el principio que orienta la carga de la prueba, quien afirma un hecho o una situación de derecho debe probarlo y si, por el contrario, no logra este cometido, debe asumir las consecuencias jurídicas por la falencia probatoria acerca de los supuestos en los que se basan las pretensiones o las excepciones”*.¹² Y, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, *“[es] un deber procesal demostrar en juicio el hecho o acto jurídico de donde procede el derecho o de donde nace la excepción invocada. Si el interesado en dar la prueba no lo hace, o la da imperfectamente, o se descuida, o se equivoca en su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones”*¹³

¹² Tribunal Superior del Distrito Judicial-Sala Civil, Apelación Sentencia 21-13-717-01 23 de junio de 2016

¹³ G. J., T LXI, pág. 63.

En relación con el principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad, el conocido tratadista Hernando Devis Echandía puntualizó:

*"[La] igualdad de oportunidades en materia de pruebas no se opone a que resulte a cargo de una de las partes la necesidad de suministrar la prueba de ciertos hechos, sea porque los invoca a su favor o porque de ellos se deduce lo que pide, o porque el opuesto goza de presunción o de notoriedad o es una negación indefinida. De esto resulta el principio de la carga de la prueba, que contiene una regla de conducta para el juzgador, en virtud de la cual, cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que una parte invoca a su favor, debe fallar de fondo y en contra de esa parte. Por otro aspecto, implica este principio la autorresponsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, el disponer que si no aparece en éste la prueba de los hechos que las benefician y la contraprueba de los que, comprobados a su vez por el contrario, pueden perjudicarlas, recibirán una decisión desfavorable; **puede decirse que a las partes les es posible colocarse en una total o parcial inactividad probatoria por su cuenta y riesgo**"¹⁴*

Regla imperiosa se halla consagrada además en el artículo 174 *ibídem* en virtud del cual "toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso", y lo es porque, por mandato legal, el juez debe fallar en un determinado sentido, especialmente, en aquellos asuntos donde la incertidumbre gobierna de cara a la ausencia de elementos de convicción que permitan inclinar su criterio sin miramientos hacia alguno de los extremos procesales.

Para concluir, si la parte demandante no cumplió con la carga procesal que le correspondía, habrá de soportar las consecuencias adversas en tal sentido y, por consiguiente, no se accederá a la condena que por el alegado perjuicio, relativo a los contratos de transacción, se impetró con la demanda, esto es, a la suma de \$778'241.548.

4.5.1.2. Gastos de viaje y alojamiento

Jerónimo Martins Colombia S.A.S. deprecó el reconocimiento y pago de la suma de \$387'284.294 por concepto de gastos de viajes y

¹⁴ *Compendio de Derecho procesal, Tomo II, Pruebas Judiciales, pág. 26*

\$122'678.438 correspondientes a gastos de alojamiento. El contador público que rindió el dictamen adujo que para hallar las referidas cantidades acudió a la relación suministrada por la sociedad actora, el soporte documental y su registro contable. Asimismo, tomando en consideración que las facturas de venta estaban en euros, para hacer la conversión utilizó la TMR que emite el Banco de la República a la fecha de facturación.

El apoderado judicial del demandado replicó que el único funcionario que vino al país a tratar el asunto del demandado, fue Eduardo Da Costa, conforme lo declaró el extremo pasivo en su interrogatorio; además, los funcionarios que visitaron Colombia vinieron no solo a tratar el asunto que es objeto de decisión sino como parte de su agenda corporativa y, por último, algunas personas no registran entradas al territorio nacional, esto es, Isabel de Mendoca Ferreira Pinto, Joao Nuno do Vale Alfonso de Magalhaes y Ángela Marisa Conceicao Fernandes Grenha.

Pues bien, al revisar la copia de la sentencia emitida por el Juzgado 50 Penal del Circuito de Bogotá, se colige que la denuncia formulada contra el aquí demandado tuvo lugar el 5 de julio de 2017, por cuanto uno de los contratistas de la compañía informó actos de corrupción cometidos por aquél, al parecer desde junio del mismo año. Asimismo, se indicó que, para atender la situación, llegaron unos delegados de la sociedad provenientes de Portugal. Entonces, a partir de la referida fecha y de conformidad con la información remitida por Migración Colombia, los siguientes funcionarios registran ingresos al país:

FUNCIONARIO	CARGO	INGRESOS AL PAIS	SALIDAS DEL PAIS
Eduardo Dias Da Costa	Director de Seguridad	05/07/2017 13/09/2017	08/07/2017 20/09/2017
Joao Carlos Vieira	Director de Seguridad	05/07/2017 21/08/2017 13/09/2017	08/07/2017 24/08/2017 20/09/2017
Pedro Manuel de Castro Soares Dos Santos	Presidente de Directorio	15/08/2017 13/09/2017	24/08/2017 20/09/2017
Maura Martha	Directora Talento	15/08/2017	24/08/2017

Pedras Lopez Maia	Humano	13/09/2017	2/09/2017
Luis Felipe Aguiar	Miembro de la Comisión Ejecutiva	15/08/2017	24/08/2017

Si bien los viajes de los funcionarios a nuestro país coinciden, pues, se presentan las mismas fechas de ingreso y de salida, analizado el reporte histórico de Migración Colombia que discrimina los viajes realizados entre 2015 y 2019, se observa que sus desplazamientos eran muy frecuentes y, en consecuencia, no es dable concluir que ingresaron al país única y exclusivamente a atender las informaciones brindadas por los contratistas sobre actos de corrupción, pues no se evidencia un cambio considerable en los itinerarios de los empleados de la sociedad demandante que permita reconocer a título de daño emergente los gastos en tiquetes aéreos ni alojamiento, por el contrario, es factible afirmar que sus estadías en el territorio nacional obedecen a su agenda corporativa, como así lo manifestó el señor Coelho en su interrogatorio.

