

Dr. Flavio Ortega Gomez

Abogado Titulado
Universidad Simón Bolívar
ESPECIALIZACIÓN EN DEFENSA MÉDICA
Negocios Civiles - Comerciales- Derechos Notarial
Tels. 3567521 Celular: 300-7449457

Barranquilla, 19 de Abril de 2021.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA - SALA OCTAVA CIVIL FAMILIA.

ATN. Doctor ABDON SIERRA GUTIERREZ.

E.S.D.

PROCESO: EJECUTIVO
DEMANDANTE: PRABYC INGENIEROS S.A.S.
DEMANDADO: ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE

RADICACIÓN: 08001315300920190015801

FLAVIO JOSE ORTEGA GOMEZ varón, mayor, capaz, domiciliado y residenciado en la ciudad de Barranquilla, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.684.605 de Barranquilla, abogado titulado e inscrito, portador de la tarjeta profesional No. 41.698 del Consejo Superior de la Judicatura, por medio del presente en mi calidad de Apoderado Judicial de la **ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE** dentro del proceso de la referencia, me permito presentar **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia que se dictó en el curso de la Audiencia de que trata el artículo 372 y 373 del Código General del Proceso, realizada el día 1° de Diciembre de 2020 al interior del proceso referenciado por parte del Juzgado Noveno Civil del Circuito de Barranquilla, bajo los siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

1. Primer reparo – Naturaleza del contrato

Tal como se ha manifestado en oportunidades procesales anteriores, la naturaleza del contrato suscrito entre las partes, esto es, ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE y PRABYC INGENIEROS S.A.S., obedece a un contrato civil de aquellos denominados “llave en mano” celebrado de forma verbal, que tenía como objeto principal integral, la construcción de la Nueva Torre de la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE.

Es de vital importancia recordar que, un contrato llave en mano para una construcción es aquel que se acuerda con un contratista y en el que éste se compromete a encargarse de todos o la mayoría de los trámites precisos para realizar una obra, a cambio de un precio cerrado global y en un plazo determinado de tiempo.

La empresa contratada, en este caso PRABYC SAS, se encarga de definir y llevar a cabo el proyecto de obra y los documentos técnicos necesarios para la ejecución de las obras, solicitar las licencias municipales, subcontratar las distintas unidades de obra, elegir las soluciones constructivas que se planteen y los distintos materiales a emplear y, por supuesto, de ejecutar las obras hasta su completa finalización. Según el Consejo de Estado¹, estos contratos se asimilan, generalmente, a contratos de obra a precio fijo o global y en ellos los contratistas adquieren la obligación de entregar al operador, en estado de utilización y bajo su responsabilidad, determinadas obras generalmente sobre inmuebles

¹ Concepto Sala de Consulta C.E. 1013 de 1997 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicios Civil

Dr. Flavio Ortega Gomez

Abogado Titulado

Universidad Simón Bolívar

ESPECIALIZACIÓN EN DEFENSA MÉDICA

Negocios Civiles - Comerciales - Derechos Notarial

Tels. 3567521 Celular: 300-7449457

Ahora bien, el objeto contractual de la relación entre PRABYC INGENIEROS SAS y ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE fue integral, habiendo asumido y aceptado la hoy demandante como CONSTRUCTOR, diversas obligaciones que van desde el gerenciamiento de los pasos preliminares que incluyeron, la recomendación de las personas jurídicas y naturales expertas para iniciar y llevar hasta su terminación, los estudios, diseños y demás de las partes técnicas del proyecto de la NUEVA TORRE de la IPS CLINICA GENERAL DEL NORTE. Sin embargo, estas no eran las únicas obligaciones ya que también debía elaborar los diseños de la parte eléctrica de la construcción.

Así mismo, como todo negocio contractual, contenía riesgos que aceptó PRABYC INGENIEROS como CONSTRUCTOR; uno de ellos, es el que asumió el CONTRATISTA en lo referente a que, si por cualquier causa el objeto integral del contrato NO se podía desarrollar, no podría recibir ninguna suma de dinero por los servicios que hubiere prestado.

