

RV: JUZGADO 61 ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ. Exp. No. 11001-3343-061-2018-00208-00.

Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C.

<correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 04/03/2021 16:07

Para: Juzgado 61 Administrativo Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <jadmin61bta@notificacionesrj.gov.co>

 1 archivos adjuntos (296 KB)

04032021 Recursos auto niega prescripción.pdf;

Cordial saludo,

De manera atenta informamos que ha sido radicado el presente correo como memorial para el proceso relacionado en el mismo, dentro del registro en el aplicativo siglo XXI podrá confirmar los datos del mensaje como Asunto, fecha y hora de recibo.

Atentamente,

Grupo de Correspondencia
Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos
Sede Judicial CAN
...SECG...

De: Ricardo Velez <rvelez@velezgutierrez.com>

Enviado: jueves, 4 de marzo de 2021 3:56 p. m.

Para: Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C. <correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Juzgado 61 Administrativo Seccion Tercera - Bogota - Bogota D.C. <jadmin61bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Zully Maricela Ladino Roa <zmladino@procuraduria.gov.co>; asuntos.contenciosos@etb.com.co <asuntos.contenciosos@etb.com.co>

Cc: Luis Miguel Cubillos <lmcubillos@velezgutierrez.com>

Asunto: RV: JUZGADO 61 ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ. Exp. No. 11001-3343-061-2018-00208-00.

De: Ricardo Velez

Enviado: jueves, 4 de marzo de 2021 3:50 p. m.

Para: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co <correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Juzgado 61 Administrativo Seccion Tercera - Bogota - Bogota D.C. <jadmin61bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Luis Miguel Cubillos <lmcubillos@velezgutierrez.com>; Diana Ariza <dariza@velezgutierrez.com>; Yenny Katerine Serrano Ramirez <yserrano@velezgutierrez.com>

Asunto: JUZGADO 61 ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ. Exp. No. 11001-3343-061-2018-00208-00.

Señora

JUEZ SESENTA Y UNO (61) ADMINISTRATIVA DE BOGOTÁ

E. S. D.

Ref. Proceso de controversias contractuales de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ – ETB S.A. E.S.P. contra XOREX DE COLOMBIA S.A. y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. Rad. No. 11001-3343-061-2018-00208-00.

Quien suscribe, **RICARDO VÉLEZ OCHOA**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.470.042 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 67.706 del C.S. de la J., obrando en mi condición de apoderado judicial de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** en el proceso de la referencia, de conformidad con el poder que obra en el expediente, y que ahora reasumo, por medio del presente escrito, encontrándome dentro del término legal correspondiente, me permito interponer y sustentar **recurso de reposición, y en subsidio recurso de apelación**, en relación al numeral segundo de la parte resolutive del auto fechado el 2 de marzo de 2021, de acuerdo al memorial adjunto.

Agradezco su atención.

RICARDO VELEZ OCHOA

rvelez@velezgutierrez.com Velezgutierrez.com



Pbx.(571) 317 1513



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

CRA. 7 # 74b - 56 Piso 14 Bogotá - Colombia

Señora

JUEZ SESENTA Y UNO (61) ADMINISTRATIVA DE BOGOTÁ

E. S. D.

Ref. Proceso de controversias contractuales de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ – ETB S.A. E.S.P. contra XOREX DE COLOMBIA S.A. y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. Rad. No. 11001-3343-061-2018-00208-00.

-RECURSOS -

Quien suscribe, **RICARDO VÉLEZ OCHOA**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.470.042 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 67.706 del C.S. de la J., obrando en mi condición de apoderado judicial de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** en el proceso de la referencia, de conformidad con el poder que obra en el expediente, y que ahora reasumo, por medio del presente escrito, encontrándome dentro del término legal correspondiente, me permito interponer y sustentar **recurso de reposición, y en subsidio recurso de apelación**, en relación al numeral segundo de la parte resolutive del auto fechado el 2 de marzo de 2021, bajo las siguientes consideraciones:

En primer lugar, debe señalarse que, al tenor del art. 38 de la Ley 2080 de 2021, el cual modificó el parágrafo 2 del art. 175 CPACA, no resultaba posible darle a la excepción de prescripción extintiva, el trámite previsto en el Código General del Proceso para las excepciones previas. Por ende, lo procedente es resolver sobre el mérito de dicha excepción únicamente al dictar la sentencia de fondo; a menos que se fuera a acceder judicialmente a la petición prescriptiva, lo cual es dable canalizar a través de la institución de la sentencia anticipada.