De hecho, solo el señor Eduardo Dias Da Costa reporta ingresos y salidas inusuales del país, pues, entre 2015 y 2017 únicamente reporta cuatro movimientos migratorios, los cuales coinciden con la fecha en que la compañía emprendió acciones legales contra el demandado. En ese orden, tomando en consideración la fecha de sus visitas y el cargo que desempeñaba para el año 2017 [Director de Seguridad], se otorgará el perjuicio reclamado sólo frente a los gastos asumidos por la compañía respecto de tiquetes aéreos y alojamiento del referido funcionario, conforme la experticia rendida y sus anexos, que se resumen de la siguiente manera:

NOMBRE DEL FUNCIONARIO	VALOR TIQUETES AEREOS	VALOR DEL ALOJAMIENTO	TOTAL DE GASTOS
Eduardo Dias Da Costa	54'685.430	11.040.635	65'726.065

De otro lado, con relación a los gastos de tiquetes aéreos y alojamiento de los Directivos de Jerónimo Martins que viajaron desde Colombia hacia Portugal para dar información de las investigaciones adelantadas contra

el demandado, se avizora que sus viajes también eran frecuentes, tal como se desprende del informe brindado por Migración Colombia. Así por ejemplo, con destino a Madrid-España, Germán Barreto registra 16 salidas, Jorge Caldeira tiene 15 e Ignacio Maya reporta 20. Aunado a lo anterior, no reposan en el plenario informes, actas de junta o registros o prueba testimonial que acrediten que los viajes de estos funcionarios tuvieron la finalidad antes referida. Por consiguiente, no se accederá a la condena deprecada por la parte actora en relación con las mencionadas personas.

4.5.1.3. Investigación privada

En el dictamen pericial aportado con la demanda, el perito señaló que la sociedad demandante contrató los servicios de una firma de investigadores privados que ayudaron a recopilar pruebas para adelantar las indagaciones contra el aquí demandado y, en tal virtud, Investigaciones Estratégicas & Asociados S.A.S., recibió la suma de \$28'500.000; valor que fue validado con un documento soporte debidamente registrado en la contabilidad.

Como anexo del dictamen, obra la factura de venta No. 10111 expedida el 15 de agosto de 2017, cuyo concepto corresponde a los servicios profesionales en asesoría de estudio grafológico y/o documentológico, labores investigativas y estudio técnico de informática forense. El título valor fue emitido por Investigaciones Estratégicas S.A.S. a la compañía demandante, sin que la parte demandada lo haya cuestionado.

En ese orden y toda vez que se probó que Jerónimo Martins contrató y asumió el pago de la citada empresa para obtener las pruebas pertinentes para esclarecer los hechos denunciados, se accederá a reconocer tal rubro a su favor.

4.5.1.4. Manejo de medios de comunicación

Con ocasión a la situación generada por las cuestionadas actuaciones del demandado, la sociedad demandante contrató una firma de consultoría de comunicaciones, Llorente & Cuenca, para darle manejo a las comunicaciones y a los medios de comunicación, lo cual tuvo un costo de \$9'880.000 que fue validado contra el documento soporte y su registro contable, como lo refirió el perito.

La sociedad Llorente & Cuenca expidió la factura de venta No.6696 a nombre de Jerónimo Martins S.A.S. el 15 de noviembre de 2017, por concepto de honorarios de asesoría y consultoría en comunicaciones, situación excepcional durante la semana del 17 al 21 de diciembre de 2017, por el valor anteriormente mencionado, sin que tal documento haya sido tachado por la parte accionada.

Acreditado, entonces, como se encuentra, que la parte actora asumió el costo del referido servicio para reducir el impacto negativo que la noticia sobre los actos de corrupción originados al interior de la empresa pudo generar, también procede su reconocimiento.

4.5.1.5. Servicios de traducción

El extremo activo contrató los servicios de traducción simultánea y de documentos requeridos para la investigación y denuncia por valor de \$2'182.600, y allegó al plenario cuentas de cobro emitidas por Lilia Puerto Castro el 25 de agosto y 20 de septiembre de 2017, las cuales dan cuenta de que prestó sus servicios profesionales como traductora e intérprete oficial de Portugués-Español. Demostrado el pago así como la necesidad del servicio, el aquí demandado también deberá asumir el pago del referido valor.

4.5.1.6. Estudio de mercado

Indicó el contador público en su dictamen, que la sociedad demandante contrató el servicio de una firma experta que evaluara y determinara el porcentaje de clientes que dejaron de comprar en supermercados ARA. El estudio fue realizado por Feedback Provokers del 7 al 13 de febrero de 2018, la cual cobró por tal concepto la suma de \$25'750.000.

El gasto que por tal concepto efectuó la sociedad actora se encuentra probado en el expediente mediante la factura de venta No. 536 del 1º de marzo de 2018, sin embargo, a diferencia de los pagos referidos con antelación, éste no será reconocido, pues, como a espacio se analizará al abordar el tema del lucro cesante, dicho estudio de mercado no fue el mecanismo idóneo y suficiente para establecer el verdadero impacto que pudo tener la noticia difundida en medios de comunicación sobre los actos de corrupción en los que estuvo inmerso el extremo pasivo y, menos para, sobre ésta base, derivar un monto por concepto de perjuicios.