Adicionalmente, nunca se pactó entre las partes, un valor determinado por etapas y mucho menos, un valor concreto por los diseños arquitectónicos que realizó la hoy demandante. Por ende, mal podría considerarse que el valor de los diseños realizados por la demandante, fuese el valor de la factura base del recaudo ejecutivo. Más aun, cuando no obra en el expediente prueba sumaria que siquiera a título de indicio leve en su forma de contingente, pueda determinar que el valor de la factura fue el valor pactado entre las partes por los diseños. Por este motivo, no era siquiera posible que fuese dictado mandamiento de pago y mucho menos, orden de seguir adelante la ejecución, por lo que el título valor base del recaudo ejecutivo, carece de JUSTA CAUSA y/o CAUSA LEGAL y por ello, debía declararse probada la excepción que se propuso en contra del Mandamiento de Pago, en el curso del proceso de primera instancia.

Ahora bien, en el curso de la Audiencia Inicial de que trata los artículos 372 y 373 del Código General del proceso, se llevó a cabo interrogatorio de parte al señor DIEGO PRADA, en calidad de Gerente General de PRABYC SAS, en donde se le formuló, entre otras, la pregunta tendiente a saber la forma en que fueron pactados los honorarios, a lo que éste respondió que solo decidieron cobrar el 1% ya que no se realizó todo el trabajo porque solo se llegó a la licencia de construcción. Lo anterior, por ende, obedece única y exclusivamente al valor aproximado de MIL TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS M/L aproximadamente, y no a la suma de dinero de MIL SEISCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES DE PESOS CIENTO SESENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS M.L.C (\$1.628.167. 480.00) y sobre la cual se expidió la factura.

Este GRAVE ERROR, confirma que la demandante actuó sin la OBLIGATORIA BUENA FE de estirpe constitucional, legal y contractual, lo cual constituye un SERIO INDICIO en contra de la demandante.

Ahora bien, manifiesta la Juez de Primera Instancia, que no hay prueba escrita que demuestre que la obra hubiere sido pactada como INTEGRAL y que como por lo general las obras se pactan en cuanto al valor para el CONTRATISTA y/o CONSTRUCTOR, por etapas, ella presume que el objeto de la obra fue por etapas y que como la demandante realizó una parte de los diseños de la obra y diligenció los diseños técnicos, tiene derecho a que se le pague el valor de su gestión.

El primer error de la Juez sobre esta parte en concreto se da por cuanto, por un lado, acepta y reconoce que el contrato que existió entre las partes, fue VERBAL, por lo tanto, NO puede la Juez exigir prueba documental escrita, para probar que el contrato verbal fue INTEGRAL. El segundo error, se da porque para fundamentar una parte de su sentencia, el Juzgado sí toma la declaración del Dr. HENRY ENCISO, pero desvirtúa la declaración del testigo cuando en forma reiterada, precisa que se pactó contrato integral, o como lo llamó el testigo, llave en mano.

Al respecto, establece el principio de Stopell, que ni el Juez ni las partes, pueden alegar en su beneficio, u n hecho o una prueba para lo que le conviene, pero posteriormente alegar el mismo hecho o prueba, en forma totalmente contraria. Sin embargo, el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Barranquilla, adoptó la declaración de los testigos para alegar en su beneficio, los hechos y pruebas que así le convenían. Este hecho reconfirma que la sentencia debe ser revocada en un todo y con ello, negar en forma total las pretensiones del demandante y en su lugar, conceder las de mi poderdante.