A efectos de ilustrar lo anterior, nótese que, según las voces del art. 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, al igual que el numeral sexto original del art. 180 CPACA, la prescripción extintiva

era ponderada por el ordenamiento adjetivo como una excepción mixta. Es decir, se trataba de un medio exceptivo perentorio que se podía resolver como si se tratase de una excepción previa:

-Art. 180 numeral 6 CPACA (texto inicial): “6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva” (subrayado no original).

- Art. 12 Decreto 806 de 2020: “De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable” (subrayado no original).

En tal virtud, si las anteriores disposiciones permanecieran vigentes, no podría formularse objeción alguna al camino procesal trasegado por el Despacho al dictar el numeral segundo de la parte resolutive de la providencia calendada el 2 de marzo de 2021.

Sin embargo, con el advenimiento de la Ley 2080 de 2021, la cual entró a regir a partir del 25 de enero¹ hogaño, (art. 86²), las reglas legales citadas sufrieron variaciones. Entre ellas, vale la pena destacar, para el caso que nos ocupa, las relativas a la excepción de prescripción extintiva: (i) ya no se debe tramitar ni resolver como una excepción previa (el art. 100 CGP no la enlista como tal), (ii) y únicamente es factible resolver tempranamente sobre la misma, en el caso en que se fuera a reconocer su prosperidad, por medio de una sentencia anticipada:

-Art. 38 Ley 2080 de 2021: “Modifíquese el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, el cual será del siguiente tenor:

Parágrafo 2°. De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las

¹ Publicada en el Diario Oficial No. 51568 del 25 de enero de 2021.

² “Régimen de vigencia y transición normativa. La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley.

Las nuevas reglas del dictamen pericial contenidas en la reforma a los artículos 218 a 222 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se aplicarán a partir de la publicación de la presente ley para los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011 en los cuales no se hayan decretado pruebas.

De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, las reformas procesales introducidas en esta ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En estos mismos procesos, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones”.

practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182^o (subrayado no original).

-Art. 100 CGP: “Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

1. Falta de jurisdicción o de competencia.
2. Compromiso o cláusula compromisoria.
3. Inexistencia del demandante o del demandado.
4. Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.
5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.
6. No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.
7. Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.
8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.
9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.
10. No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.
11. Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada”.

-Art. 40 Ley 2080 de 2021: “Modifíquese los numerales 6, 8 y 9 del artículo 180 de la Ley de 2011 y adiciónense dos párrafos al mismo artículo, así:

6. Decisión de excepciones previas pendientes de resolver. El juez o magistrado ponente practicará las pruebas decretadas en el auto de citación a audiencia y decidirá las excepciones previas pendientes de resolver. (...)”.

Así las cosas, puesto que el CGP no le otorga a la excepción de prescripción extintiva el tratamiento y naturaleza de excepción previa, así como tampoco lo hace hoy en día el ordenamiento procesal contencioso administrativo, no podía negarse preliminarmente su prosperidad, a través del auto acá impugnado. La única vía bajo la cual es permisible fallar previamente respecto al mérito de dicha excepción, es concediéndola mediante una sentencia anticipada. Por consiguiente, el Despacho ha debido aguardar hasta la sentencia sustancial para pronunciarse respecto a la prescripción extintiva, o aceptarla en virtud de una sentencia preliminar (art. 42³ Ley 2080 de 2021).

Ahora bien, si se considera que la actuación relativa a la excepción de prescripción extintiva ya estaba en curso al momento de promulgarse la Ley 2080 de 2021, de forma tal que, a la luz del art. 12 del Decreto 806 de 2020, sí era dable fallar preliminarmente respecto a lo que el Despacho cree es la inviabilidad de la prescripción extintiva propuesta por mi representada, procede entonces indicar que en el razonamiento material contenido en la providencia recurrida se obviaron elementos jurídicos y fácticos que conducen a una postura favorable al aludido medio exceptivo:

En la parte motiva del auto del 2 de marzo de 2021, los siguientes dos párrafos constituyen la piedra angular del razonamiento del Despacho:

³ “Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor:

Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada: (...) 3. En cualquier estado del proceso, cuando el juzgador encuentre probada la cosa juzgada, la caducidad, la transacción, la conciliación, la falta manifiesta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva. (...)”.