4.5.1.7. Costos de representación judicial

Con el fin de atender el proceso penal, la sociedad Jerónimo Martins S.A.S. contrató a la firma Sampedro Riveros Barrera Consultores Legales S.A.S. y, por ende, se generaron por concepto de honorarios la suma de \$48'000.000 los cuales se encuentran soportados en facturas de venta y registro contable. Obran como anexos del dictamen pericial dos facturas de venta por la suma de \$36'000.000 y \$12'000.000, emitidas el 11 de agosto y 21 de septiembre de 2017, respectivamente, que acreditan que la parte actora asumió el pago de honorarios profesionales por el proceso penal No. 110016101603201702245 y asistencia a la audiencia de imputación de cargos dentro del mismo expediente. Así las cosas, se accederá al reconocimiento y pago de la suma de dinero solicitada.

4.5.2. Lucro cesante

El lucro cesante, en términos generales, consiste en la ganancia o provecho que deja de reportarse y que se habría obtenido de no ser por el surgimiento del suceso lesivo.

Como se consignó en el acápite de los antecedentes, la parte demandante solicitó a título de lucro cesante las siguientes sumas de dinero: (i) \$3.734.047.784 por concepto de utilidades dejadas de percibir por disminución en ventas y, (ii) \$360.486.576 correspondientes a los ingresos dejados de percibir por atraso de obras.

Para acreditar el citado perjuicio y su monto, se allegó al plenario un dictamen pericial rendido por BDO Audit S.A. a través del contador público Javier Orlando Monsalve Rodríguez, el cual tenía como objeto determinar cuáles fueron los montos de los perjuicios causados a Jerónimo Martins Colombia S.A.S. por actos de corrupción de un funcionario de la compañía, como así se anunció en el mismo, razón por la cual, y previo a analizar el mismo frente a los rubros anteriormente enunciados, resulta pertinente hacer referencia a la naturaleza de este medio de prueba, así como a sus características y criterios básicos para su valoración probatoria.

El dictamen pericial se encuentra regulado en el artículo 226 del Código General del Proceso, el cual señala que este medio probatorio sirve para verificar los hechos que interesan al proceso y que requieran conocimientos especiales de carácter científico, técnico o artístico. El artículo 232 *ibídem*, por su parte, señala que el juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos. La Corte Constitucional en sentencia T-796 de 2006 refirió:

“La naturaleza jurídica de la prueba pericial puede ser catalogada en dos posturas: a) En primer lugar, aquella que la configura como un verdadero

medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos. b) Y, en segundo lugar, aquella que la configura como un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez”

La experticia debe ser clara, precisa, exhaustiva y detallada, dar cuenta de todo lo relacionado con su objeto y expresar de manera clara los fundamentos que sirven como base para las conclusiones a las que arribó el perito, pues, requiere ser comprendido por las partes y, en especial, por el juez, toda vez que como director del proceso le compete verificar no solo la idoneidad de quien lo rinde sino también la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos de acuerdo con las reglas de sana crítica y máximas de la experiencia, pudiendo incluso apartarse del dictamen. Sobre este tópico, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que:

“[e]l juez goza de plena autonomía para calificar y apreciar la firmeza, precisión y calidad de cada una de las pruebas arrimadas al proceso y, particularmente, de los fundamentos del dictamen pericial. Así, los juicios que sobre este realice gozan de la presunción de acierto y son inmodificables, siempre que la conclusión no resulte contraevidente, esto es, que el experticio no haya sido apreciado de manera distinta a como aparece producido y con lo que demuestra, entiéndase que no haya sido extraída de él una conclusión absurda o arbitraria”¹⁵

En ese orden de ideas, es perfectamente viable que el juez se aparte de la prueba pericial allegada al asunto que le fue puesto en su conocimiento, pues, “[c]ompete al Juez y solo a él dentro de los límites de su soberanía, analizarla sin estar sujeto a ningún valor o tarifa preestablecida. Es él quien cuenta con la suficiente formación para desecharla y por ende apartarse de sus conclusiones o darle el mérito total o parcial que encuentre más ajustado al caso. Por ende, se torna en una exigencia sine qua non que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda admitirse como prueba de los hechos que analiza, la debida y

¹⁵ CSJ, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de junio de 2006, SC-070

*adecuada fundamentación; y compete al juzgador apreciar con libertad esa condición, dentro de la autonomía que le es propia”.*¹⁶

Ahora bien, jurisprudencialmente se han establecido criterios básicos para su valoración probatoria¹⁷ así: (i) validez o aceptabilidad suficiente del método o técnica utilizada por el perito, (ii) aplicación, adecuación y coherencia del método con todos los hechos objeto de dictamen en el proceso, (iii) consistencia interna o relación de causa-efecto, entre los fundamentos y la conclusión del peritaje y, (iv) calificación e idoneidad del perito.

4.5.2.1. Ingresos dejados de percibir por disminución en ventas

De la revisión del dictamen se observa que el perito indicó que la compañía demandante cuenta con el sistema de información ERP SAP, el cual está integrado por módulos que soportan las operaciones de ventas por tienda y, de manera diaria, se integra por medio de una interfase TLOG que alimenta la base de operaciones detallada del sistema Business Objects.

Para efecto de determinar el precitado rubro, el mencionado perito tuvo como base el estudio de mercado realizado por Feedback Provokers SAS, cuyo objeto era medir el impacto en las ventas por la pérdida de clientes de manera directa por los hechos generados por Pedro Coelho.

El precitado estudio, realizado a 1860 personas en las ciudades de Barranquilla, Bogotá y Pereira, incluyó las siguientes preguntas: (i) es usted cliente habitual de los supermercados ARA, (ii) era usted cliente de los supermercados ARA antes de septiembre de 2017, (iii) escuchó alguna noticia relacionada con un problema que enfrentó un directivo de ARA antes de Septiembre de 2017 y, (iv) por este hecho usted cambió

¹⁶ Sentencia SC-7817 de 2016

¹⁷ Sentencia SC-5186 de 2020

sus preferencias de comprar frecuentemente en ARA por otro establecimiento de comercio?