Dr. Flavio Ortega Gomez

Abogado Titulado
Universidad Simón Bolívar
ESPECIALIZACIÓN EN DEFENSA MÉDICA
Negocios Civiles - Comerciales - Derechos Notarial
Tels. 3567521 Celular: 300-7449457

2. Segundo reparo – Inexistencia de título ejecutivo por devolución de factura

La Juez, en los fundamentos para declarar no probada la excepción de fondo denominada NO ACEPTACION TACITA O EXPRESA de la factura base del recaudo ejecutivo y en concreto, tuvo únicamente en cuenta el hecho de haberse presentado por parte de PRABYC, el ORIGINAL de la factura como base del recaudo ejecutivo; sin embargo, el Despacho Judicial desconoce que el hecho que se haya presentado el original de dicha factura, supone que la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE sí realizó la devolución de la misma. Por otro lado, desconoce que la certificación emitida por la Organización Clínica General del Norte respecto de la factura No. 3486 de fecha 4 de abril de 2018 en donde se hace constar que la misma, no aparece registrada en los sistemas de información contable, por lo que no figura en las cuentas por pagar sobre este concepto.

En consecuencia, la Juez incurrió en error al no tener en cuenta el hecho de que la demandante presentare como fundamento para el recaudo el ORIGINAL de la factura, demuestra por sí solo, que la misma si fue devuelta sin aceptación por parte de mi representada, con lo cual y en primer lugar, desconoció el PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA LIBRE VOLUNTAD de las partes y en concreto, que siempre aceptaron que lo que debía radicarse, era el ORIGINAL de la factura y en segundo lugar, lo que en cuatro (4) oportunidades manifestó en forma clara y concreta el representante legal de la demandante al momento de ser practicado interrogatorio de parte, en cuanto a que siempre radicaron por ante mi representada, el ORIGINAL de las facturas, siendo un hecho que llama la atención y en demasía, el motivo por el cual la Juez y en primer lugar y sin ser necesario, intervino para supuestamente ACLARAR la pregunta que mi persona hizo y en segundo lugar, porque le pregunto CUATRO veces si lo que radicaban era el original de la factura, a pesar de que el declarante en forma clara y concreta, dijo que radicaban el ORIGINAL.

Desde la contestación de la demanda, se manifestó que la factura fue devuelta mediante radicación directa ante las oficinas de la demandante en la ciudad de Bogotá; esto se comprueba con los testimonios practicados al Dr. HENRY ENCISO y Dra. ELIZABETH CHARRIS, quienes declararon que ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE cuenta en la ciudad de Bogotá, con oficinas y personal que se encarga de radicar, no un documento en forma eventual, si no que se radican muchos documentos y todos los días en diferentes dependencias.

Jamás se ha manifestado por ninguno de los testigos de mi representada ni por su representante legal, que la devolución de la factura se hizo por SERVIENTREGA o empresa de correo similar, sin embargo, vemos como la Juez alega, que no se aportó prueba escrita de que la devolución de la factura se hubiere hecho por empresa de mensajería.

De igual forma manifestó la Juez, como parte de los argumentos para declarar no probada la excepción, que no se aportó la prueba de la denuncia de la pérdida del documento mediante el cual se devolvió la factura y tenemos y en primer lugar, que con tal manifestación desconoce lo estipulado por el artículo 165 del Código General del Proceso, que determina cuales son los medios de prueba válidos y entre ellos, el TESTIMONIO y por lo tanto, las declaraciones sobre el particular, son VALIDAS y NO podía ni puede la Juez desconocer su valor, **máxime cuando la apoderada de la parte demandante, no tacho de sospechosos tales testimonios y la Juez no hizo pronunciamiento sobre el particular** y en segundo lugar, por cuanto la prueba para probar que si se devolvió la factura en forma oportuna, **no es una prueba SOLEMNE que no puede ser sustituida por otra prueba.**

Si bien es cierto que el silencio del comprador o beneficiario del servicio equivale a su aceptación irrevocable de la factura y por ende se convierte en obligado cambiario, lo cierto también es que esto NO SUCEDIÓ EN EL PRESENTE LITIGIO, por cuanto ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE sí realizó la devolución de la factura 3486 del 4 de Abril de 2018, para lo cual requerimos al *ad quem* tener en cuentas las pruebas que dan evidencia de ello, como son:

Dr. Flavio Ortega Gomez

Abogado Titulado

Universidad Simón Bolívar

ESPECIALIZACIÓN EN DEFENSA MÉDICA

Negocios Civiles - Comerciales- Derechos Notarial

Tels. 3567521 Celular: 300-7449457

- La certificación expedida por el área de contabilidad de mi poderdante, ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE.
- El hecho que PRABYC INGENIEROS SAS haya aportado al proceso ORIGINAL de la factura 3486 del 4 de Abril de 2018.
- Interrogatorio de parte practicado al señor DIEGO PRADA en calidad de representante legal y gerente de PRABYS INGENIEROS SAS, en donde reconoce que aportó al proceso original de dicha factura.
- Que se acceda a practicar testimonio al Dr. Andrés Alarcón, como prueba en el trámite del presente recurso de apelación, para que en su calidad de Director de Contratación, pueda dar fe los hechos que son expuestos en la presente defensa y apelación.

3. Tercer reparo – Satisfacción conforme de los servicios

Como es de amplio conocimiento, el artículo segundo de la Ley 1231 de 2008 se refiere a la aceptación tácita de la factura. La aceptación tácita se presenta cuando una factura es recibida por el comprador el beneficiario del servicio y no es rechazada por este dentro de los tres días hábiles siguientes a su recepción. En este sentido, la aceptación de la factura trae como consecuencia la presunción de que el negocio causal, es decir, la compraventa o el contrato de prestación de servicios, que dio lugar a la expedición de la factura se ejecutó correctamente, sin embargo, esto no fue lo que sucedió entre mi representada y PRABYC INGENIERIA SAS por cuanto como se ha manifestado de forma reiterativa, la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE sí realizó la devolución de la factura en mención.

Ahora bien, se ha establecido a su vez, que debe quedar constancia del recibo de la mercancía o de los servicios; es importante hacer un análisis minucioso de esta norma, pues se puede incurrir en un error al confundir la aceptación del contenido de la factura con la constancia del recibido de los bienes o servicios. En realidad, se trata de dos requisitos distintos, claramente diferenciados por la ley, que se deben cumplir para que la factura tenga mérito ejecutivo.

Esta tesis fue acogida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del 13 de febrero de 2012 en el proceso ejecutivo con radicación 2009 – 263. El estudio de esta sentencia es relevante, pues se pretendió utilizar como título ejecutivo una factura que fue recibida en el domicilio de la parte ejecutada. Dicho recibido pudo ser acreditado a través de un sello en el cual se dejaba claro que no se aceptaba el contenido de la factura, sino que se recibía para su estudio. El Tribunal consideró que “las facturas aportadas no satisfacen las exigencias previstas en el artículo 1 de la Ley 1231 de 2008”. Sustentó esta posición en que no solo bastaba la aceptación, ya fuera tácita o expresa, **sino que además era necesaria constancia del recibo de la mercancía o del servicio por parte del comprador o beneficiario**, lo cual no sucedió en el presente caso por cuanto ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE no ha aceptado al recibo satisfactorio de los servicios que se pretenden cobrar mediante Factura No. 3486 de fecha 4 de Abril de 2018, “por concepto de honorarios de diseño del proyecto Nuevo Bloque de la Clínica General del Norte de la ciudad de Barranquilla” según la lectura de este documento.

El Tribunal aclaró que la aceptación tácita o ficta del contenido de la factura de la cual trata el inciso tercero del artículo segundo de la Ley 1231 de 2008 modificado por el artículo 86 de la Ley 1676 de 2013 **no es una comprobación del recibido a satisfacción de los servicios**. En aquellos casos en que es necesaria la suscripción del algún acta o constancia que acredite la prestación de los servicios que dieron origen a la expedición de la factura, como lo es el presente caso, la aceptación, por sí sola, no basta para cumplir todos los requisitos legales.