“(…) Se aclara que no es posible endilgar el conocimiento del hecho del presunto incumplimiento de parte de la ETB con la terminación del contrato el 30 abril de 2016 sino con los informes del supervisor del contrato que datan del 5 de octubre de 2017 (fl. 146 c.1), por lo que en aplicación de a prescripción ordinaria de los dos años se vencería el 6 de octubre de 2019 y el auto admisorio de la demanda fue notificado el 9 de octubre de 2018, es decir dentro del término de dos años de la prescripción ordinaria.

Si se pretende endilgar al (sic) prescripción desde que nace el derecho el término aplicable no es el de dos años sino el de la prescripción extraordinaria, que es independiente de cuando se debió o no conocer el hecho, siendo aplicable entonces los cinco años, al afirmarse que el derecho nació desde la terminación del contrato el 30 de abril de 2016 la parte tendría hasta el 1 de mayo de 2021, claramente dentro del término respectivo ya que el auto admisorio de la demanda fue notificado el 9 de octubre de 2018. (…)”

Aunque claramente el Despacho acertó al echar mano del art. 1081 comercial para dilucidar la cuestión, pasó por alto (i) que la aludida norma contempla el inicio del término bianual de prescripción ordinaria no solamente cuando el interesado conoce el hecho que da base a su acción, sino también cuando ha debido conocerlo. Además, (ii) se obvió en el auto que existen elementos fácticos que permiten colegir que la ETB conoció o debía conocer, antes de la finalización del contrato, incluso desde el año 2015, frente a los posibles incumplimientos contractuales en los que funda su demanda; y que (iii) el informe del supervisor del contrato del 5 de octubre de 2017 es un documento interno de la misma ETB (v. su membrete), basado en los archivos de la ETB, quien debe conocer las circunstancias allí relatadas, si en gracia de discusión fueren ciertas.

En cuanto al primer aspecto reseñado, es necesario destacar que los derechos derivados del contrato de seguro, tienen un término de prescripción ordinaria de dos años contados a partir de la fecha en que el interesado (ETB) conoció o debido conocer del hecho que da base a la acción, conforme lo establece el artículo 1081 del CCo:

“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes” (resaltado no original).

Ahora bien, en aras de dilucidar el correcto alcance de la estipulación normativa citada, es indispensable señalar, de entrada, que es imperioso que el interesado en hacer valer cualquier derecho derivado del contrato asegurativo, para efectos de la operatividad del lapso prescriptivo, conozca o deba conocer el *“hecho que da base a la acción”*; entendiéndose por éste, ni más ni menos, el acaecimiento material del siniestro, tal cual lo ilustra el siguiente aparte jurisprudencial elaborado por la Corte Suprema de Justicia:

“El recurrente propone como regla del caso, que el término de prescripción ordinaria establecido por el artículo 1081 del Código de Comercio inicia su curso cuando la aseguradora rechaza la reclamación que el interesado le presenta.

Pero tal planteo carece de fundamento, porque como ha interpretado la Corte, las expresiones “tener conocimiento del hecho que da base a la acción” y ‘desde el momento en que nace el respectivo derecho’ (utilizadas en su orden por los incisos 2° y 3° del artículo 1081 del C. de Co.) comportan ‘una misma idea’, esto es, que para el caso allí tratado no podían tener otra significación distinta que el conocimiento (real o presunto) de la ocurrencia del siniestro, o simplemente del acaecimiento de éste, según el caso, pues como se aseveró en tal oportunidad ‘El legislador utilizó dos locuciones distintas para expresar una misma idea’ ”. En la misma providencia esta Sala concluyó que el conocimiento real o presunto del siniestro era “el punto de partida para contabilizar el término de prescripción ordinaria”, pues, como la Corte dijo en otra oportunidad, no basta el acaecimiento del hecho que da base a la acción, sino que por imperativo legal “se exige además que el titular del interés haya tenido conocimiento del mismo efectivamente, o a lo menos, debido conocer este hecho, momento a partir del cual ese término fatal que puede culminar con la extinción de la acción ‘empezará a correr’ y no antes, ni después”. En suma, la regla legal aplicable en casos como el presente, dista radicalmente del planteamiento del casacionista, pues el conocimiento real o presunto del siniestro por parte del interesado en demandar, es el hito temporal que debe ser considerado para que se inicie el conteo de la prescripción ordinaria.

Con abstracción del carácter objetivo o subjetivo que ronda en derredor de la prescripción ordinaria o extraordinaria en materia de seguros y que no es objeto del recurso, lo cierto es que sea cual sea la percepción acerca del fenómeno deletéreo, no hay elemento normativo alguno que permita tomar el rechazo de una reclamación como detonante del término prescriptivo.