Del total de encuestados, 1203 personas indicaron ser clientes habituales de ARA y, por ello, esa cifra se tomó como el universo de clientes ARA; 305 personas de la referida cifra, respondieron que compraban antes de septiembre de 2017 y no volvieron a comprar, [fueron clasificados como abandonadores]¹⁸ y, de éstos, 106 contestaron afirmativamente haber escuchado la noticia que un directivo de ARA, donde 58 indicaron que por ese hecho cambiaron de tienda. La conclusión del estudio de mercado señaló que el impacto de la noticia fue del 4,8%.

Para determinar la base de cálculo y medición del impacto generado por la conducta del demandado en las ventas de la compañía, el perito se basó en los documentos aportados por Jerónimo Martins Colombia S.A.S., esto es, los registros de las ventas reales y totales del periodo de octubre a diciembre de 2017 y enero de 2018, el ya referido sistema de información y el estudio de mercado realizado mediante encuesta con interceptación en calle, el cual, se itera, arrojó que la pérdida de clientes fue del 4,8%. El resultado de aplicar el citado porcentaje a las ventas registradas en los meses antes señalados fue el siguiente:

PERIODO	VENTAS REALES MENSUALES	PORCENTAJE DE ABANDONADORES SEGÚN ENCUESTA	IMPACTO SOBRE LAS VENTAS DE ABANDONADORES (VENTAS DEJADAS DE PERCIBIR)	MARGEN DE UTILIDAD SOBRE VENTAS REALES	RENTABILIDAD DEJADA DE PERCIBIR
Octubre 2017	123.366.612.839	4,8%	5921597416	14,32%	847.972.750
Noviembre 2017	125.156.213.692	4,8%	6007498257	13,16%	790.586.771
Diciembre 2017	162.018.178.668	4,8%	7776872576	14,21%	105.093.593
Enero 2018	144.896.223.941	4,8%	6955018749	14,24%	990.394.784
Total periodo de análisis	555.437.229.140	4,8%	26660986999		3.734.047.784

Del estudio de los resultados obtenidos, la metodología empleada por el perito y el material que sirvió de insumo para que llegara a las

¹⁸ Compradores de supermercados ARA antes de septiembre de 2017, pero que en la actualidad no volvieron a comprar

conclusiones descritas en la anterior tabla, de entrada se advierte que no es viable acceder al perjuicio reclamado, toda vez que la prueba pericial en la cual se apoya, tuvo sustento en una encuesta que adolece de elementos que permitan determinar que, en efecto, dejaron de ingresar a las arcas de la compañía la suma allí referida (\$3.734.047.784), la cual, como se observa, se deduce del hecho que cincuenta y ocho (58) encuestados, que equivalen al 4.8% de los compradores de las Tiendas Ara, contestaron que dejaron de comprar en éstas por la noticia sobre la conducta de uno de sus directivos; encuesta que, se advierte, carece de la idoneidad probatoria suficiente para sustentar el dictamen en la cuantiosa suma que por tal concepto presentó.

En efecto, como ya se indicó, el elemento central que fundamentó la experticia arrojada con la demanda para calcular los ingresos dejados de percibir por la disminución en ventas, fue el estudio de mercado que efectuó la firma Feedback Provokers del 7 al 13 de febrero de 2018 contratada por la demandante, pues, el porcentaje allí referido sirvió de base para efectuar la operación matemática frente a los demás ítems empleados, esto es, ventas reales y margen de utilidad.

En el *sub examine* no fue objeto de discusión la idoneidad del perito, toda vez que junto con el dictamen pericial se anexaron los documentos que dan cuenta de su experiencia profesional, sin embargo, los demás criterios de valoración del dictamen frente al rubro que nos ocupa no se cumplen a cabalidad, como el de validez o aceptabilidad suficiente del método o técnica utilizada por aquél.

La encuesta es una técnica que se lleva a cabo mediante la aplicación de un cuestionario a una muestra de personas, y proporciona información sobre las opiniones, actitudes y comportamientos de los ciudadanos¹⁹. El estudio de mercado a través de la encuesta, tiene como finalidad conocer

¹⁹ La Real Academia de la Lengua Española define la encuesta como el conjunto de preguntas tipificadas dirigidas a una muestra representativa de grupos sociales, para averiguar estados de opinión o conocer otras cuestiones que les afectan.

opiniones o medir tendencias, y su investigación se divide en cualitativa y cuantitativa, última esta que fue la empleada en el caso que nos ocupa, cuyo objetivo es entender los comportamientos del consumidor, más no encontrar el por qué y las razones de abandono, conforme fue indicado por la deponente Rosalba Olivella en su declaración.

La encuesta no permitió conocer la razón concreta por la cual los encuestados dejaron de comprar en los supermercados ARA y, por ende, no se encontró el motivo real del impacto de la noticia visibilizada en los medios de comunicación respecto de los actos de corrupción en los que participó el demandado; pero más allá de ello, encuestas como la realizada, permite tomar decisiones gerenciales, adoptar estrategias de mercadeo, generar cambios, pero no constituyen un método idóneo y suficiente para establecer, con un criterio razonable, una realidad, pues reglas de la experiencia enseñan que en desarrollo de éstas, máxime cuando no se piden datos de identificación, la gente no siempre dice lo que realmente piensa o corresponde a la realidad, por lo que no es un método objetivo.