Esto es apenas lógico cuando la factura es expedida por la prestación de servicios, ya que la constancia de recibido de la factura no prueba la constancia de recibido de los servicios. Un recibido de una factura en una bodega no tiene facultad para acreditar en forma fehaciente que se hayan prestado los servicios que se encuentran en ella. Con base en esta línea argumentativa, el Tribunal concluyó que la aceptación, por sí sola,

Dr. Flavio Ortega Gomez

Abogado Titulado
Universidad Simón Bolívar
ESPECIALIZACIÓN EN DEFENSA MÉDICA
Negocios Civiles - Comerciales- Derechos Notarial
Tels. 3567521 Celular: 300-7449457

no era suficiente para que una factura prestara mérito ejecutivo, porque era necesario la constancia de prestación de los servicios o entrega de los bienes.

La diferenciación propuesta por el Tribunal entre la aceptación del contenido de la factura y la constancia de recibido de los bienes o servicios no solo tiene fundamento legal en la disposición ya citada, sino que además es razonable en aquellos casos en que es necesario acreditar que un servicio fue efectivamente prestado y esto solo se puede lograr mediante actas de recibido o de avances de ejecución de obras suscritas por el beneficiario del mencionado servicio.

Es por esto que en el caso conocido por el Tribunal, y del cual adoptamos en el presente caso como precedente judicial, el Despacho se abstuvo de librar mandamiento ejecutivo en el caso citado, en garantía del mandato establecido en el artículo primero de la Ley 1231 de 2008, según el cual “no podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”.

Por ende, negar la tesis del Tribunal implicaría reconocer el derecho a cobrar una factura por parte de alguien que nunca prestó un servicio ni vendió un bien. Esto nos llevaría al absurdo de que una persona podría ir por su ciudad radicando facturas que no correspondan a servicios prestado o bienes vendidos, con el propósito deshonesto de cobrarlas judicialmente si no son rechazadas. Por lo tanto, la factura no debe utilizarse de mala fe, para exigir el pago de sumas exageradas que no son acordes a los bienes o servicios prestados o con el fin de obtener enriquecimiento sin causa.

Este es otro argumento para solicitar que el mandamiento de pago librado por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Barranquilla, debería ser revocado, como a su vez, la sentencia de primera instancia proferida por este Despacho. Más aun, cuando PRABYC INGENIEROS SAS no aporta prueba alguna por la cual se haga constar la aceptación o recibo final y satisfactorio de los diseños del Proyecto Nuevo Clínica General del Norte, que pretende cobrar mediante factura No. 3486 de fecha 4 de Abril de 2018.

4. Cuarto reparo - De la violación de los principios constitucionales

Entre los principios constitucionales dispuestos en la Carta Política, se encuentra el de igualdad de las partes y de igual forma, REAL ACCESO A LA JUSTICIA, sin poder dejar de lado el DEBIDO PROCESO y la DEFENSA. Sobre el particular, la Honorable Corte Constitucional ha sido reiterativa al manifestar que, para su protección frente a la vulneración de estos derechos, creo inicialmente la figura de la VIA DE HECHO para que procediera la acción de tutela, contra sentencias judiciales. Posteriormente, cambió la denominación por los REQUISITOS GENERALES Y ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD de la acción Constitucional.

En el caso concreto, tenemos que la Juez NO aplico la misma RIGUROSIDAD en el análisis y valoración de las pruebas arrimadas por mi poderdante, sobre las pruebas que aportó la parte demandante. Muy a pesar de que se demostró en forma plena, lo que se afirmó al contestar la demanda y en concreto, que existía INCONGRUENCIA TOTAL en lo que figura como objeto del cobro de la factura y en concreto, HONORARIOS POR DISEÑO, con lo que figura en el punto segundo de los hechos, en donde se dice que lo se PACTO EN FORMA VERBAL, fue la gerencia de la obra, coordinación y control de la construcción del nuevo bloque y de haber hecho un RIGUROSO ANALISIS, hubiere emergido la convicción de que existe TOTAL INCONGRUENCIA y esto y por si solo genera, TOTAL FALTA DE CAUSA LEGAL de la factura y así mismo de CLARIDAD.

