

Señores.

**JUZGADO TREINTA Y SEIS (36) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**

[cmpl36bt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:cmpl36bt@cendoj.ramajudicial.gov.co)

E. S. D.

**REFERENCIA:** VERBAL.  
**RADICADO:** 11001400303620240106500.  
**DEMANDANTE:** FERNANDO CIFUENTES ROJAS.  
**DEMANDADO:** COMUNICACIÓN CELULAR S.A. -COMCEL S.A.

**ASUNTO:** CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado especial de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.** sociedad debidamente constituida, con domicilio principal en la Carrera 68 A # 24B-10, de la ciudad de Bogotá D.C., identificada con NIT. 800.153.993-7, tal como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio; así como el poder a mi otorgado, los cuales se anexan, presento **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA** presentada por el señor **FERNANDO CIFUENTES ROJAS** en contra de mi representada, anunciando desde ahora que me opongo a la totalidad de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones de orden fáctico y jurídico:

## CAPITULO I

### PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS

**FRENTE AL HECHO PRIMERO:** Es cierto que el señor FERNANDO CIFUENTES ROJAS y la señora HILDA MARIA PARDO en representación de la empresa COMUNICACIÓN CELULAR S.A -COMCELS.A suscribieron el 05 de agosto de 2010 contrato identificado con No. 16018. Dicho contrato pretendía el desarrollo de la siguiente actividad: *“la instalación de torre (s) y equipos celulares necesarios para la transmisión de comunicación celular, un contenedor o cuarto para equipos celulares y de microondas, equipo de respaldo para los casos de perdida o fallas en el fluido eléctrico dentro de una cabina insonorizada, caseta para transferencia y deposito, junto con los elementos que se consideren necesarios para el correcto funcionamiento de la estación...”*.

**FRENTE AL HECHO SEGUNDO:** No es cierto tal y como se expresa, puesto que las condiciones del contrato no se limitan a lo referido en este numeral, sino que comprende las trece cláusulas del contrato, así como las contenidas en el otrosí.

**FRENTE AL HECHO TERCERO:** No es cierto tal y como está escrito, el objeto del contrato corresponde a la utilización de la zona arrendada, la cual corresponde a “*área aproximada de 225 m<sup>2</sup>, es decir (15m x 15m) en el inmueble rural denominado Finca La Porfia ubicado en la vereda Quiteve del municipio de San Juan de Arama (Meta) con matrícula inmobiliaria No. 236-870 y cedula catastral 00-02-0004-0028-000, con linderos plenamente identificados en la escritura pública No. 1458 del 12 de agosto de 1997 de la Notaría Única de Granada (Meta)*” para el desarrollo de la siguiente actividad “*la instalación de torre (s) y equipos celulares necesarios para la transmisión de comunicación celular, un contenedor o cuarto para equipos celulares y de microondas, equipo de respaldo para los casos de pérdida o fallas en el fluido eléctrico dentro de una cabina insonorizada, caseta para transferencia y deposito, junto con los elementos que se consideren necesarios para el correcto funcionamiento de la estación...*”

**FRENTE AL HECHO CUARTO:** Es cierto.

**FRENTE AL HECHO QUINTO:** Es cierto y ello obedece al ejercicio planteado en el contrato firmado por las partes el día 5 de agosto de 2010.

**FRENTE AL HECHO SEXTO:** No es cierto, pues la empresa COMUNICACIONES CELULARES S.A.-COMCEL S.A., ha cumplido a cabalidad sus responsabilidades contractuales y, tal como se indicó en comunicación del mes de abril de 2024, se ha utilizado únicamente el área correspondiente a 225m<sup>2</sup>, es decir, lo acordado por las partes.

Así mismo, se debe indicar que la parte actora presenta un estudio topográfico sobre el cual se desconoce el terreno que fue objeto de estudio, si este efectivamente correspondía o no al terreno contratado y tampoco se tiene constancia de la fecha en la cual tal estudio fue realizado.

**FRENTE AL HECHO SÉPTIMO:** Este hecho contiene varias manifestaciones, sobre las que me pronunciaré de la siguiente manera:

- No me consta, pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que efectivamente se haya realizado medición del terreno en fecha del 28 de julio de 2022, ni que el estudio realizado en tal fecha corresponde al terreno objeto del contrato de arrendamiento.
- En todo caso, le corresponde a la parte actora probar sus aseveraciones conforme a lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso.
- No es cierto que mi representada esté utilizando un área superior a la arrendada.