Los valores indicados en el ítem de ventas mensuales reales²⁰ extraídos del reporteador del sistema SAP y cotejados con los registros contables, corresponden a las ventas mensuales reportadas en todas y cada una de las tiendas ARA ubicadas en el país para dichos periodos, razón por la cual tomar el porcentaje de 4,8% referido en el estudio de mercado sobre la universalidad de ventas resulta desproporcionado, no ajustado a la realidad e impreciso, por cuanto éste solo representó a un grupo de 305 personas entre 1203 clientes ARA y que fueron encuestadas en tres ciudades específicas del territorio nacional y, por ende, no corresponde al número total de consumidores de los establecimientos de comercio.

En consecuencia, la realización de una encuesta para medir el posible impacto que generó en los clientes escuchar la noticia de actos de

²⁰ Cfr. folio 65 C.1

corrupción de un directivo de la compañía, no fue la herramienta adecuada para fundamentar el dictamen en cuanto a los ingresos dejados de percibir por la presunta pérdida de compradores de la sociedad demandante, a lo cual se suma que en los estados financieros de los años 2017 y 2018 no se relacionó como una contingencia la noticia generada por los actos de corrupción en los que estuvo vinculado el aquí demandado.

Gran relevancia tiene para el asunto que, de la revisión de los referidos estados financieros, se colige que Jerónimo Martins Colombia S.A.S. incrementó en gran medida sus ingresos operacionales, pues, en el 2016 registró \$830.289.338.000, al año siguiente reportó \$1.438.883.069.000 y en 2018 el resultado fue \$2.256.424.675.000, ello como consecuencia del plan de expansión de la compañía en el territorio nacional y, por ende, atrajo un gran número de nuevos clientes y afianzó los existentes. De igual manera, tal como lo enfatizó el apoderado judicial del señor Coelho, el reporte en la bolsa de valores de Lisboa arrojó 599 millones de Euros en ventas, 47,9% por encima del año 2017, lo cual pone de manifiesto que antes que presentarse una reducción en las ventas, lo que realmente ocurrió fue un aumento en las mismas.

Así las cosas, la experticia que se allegó para acreditar los ingresos dejados de percibir por la compañía Jerónimo Martins Colombia S.A.S. por la disminución en las ventas, no resulta admisible, primero, por el método empleado, toda vez que el porcentaje que arrojó el estudio de mercado se aplicó frente a la universalidad de ventas en el país, cuando existen variables económicas, sociales e incluso políticas que inciden en los niveles de ventas y, por ende, en las utilidades, segundo, no fue posible establecer el verdadero impacto en las ventas de la empresa con ocasión a la noticia difundida en los medios de comunicación y, tercero, los estados financieros de los años 2017 y 2018 reflejan un incremento en los ingresos y operaciones de la compañía y, además, en éstos no se

relacionó como contingencia la presunta disminución en ventas generadas por el actuar del demandado.

Una de las garantías propias del derecho al debido proceso –Artículo 29 de la Constitución Política-, es que las condenas que se impongan a una determinada persona se liquiden según los parámetros legales, concretamente, que la prueba pericial que sustenta la liquidación de perjuicios sea practicada según los ritos legales y valorada teniendo en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia del perito y la consonancia del informe con los demás elementos probatorios y de juicio que obren en el proceso, “*con mayor razón cuando la parte que está llamada a soportar el pago no participa materialmente en el trámite correspondiente y, en consecuencia, no tiene oportunidad de defensa*”, como así lo precisó la Corte Constitucional²¹, la cual, además, puntualizó:

“En estos casos el daño o perjuicio, como elemento común de la responsabilidad, debe estar plenamente probado y razonablemente liquidado, siguiendo los parámetros legales, para que disminuya el quebranto o menoscabo del derecho subjetivo de la víctima o del afectado, pero sin generar enriquecimientos injustificados, ni empobrecimientos correlativos aventurados. (...)”

“En consecuencia, la pretensión indemnizatoria debe negarse si no se demuestra plenamente el daño indemnizable y su nexo causal con el hecho que lo origina. De igual manera corresponde al juez buscar la manera objetiva de cuantificar el perjuicio, porque ni el daño ni su cuantificación pueden en principio ser presumidos. Esto es, con independencia de que la cuantificación del perjuicio sea o no un elemento necesario a todo tipo de daño, lo cierto es que en los eventos en los cuales se trata de una pretensión económica de naturaleza pecuniaria –como ocurre en el presente caso- la cuantificación del mismo debe estar soportada razonablemente para que se cumpla lo más exactamente posible con la regla de indemnización de que trata el artículo 65 de la Ley 472 de 1998(...)” (Subraya el Despacho)

En tal sentido, el Despacho se apartará del dictamen en el ítem del concepto aquí analizado, toda vez que los resultados obtenidos en virtud a la encuesta realizada resultaban por sí solos insuficientes para servir de base al perito contador para determinar los efectivos perjuicios

²¹ Sentencia T-274 de 2012

causados a la compañía así como para calcular el lucro cesante, pues se trata de una pericia que se basa en información suministrada por algunas personas encuestadas, cuyo contenido se torna precario para determinar los mismos, y *“se convierte en un fundamento que carece de la idoneidad necesaria para convertirse en pieza central del dictamen dada la omisión en la aplicación de una metodología técnica y científica comprobable para establecer la magnitud del daño y la cuantía de los perjuicios”*²².

En palabras simples, el dictamen que aportó la sociedad demandante como prueba reina de los perjuicios cuyo resarcimiento pretende por los ingresos dejados de percibir por la disminución en las ventas con ocasión de la conducta antijurídica del demandado, parte de un porcentaje obtenido de una encuesta que adolece de la idoneidad probatoria suficiente para edificar sobre ella una condena como la aquí pretendida, pues, como ya se indicó, el perjuicio sólo es indemnizable cuando esté plenamente probado y razonablemente liquidado, sin que sea dable que se utilice para *“generar enriquecimientos injustificados, ni empobrecimientos correlativos aventurados”*.