Entonces, el rechazo de la reclamación no puede tenerse como el referente inicial para contar el término de prescripción ordinaria previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio, como sugiere el recurrente, porque según la propia norma la prescripción se inicia “desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción”, disposición que indudablemente descarta la búsqueda de una ocasión distinta para despuntar la contabilización del citado término de dos años”⁴.

“Resulta por ende de lo dicho, que los dos años de la prescripción ordinaria corren para todas las personas capaces, a partir del momento en que conocen real o presuntamente del hecho que da base a la acción, por lo cual dicho término se suspende en relación con los incapaces (artículo 2541 C.C.), y no corre contra quien no ha conocido ni podido o debido conocer aquél hecho; mientras que los cinco años de la prescripción extraordinaria corren sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas capaces e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho, como a espacio se refirió, y siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria”⁵ (subrayado no original).

Es así cómo, frente a cualquier cuestión indemnizatoria derivada del contrato de seguro, se verifica la prescripción ordinaria extintiva de los derechos de cobro correspondientes, cuando se da el transcurso de dos años desde el momento en que el interesado tuvo o ha debido tener conocimiento del acaecimiento del siniestro, sin que éste haya adelantado las actuaciones pertinentes para interrumpir el cómputo del referido término. Al respecto, debe anotarse que dentro de la categoría jurídica de “interesado”, pueden incluirse las instituciones del asegurado y del beneficiario de la póliza, que son aquellas que ostentaba la ETB, en relación con el seguro de cumplimiento celebrado con mi poderdante:

“Para el cabal entendimiento del artículo 1081 C. de Co. es preciso comprender claramente lo que se quiso regular en el inciso segundo de la disposición y establecer qué

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 12 de febrero de 2007, Exp. No. 68001-31-03-001-1999-00749-01, MP. Dr. Edgardo Villamil Portilla.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 3 de mayo de 2000, Exp. No. 5360, MP. Dr. Nicolás Bechara Simancas.

significan las expresiones “el interesado” y “hecho que da base a la acción” y (sic) al respecto, es necesario tener presente que por “el interesado” debe entenderse, en primer término, el sujeto de derecho (persona natural, jurídica o patrimonio autónomo) que tiene la posibilidad de ser indemnizada por el asegurador con ocasión de la ocurrencia de un siniestro (...)

Por consiguiente, no es un interés jurídico indirecto en el contrato el que permite tipificar la calidad de interesado, sino uno directo y de contenido económico que es el que se origina para quienes quedan vinculados al mismo y que son los sujetos antes referidos.

La Corte Suprema de Justicia, es de esta opinión al afirmar que “por *interesado* debe entenderse quien deriva algún derecho del contrato de seguro, que al tenor de los numerales 1º y 2º del art. 1047 son el tomador, el **asegurado**, el **beneficiario** y el asegurador”, agrega que “estas son las mismas personas contra quienes puede correr la prescripción extraordinaria porque no se trata de una acción pública que pueda ejercitar cualquiera”⁶.

En este orden de ideas creo que los arts. 1037 y 1080 del C. de Co. son las normas claves para poder conocer concretamente quiénes tienen la calidad de interesados, ya que el primero de ellos se refiere al tomador y a la aseguradora y el último establece los que pueden cobrar una indemnización (**asegurado o beneficiario**) y quién está obligado a pagarla. De las citadas disposiciones también se extrae que las personas mencionadas anteriormente son las que ostentan la calidad de interesados y, por ende, las cobijadas por el plazo de prescripción, ora a favor, bien en contra.

En consecuencia, si por “el interesado” se entiende a más del asegurador, el tomador, el **asegurado** o el **beneficiario**, con relación a estos sujetos de derecho correrán los términos de prescripción previstos en el art. 1081 del C. de Co. y no solo la ordinaria de dos años expresamente señalada en el inciso segundo, sino también la extraordinaria de que trata el inciso tercero (...)”⁷ (resaltado y subrayado no original).

Pues bien, contrario a lo que se da a entender en la providencia recurrida, el art. 1081 comercial no exige que la ETB, como asegurada, deba tener un conocimiento real del incumplimiento. También dicha norma legal permite que el término prescriptivo bianual empiece desde que el asegurado debía conocer el evento. “(...) *La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr*

⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia de julio 4 de 1977, publicada en “*Informativo Jurídico de Fasecolda*”, núm. 3, septiembre de 1977.

⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Bogotá: DUPRE Editores, 5 edición, 2010, p. 289-290.

*desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. (...)*⁸. Desconocer este aparte del precepto normativo conduce irremediabilmente a un defecto sustantivo, pues de manera injustificable se cercena el tenor literal de la normal legal comercial que regula la materia; generando, como resultado, que el análisis jurídico de los hechos y de la prescripción extintiva se efectúen bajo solo uno de los supuestos previstos en la regla legal.

Siguiendo tales premisas, y revisando cuidadosamente los documentos allegados con el escrito de demanda, se detecta que los supuestos casos de incumplimientos contractuales atribuidos a XOREX DE COLOMBIA S.A. son básicamente tres, a saber:

- (i) Se aduce que XOREX incumplió la obligación estipulada en la cláusula 2. 8 de los términos de referencia, como quiera que dicho contratista no hizo la devolución de los dineros que, aparentemente, le fueron pagados de más por concepto de adecuaciones locativas, equipos y estudios de campo.
- (ii) En el escrito de demanda también se advierte que XOREX, incumpliendo lo establecido en el numeral 3.9.3 de los términos de referencia, no custodió ni repuso algunos de los bienes que le fueron puestos a su disposición con ocasión de la celebración del contrato.
- (iii) Asimismo, se sostiene que XOREX incumplió los Acuerdos de Niveles de Servicios respecto de algunas instalaciones que se encontraban a su cargo, motivo por el cual se le deben aplicar descuentos por retrasos en la ejecución de obras civiles, instalaciones eléctricas y suministro e instalación de equipos.

⁸ Resaltado fuera de texto.

Delimitados los supuestos en que se fundamenta el reproche que se realiza en contra de XOREX, es menester pasar a determinar – siguiendo el mismo orden expuesto en el párrafo anterior- desde qué momento la ETB conoció o debió conocer de la configuración de tales aparentes incumplimientos; ello con el objetivo de determinar el momento en que empezó a transcurrir el plazo de dos años establecido por la normatividad comercial (art. 1081 CCo).

(i) En torno al primer incumplimiento que se imputa a XOREX, es importante señalar que la ETB debió conocer de los valores que aduce haber pagado de más en favor del contratista, por concepto de adecuaciones locativas y equipos, a lo sumo, a la fecha de la terminación del contrato, a saber: **el 30 de abril de 2016**. Lo anterior, como quiera que para esta época ya se podía conocer que lo pagado no se compadecía con lo realmente ejecutado ni con los equipos adquiridos. Por otra parte, frente a los valores que fueron supuestamente pagados de más por concepto de estudios de campo, se debe llamar la atención en cuanto a que esta circunstancia podía haber sido conocida por la ETB **antes de la terminación del contrato**, esto es: 1. desde el mismo momento en que se realizó el pago en favor de XOREX por tal concepto (en el supuesto en que ya se hubiese determinado para dicho entonces que los estudios que se utilizarían para la ejecución de las obras serían los adelantados por Intercomerc), o 2. en el instante en que se determinó que los estudios que se utilizarían serían los adelantados por Intercomerc y no así los de XOREX (en el evento en que el pago se hubiese realizado a XOREX antes de tomarse dicha decisión).

Ciertamente, si la ETB, como se lo exige su condición de entidad pública y los principios de la función administrativa, estaba al tanto de lo que acontecía en el contrato, resulta difícil suponer que sólo vino a enterarse de las posibles irregularidades, casi un año y medio después de que su propio informe interno de supervisión lo dejara por escrito. Lo lógico es que la ETB conociera o debería haber conocido los problemas advertidos en el alcance del informe de supervisión durante la ejecución contractual, NO dieciocho (18) meses después. Máxime si dicho alcance es un documento interno de la entidad estatal contratante, que se fincó en sus propios archivos.

(ii) Frente al segundo incumplimiento alegado, resulta imperativo señalar que, necesariamente, el supuesto extravío de los bienes en custodia de XOREX debió tener lugar durante el periodo contractual. De hecho, es preciso señalar que en la providencia recurrida se pasó por alto que en el Alcance No. 2 al Informe Final de Ejecución, se mencionó que en mayo de 2015 se realizaron las primeras denuncias como consecuencia del extravío de los equipos bajo custodia del contratista. Por ende, subyace claramente que la ETB debió conocer desde la precitada época acerca del supuesto incumplimiento de la obligación de custodia en cabeza de XOREX, pues se supone que durante la vigencia contractual estaba al tanto de la ejecución. Este análisis se efectúa, sin perjuicio que dentro del proceso se llegase a probar que tal conocimiento lo tenía la entidad demandante en una fecha anterior.