De igual manera, el Despacho Judicial NO valoró en debida forma, o sea, constituyo error factico positivo y negativo, la CERTIFICACION que emitió HAROL MIRANDA como Contador Principal de mi poderdante, en la cual CONFIRMA que la factura base del recaudo ejecutivo, NUNCA llego a Contabilidad y que NO

Dr. Flavio Ortega Gomez

Abogado Titulado
Universidad Simón Bolívar
ESPECIALIZACIÓN EN DEFENSA MÉDICA
Negocios Civiles - Comerciales- Derechos Notarial
Tels. 3567521 Celular: 300-7449457

figura radicada en la contabilidad, como cuenta por pagar, hecho que por sí solo, reconfirma que la factura SI fue devuelta sin aceptación en forma oportuna.

Así mismo, el Despacho Judicial decidió NO tener en cuenta un HECHO GRAVISIMO que se demostró con las facturas que se arrimaron al proceso al contestar la demanda y que fue plenamente reconocido por el CONTADOR y por el Representante Legal de la demandante. En concreto, que PRABYC INGENIEROS, en contravía de lo que estipula el artículo 772 del Código de Comercio, **creó las facturas 4190 y 4189, COBRANDO INTERESES MORATORIOS por el NO pago de la factura 3486, lo cual por lo menos es un SERIO INDICIO, de que la factura 3486 si fue devuelta sin aceptación de ningún tipo, en forma oportuna.** Lo anterior, toda vez que según el artículo ibídem del Código de Comercio, estipula que solo se pueden emitir facturas por mercaderías efectivamente recibidas por la otra parte o por servicios realmente prestados y recibidos.

SOLICITUD RECURRIDA

De la anterior manera, confirmo la SUSTENTACION de los REPAROS que en forma integral se hicieron a la sentencia dictada el día 1° de Diciembre de 2020 al interior del proceso referenciado por parte del Juzgado Noveno Civil del Circuito de Barranquilla, y me permito RATIFICAR en un todo la humilde y rogada PETICION, para que el Honorable Magistrado del conocimiento, ordene REVOCAR en un todo la sentencia apelada. Así mismo, que se ordene revocar en un todo el mandamiento de pago que se dictó dentro del proceso referenciado, se condene en costas procesales a la demandante y una vez realizado el pago, se ordene el archivo del proceso.

PRUEBAS

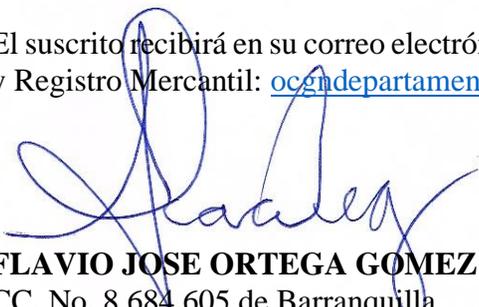
De igual forma RATIFICO LA PETICIÓN que se impetró mediante documento de fecha 4 de Diciembre del 2020 y recibido ese mismo día por el JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA y en concreto, para que DECRETE EL TESTIMONIO del Dr. ANDRES ALARCON, en su calidad de Director de Contratación de la Organización Clínica General del Norte, por cuanto fue citado como testigo para declarar sobre hechos TOTALMENTE diferentes a los narrados por el Dr. HENRY ENCISO y HAROL MIRANDA, a fin de darle la certeza al superior jerárquico para que este cambie la decisión tomada por el inferior jerárquico.

Así mismo, solicito tener como pruebas aquellas aportadas por mi poderdante en el curso del proceso, como todos los hechos mencionados en los distintos proveídos.

NOTIFICACIONES

Mi poderdante recibirá notificaciones en el correo electrónico debidamente inscrito en el Registro Mercantil Certificado de existencia y representación legal: juridica@clinicageneraldelnorte.com

El suscrito recibirá en su correo electrónico oficial debidamente inscrito en el Registro Nacional de Abogados y Registro Mercantil: ocgndepartamentojuridico@gmail.com



FLAVIO JOSE ORTEGA GOMEZ
CC. No. 8.684.605 de Barranquilla
TP. 41.698 del C.S. de la J.