4.5.2.2. Ingresos dejados de percibir por atraso de obras

La parte actora solicitó condenar al demandado a pagar la suma de \$360.486.576 correspondientes a los ingresos dejados de percibir por atraso en las obras, por cuanto tuvo que liquidar los contratos existentes y vincularse con nuevos proveedores para que ejecutaran o terminaran las obras.

Como se dilucidó al analizar el daño emergente, al plenario se allegaron los contratos de transacción celebrados por Jerónimo Martins Colombia S.A.S. con algunos de sus contratistas, aduciéndose en la demanda que, al conocerse los actos de corrupción al interior de la compañía, la confianza y credibilidad con estos proveedores se vio afectada y, por tanto, la demandante decidió unilateralmente deshacer el vínculo que los

²² *Idem.*

unía, generándose para la sociedad sobrecostos y pérdidas ante la imposibilidad de abrir las tiendas en las fechas programadas.

El perito señaló en su dictamen que utilizó los cronogramas de apertura de tiendas iniciales y las fechas en que efectivamente se abrieron al público, determinó el número de días de atraso, los cuales se cuantificaron con base en el promedio de venta de cada tienda, aplicando el margen de utilidad de las mismas, con el objeto de establecer el valor de las utilidades dejadas de obtener, para lo cual se refirió de manera puntual a cada tienda.²³ La sumatoria de lo dejado de percibir por tal concepto arrojó un total de \$360.080.457.

Si bien es cierto, el cálculo que permitió obtener el citado resultado efectuado por el contador público se realizó de forma adecuada, pues, tuvo en cuenta los días de retraso, el periodo en el cual estuvieron abiertas las tiendas al público, las ventas en promedio generadas en dicho intervalo de tiempo, el total de ventas esperadas en cada establecimiento y, de acuerdo al margen de utilidad de cada uno de ellos, determinó las sumas de dinero dejadas de percibir con ocasión a la apertura de los nuevos puntos en fechas posteriores a las establecidas por la compañía, también lo es que, los ingresos dejados de percibir por el atraso de obras, tuvo su origen en la decisión unilateral de dar por terminados los contratos a través de los cuales se estaban adelantando los trabajos de diseño, adecuación y construcción de las tiendas y, por tanto, siendo ello así debe asumir las consecuencias que su determinación corporativa les generó.

Lo anterior, guardando coherencia con lo consignado por este Despacho al momento de analizar el primer rubro del daño emergente, donde se estableció que la parte demandante no cumplió con la carga procesal que le era exigible y, por ello, debía soportar las consecuencias de una decisión adversa en tal sentido; esto es, si no se accedió a reconocer los

²³ Cfr. folio 66 C.1

valores reclamados en virtud a los contratos de transacción con base en los cuales se materializó su decisión de no continuar con las empresas que estaban adelantando las obras, no podría esta instancia judicial, reconocer los valores que precisamente peticona por el atraso generado frente al cambio de contratistas.

En ese orden de ideas, se denegarán los perjuicios reclamados por concepto de lucro cesante, esto es, por las sumas de dinero deprecadas por los ingresos dejados de percibir por disminución en ventas y por el atraso en las obras, por no haberse acreditado los mismos en debida forma.

6. Para concluir, en el *sub judice* confluyen los presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil extracontractual deprecada y, por tanto, tal como se indicó al momento de fijar el objeto del litigio, se impone, entonces, analizar a continuación si alguna de las excepciones de mérito planteadas por el extremo pasivo de la *litis* tiene vocación prosperidad, anticipándose, desde ya, que ninguna de ellas logra enervar la totalidad de las pretensiones de la demanda.

6.1. Sobre la *“inexistencia de nexo causal entre la conducta del demandado y los perjuicios presentados por la demandante”*, baste decir que en el presente caso, como se indicó al analizar este presupuesto axiológico, quedó demostrado el nexo de causalidad existente entre el daño y la conducta desplegada por el extremo pasivo, pues, los delitos cometidos por el demandado mientras desempeñaba el cargo de Director de Operaciones de Jerónimo Martins Colombia S.A.S. le generaron una serie de gastos y erogaciones que, en línea de principio, no tenía que soportar la sociedad, y cuya indemnización se persigue en el presente asunto; ello, al margen de que, por falta de acreditación, no se pueda acceder a la totalidad de lo pretendido.

6.2. En torno a la “*inexistencia de los perjuicios reclamados o hipotéticos*”, la cual se sustentó en que Jerónimo Martins Colombia S.A.S. en su estado de resultados del año 2017 declaró que las ventas fueron de 405.000.000 millones de euros que representan un incremento de ventas del 72%, y que el valor de los tiquetes aéreos y gastos de hospedaje solicitados son erogaciones usuales en el marco de su operación comercial, el Despacho remite a lo consignado sobre el particular al momento de analizar los referidos tópicos, donde claramente se dejó determinado qué valores podían reconocerse por concepto de perjuicios y cuáles no, por no haber sido probados, ya que no basta a la parte afectada probar que los sufrió, sino que debe también acreditar su monto.

Y, no obstante que se estableció que los estados financieros y el reporte ante la Bolsa de Lisboa mostraban unos resultados de ventas y ganancias y no de disminución o pérdidas, lo cierto del caso es que sí se generaron perjuicios, ello al margen de que algunos de éstos no se hubiese acreditado en debida forma.