(iii) En lo que atañe al tercer incumplimiento que se arguye por la accionante, es preciso mencionar que, aunque también esta circunstancia fue olvidada en el auto objeto de recurso, de la lectura de las actas de entrega del proveedor que reposan dentro del plenario, se puede advertir fácilmente que la ETB conoció, desde el año 2015, de los supuestos incumplimientos que en torno a los acuerdos de niveles de servicios se imputan a XOREX. Lo anterior, por cuanto de dichos documentos emana de forma clara que la verificación de las infraestructuras de las que se predica tales incumplimientos se realizó en el **año 2015**.

En este orden de ideas, no es concebible creer que la ETB solo vino a enterarse de las alegadas violaciones contractuales que ahora le endilga a XOREX en sede judicial, con fundamento en el alcance del informe de supervisión del 5 de octubre de 2017.

Lo anterior se observa con aun más claridad al ponderar que la referida pieza documental es un documento interno de la entidad contratante (v. el membrete), que no fue confeccionado por un interventor externo, y que se basó en los archivos de la propia ETB:

NOTAS ACLARATORIAS:

Los anexos y demás documentación se entregaron en medio digital anexo al informe inicial.

19. OBSERVACIONES

El supervisor del contrato manifiesta que la información y valores aquí consignados fueron tomados de la documentación existente que reposa en los archivos de ETB, se solicitó al integrador nos facilitara la documentación requerida.

Así mismo, se manifiesta que el supervisor no hizo parte del proceso de selección de los integradores como tampoco de la aceptación de ofertas económicas de cada uno de ellos y que no fue participe el proceso contable y financiero durante el desarrollo del mismo.

MAURICIO PRECIADO MANRIQUE
Secretaría General PMTIC
Supervisor Contrato No 4600014327

De ahí que salta a la vista que la ETB ya contaba con todos los elementos de juicio necesarios para advertir las posibles problemáticas contractuales durante el periodo de vigencia del negocio jurídico, y que no necesitaba que un informe interno los manifestara. Resulta inverosímil imaginarse que una entidad pública, que cuenta y debe contar con todos los soportes e informaciones atinentes a la ejecución de un contrato celebrado por ella misma, requiera que un supervisor interno le avise de incumplimientos contractuales, dieciocho (18) meses después del fenecimiento del plazo de vigencia contractual.

Así las cosas, es factible concluir que, sin perjuicio de que la ETB hubiese podido conocer de la configuración de los incumplimientos contractuales que se imputan a XOREX con anterioridad a la fecha de terminación del contrato, lo cierto es que resulta plausible empezar a contabilizar el periodo bianual establecido por la normatividad comercial, desde antes **del 30 de abril de 2016**; fecha esta última en la que al darse por terminado el contrato suscrito entre XOREX y la ETB, la **entidad conocía o podía conocer** de la supuesta configuración de los supuestos fácticos que dan origen a sus pretensiones, según las voces del art. 1081 comercial.

En tal virtud, se llama la atención del Despacho en cuanto a que, desde la fecha en que la entidad demandante conoció o debió conocer de los hechos que dan base a dicho incumplimiento, pasó un término superior a dos (2) años (art. 1081 CCo arriba citado) antes que se interpusiera la demanda que nos ocupa, el pasado 27 de junio de 2018. Por consiguiente, a la luz del art. 1081 comercial, han prescrito todos y cada uno de los eventuales derechos indemnizatorios que la ETB pretende hacer valer con cargo al contrato de seguro firmado por mi representada.

Bajo tales razones, entonces, pido respetuosamente que se revoque la decisión judicial recurrida.

Notificaciones

Finalmente, aprovecho esta oportunidad para señalar que recibiré las notificaciones del caso en la Carrera 7 No. 74B – 56 Oficina 1401 (Edificio Corficaldas) de la ciudad de Bogotá, D.C.; y a todos y cada uno de los siguientes correos electrónicos: notificaciones@velezgutierrez.com, lmcubillos@velezgutierrez.com⁹, dariza@velezgutierrez.com y rvelez@velezgutierrez.com

De la Señora Juez, respetuosamente,



RICARDO VÉLEZ OCHOA
C.C. No. 79.470.042 de Bogotá
T.P. No. 67.706 del C. S. de la J.

⁹ La primera letra es una “L” en minúscula (“l”).