6.3. En relación con el “*pago de la indemnización debida a la demandante*”, indicó el apoderado del demandado que éste depositó la suma de \$30'000.000 en la cuenta de la sociedad Jerónimo Martins SAS para reparar los daños irrogados con su conducta, ya que ante el Juzgado Penal se probó que la suma que recibió Pedro Coelho por parte de los proveedores, era trasladada a la sociedad demandante como incremento en el presupuesto ofertado por los contratistas y, por tanto, dichos valores son el perjuicio cierto y directo causado, razón por la cual la obligación de indemnizar ha sido satisfecha.

Teniendo en cuenta la decisión aquí adoptada en el sentido de reconocer unos valores por los perjuicios que se probaron, la cual supera el monto aludido, y que la parte actora informó que la referida suma de dinero ingresó en el rubro contable de cuentas por pagar para ser entregadas a

los contratistas que accedieron a la propuesta del señor Pedro Coelho, cuando éstos lo soliciten, no está llamada a prosperar la excepción objeto de pronunciamiento, máxime cuando la sociedad demandante dejó claro dentro del proceso penal que, pese a haber recibido dicha cantidad, de ninguna manera podía entenderse como una indemnización integral o conciliación entre las partes.

6.4. La “*compensación*” apoyada en que la referida suma, \$30'000.000, debe compensarse frente a cualquier eventual condena a cargo del demandado, no tiene asidero legal, pues, la compensación es un medio de extinción de las obligaciones recíprocas, en donde se releva a los deudores entre sí, del cumplimiento efectivo de las mismas hasta la concurrencia de la menor de ellas, de modo que sólo deba cumplirse con el excedente de la deuda²⁴, y en el *sub judice* la sociedad demandante no es deudora del señor Coelho.

En efecto, como se reiteró por parte del extremo activo, los dineros que consignó el demandado a Jerónimo Martins Colombia S.A.S. en la cuantía señalada, corresponden al monto que los contratistas entregaron a Silvestre Da Costa Coelho para obtener la adjudicación de la construcción de tiendas, razón por la cual la compañía no admite que les pertenezca y, por el contrario, es enfática en afirmar que es de los contratistas que la entregaron al funcionario y, por tanto, está a su entera disposición.

7. Para concluir, de conformidad con lo hasta aquí analizado **(i)** se declararán imprósperas las excepciones de mérito propuestas por el demandado; **(ii)** se declarará civil y extracontractualmente responsable al demandado Pedro Jorge Márquez Silvestre Da Costa Coelho, por los perjuicios causados a la sociedad Jerónimo Martins Colombia S.A.S. por los actos de corrupción en los que incurrió cuando desempeñaba el

²⁴ Conforme a los artículos 1714, 1715 y 1716 del Código Civil, la compensación es un modo de extinguir las obligaciones de quienes son deudores entre sí, cuyas deudas sean en dinero, o de cosas fungibles, o indeterminadas, de igual género y calidad, líquidas y actualmente exigibles.

cargo de Director de Operaciones en la compañía, y que fueron debidamente acreditados; **(iii)** se condenará al extremo pasivo a pagar a favor de la demandante los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente consistentes en gastos de viaje y alojamiento de Eduardo Dias Da Costa, investigación privada, manejo de medios de comunicación, servicios de traducción y costos de representación judicial, los cuales ascienden a la suma de \$154'288.665; **(iv)** se negará las pretensiones atinentes al daño emergente relacionado con los gastos de viaje y alojamiento de los demás funcionarios de la compañía, contratos de transacción y estudio de mercado; y **(v)** se denegarán las sumas pretendidas por concepto de lucro cesante.

8. Resta analizar en el *sub examine* el tema relacionado con el juramento estimatorio de que trata el artículo 206 del Código General del proceso, frente al cual, de una parte, fue objetado por el demandado y, de otra, se solicitó por parte de su apoderado sancionar a la sociedad actora, por exorbitante y desmesurado. En lo pertinente, el referido canon normativo establece lo siguiente:

“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.”

“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada” [Énfasis no original].

“PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Razones de probidad y de buena fe imponen que el demandante obre con sensatez y rigor al momento de hacer su reclamo ante la justicia, en especial en cuanto atañe a la existencia y a la cuantía de los perjuicios sufridos, razón por la cual el propósito de la norma fue “*desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias*”, de tal suerte que, en el evento de excederse quien demanda en la cuantía estimada bajo juramento, en el cincuenta por ciento de lo que logre probar, debe pagar una suma equivalente al diez por ciento de la diferencia entre la cantidad que estimó y la que realmente demostró o acreditó.

Significa lo anterior que en el asunto que nos convoca, y toda vez que el valor pretendido por la sociedad demandante fue estimado en \$5.497.051.240, y sólo se reconocerá por concepto de perjuicios los realmente acreditados, esto es, \$154'288.665, estaría aquella obligada a pagar la suma de \$534'276.257 a favor del Consejo Superior de la Judicatura, equivalente al diez por ciento de la diferencia entre ambas cantidades, sin embargo, el Despacho se abstendrá de imponer tal sanción pecuniaria a la sociedad demandante.

Lo anterior, toda vez que esta sede judicial considera, salvo mejor criterio, que la falta de demostración de todos los perjuicios deprecados no obedeció a un actuar negligente u omisivo por parte de Jerónimo Martins Colombia S.A.S., la cual se esmeró por aportar al proceso los elementos persuasivos que consideró pertinentes y adecuados para obtener a su favor la condena en la cuantía estimada.

Resulta pertinente traer a colación los diferentes escenarios hipotéticos que la Corte Constitucional expuso al analizar la exequibilidad del transcrito párrafo para la viabilidad o no de aplicar la figura en cita²⁵. En primer lugar, “*los perjuicios no se demostraron porque no existieron*”,

²⁵ Sentencia C-157 de 2013

el segundo hace referencia a que no se acreditaron “*porque no se satisfizo la carga de la prueba*”, circunstancia ésta que da lugar a dos subdivisiones: “*los perjuicios no se demostraron por el obrar culpable de la parte a la que le correspondía hacerlo y ... no se demostraron pese al obrar exento de culpa de la parte a la cual le correspondía hacerlo*”.

En el primer evento, “*Si la carga de la prueba no se satisface por el obrar descuidado, negligente y ligero de la parte sobre la cual recae, valga decir, por su obrar culpable, al punto de que en el proceso no se logra establecer ni la existencia ni la cuantía de los perjuicios, aunque sea posible que sí hayan existido en la realidad, de esta situación deben seguirse consecuencias para la parte responsable...*”.

Empero, si la obligación demostrativa no se satisface no obstante el obrar diligente, esto es, por circunstancias ajenas a su voluntad, tal contingencia amerita ser analizada desde otra perspectiva²⁶. En el caso concreto, Jerónimo Martins Colombia S.A.S., en su afán por obtener la indemnización por los perjuicios que creyó se le causaron por uno de sus empleados, aportó la documental que consideró útil y necesaria y contrató los servicios de una empresa para que, a través de la modalidad de encuesta cuantitativa, hiciera un estudio, del cual a su vez se sirvió el perito que rindió el dictamen y que fue aportado como prueba para valorar los mismos.

Sin embargo, como es un deber del juzgador verificar la idoneidad y rigurosidad de los procedimientos y metodologías utilizadas para rendir un dictamen, y así determinar su firmeza, precisión y claridad de sus fundamentos, los valores de la experticia soportados en un porcentaje que arrojó una encuesta no fue tenida en cuenta por el Despacho por no contar con una base sólida, idónea y objetiva; es decir, dentro de la sana crítica judicial y siendo el juez es autónomo para valorar todas las pruebas, entre ellas, el dictamen pericial, adoptó la citada decisión.

²⁶ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Exp. Rad. N°11001310301720120062401. M.P. Clara Inés Márquez Bulla

En situación asimilable al caso se dijo que: “*El extremo demandante trajo al proceso una serie de elementos suasorios, cosa distinta es que no tuvieron el calado esperado por los aspectos ya reseñados ampliamente a lo largo de esta determinación, con lo cual no se advierte un actuar de las connotaciones señaladas que amerite dicha sanción procesal*”.²⁷

Consecuentes con lo anotado, se itera, no se impondrá a Jerónimo Martins Colombia S.A.S. la sanción a la que alude el precitado artículo 206 del estatuto general del proceso; sanción cuya imposición impetró el apoderado judicial del accionado Da Costa Coelho.

De otro lado, en relación con la objeción que al juramento estimatorio efectuó el citado profesional del derecho, se advierte que, frente a la decisión adoptada por el Despacho en torno al tema de los conceptos y montos, y a lo realmente reconocido por concepto de los perjuicios patrimoniales pretendidos, resulta innecesario, por sustracción de materia, abordar el análisis sobre la prosperidad de la misma, pues, en últimas lo que se buscaba con ésta, fue definido con antelación por esta instancia judicial al realizar el estudio que le competía dentro del respectivo presupuesto axiológico.

9. Para concluir, frente a la prosperidad de la acción civil instaurada por Jerónimo Martins Colombia S.A.S. contra Pedro Jorge Márquez Silvestre Da Costa Coelho, se condenará al mismo en costas a favor de la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, las cuales serán liquidadas en la forma y términos del canon 366 *ejusdem*.

²⁷ *Idem*

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito tituladas “*inexistencia de los perjuicios reclamados o hipotéticos*”, “*inexistencia de nexo causal entre la conducta del demandado y los perjuicios presentados por la demandante*”, “*pago de la indemnización debida a la demandante*” y “*compensación*”, planteadas dentro del asunto de la referencia por el apoderado judicial de la parte demandada, por las razones consignadas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el demandado Pedro Jorge Márquez Silvestre Da Costa Coelho, es civil y extracontractualmente responsable por los perjuicios causados a la sociedad Jerónimo Martins Colombia S.A.S. en virtud a los actos de corrupción en los que incurrió mientras desempeñaba el cargo de Director de Operaciones en la compañía.

TERCERO: CONDENAR a Pedro Jorge Márquez Silvestre Da Costa Coelho a pagar a la parte demandante por concepto de daño emergente la suma de \$154'288.665.

PARÁGRAFO: ADVERTIR que el monto referido anteriormente, deberá ser cancelado dentro de los cinco (5) días siguientes contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: NEGAR los perjuicios reclamados a título de lucro cesante y, en la modalidad de daño emergente, los gastos de tiquetes y alojamiento de funcionarios de la sociedad Jerónimo Martins Colombia S.A.S. y los

valores atinentes a los contratos de transacción y estudio de mercado, por lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada a favor de la demandante, Por secretaría, practíquese su liquidación e inclúyase la suma de \$15.000.000 por concepto de agencias en derecho.

SEXTO: ORDENAR, una vez verificado lo anterior, el archivo definitivo del expediente, previas las anotaciones de rigor, si esta sentencia no fuere objeto de apelación dentro del término legal.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



MARÍA EUGENIA SANTA GARCÍA
Jueza

JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO Bogotá, D. C. NOTIFICACIÓN POR ESTADO: La providencia anterior es notificada por anotación en estado No. 095 hoy 06 de julio de 2021 LUÍS ORLANDO BUSTOS DOMÍNGUEZ Secretario