**FRENTE AL HECHO OCTAVO:** Este hecho contiene varias manifestaciones, sobre las que me pronunciaré de la siguiente manera:

- No es cierto que la empresa de COMUNICACIONES CELULARES S.A.-COMCEL S.A., se

encuentre utilizando área de terreno superior a la contratada.

- No me consta que el señor CIFUENTES ROJAS explote económicamente este terreno a través de contratos de arrendamiento.

**FRENTE AL HECHO NOVENO:** Este hecho contiene varias manifestaciones, sobre las que me pronunciaré de la siguiente manera:

- Es cierto, el demandante radicó derecho de petición en el mes de marzo de 2024.
- No es cierto, la empresa COMUNICACIONES CELULARES S.A- COMCEL S.A dio respuesta al derecho de petición radicado indicando que los documentos solicitados no podían ser remitidos por tratarse de información confidencial de la compañía. Sin embargo, se le confirmaron las especificaciones del contrato indicando que *“el área contratada para la instalación de la antena en el lote identificado con matrícula inmobiliaria No.236-870 es de doscientos veinticinco (225m<sup>2</sup>).”*

Bogotá D.C., 25 de abril de 2024

Señores  
**JUDITH AGUIRRE LOPEZ**  
**FERNANDO CIFUENTES ROJAS**  
[abg.judiaguirrelopez@hotmail.com](mailto:abg.judiaguirrelopez@hotmail.com)  
Tel. 3124392416 - 3203788698  
Granada - Meta

**Ref.** Respuesta derecho de petición 18/Marzo/2024  
*MET.La Bodega/16018*

Cordial saludo;

**COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A**, en adelante **COMCEL**, en calidad de arrendatario del Inmueble citado en referencia y teniendo en cuenta el comunicado remitido a nuestras oficinas, nos permitimos informar que, no es posible suministrar los documentos solicitados debido a que los mismos son documentos privados de alta confidencialidad para la compañía.

Sin embargo, podemos confirmar que el area contratada para la instalación de la antena en el lote identificado con matrícula inmobiliaria No.236-870 es de doscientos veinticinco (225m<sup>2</sup>). Por el contrario si es una entidad publica quien requiere los documentos, es necesario que sean ellos quienes realicen la solicitud y se aportara lo que haya a lugar.

Para consulta o ampliación de la información por favor contactar a Diana Carolina Cuervo de la Gerencia Administrativa en el teléfono 3203476699, e-mail [diana.cuervo@claro.com.co](mailto:diana.cuervo@claro.com.co) o puede remitir sus comunicaciones a la Carrera 68ª No. 24B – 10 en la ciudad de Bogotá.

**Documento:** Respuesta a derecho de petición.

**Transcripción esencial:** *“Ref. Respuesta derecho de petición 18/marzo/2024...No es posible suministrar los documentos solicitados debido a que los mismos son documentos privados de alta confidencialidad para la compañía”*

**FRENTE AL HECHO DÉCIMO:** No se trata de un hecho, sino de una afirmación infundada por parte

del demandante, quien no goza de las calidades pertinentes para realizar dichas aseveraciones. En tal sentido, la parte actora deberá probar su dicho acorde con lo estipulado en el artículo 167 del Código General del Proceso. En todo caso no es cierto que COMCEL, en calidad de arrendatario haya ampliado el lindero arrendado.

**FRENTE AL HECHO DÉCIMO PRIMERO:** Es cierto, en tanto ninguna de las partes ha indicado por escrito su voluntad de no continuar haciendo parte de tal relación contractual.

**FRENTE AL HECHO DÉCIMO SEGUNDO:** Este hecho contiene varias manifestaciones, sobre las que me pronunciaré de la siguiente manera:

- Es cierto que mi representada a pagado el canon de arrendamiento año a año acorde con lo pactado en el contrato No. 16018.
- No se trata de un hecho y en todo caso no es cierto lo manifestado, tal y como se señalo desde el mes de abril de 2024.

**FRENTE AL HECHO DÉCIMO TERCERO:** No se trata de un hecho. Sin embargo, no es cierto que exista un incumplimiento contractual por parte de mi representada y en tal sentido, la parte actora deberá probar su dicho conforme a lo estipulado en el artículo 167 del C.G.P.

**FRENTE AL HECHO DÉCIMO CUARTO:** No es cierto, pues acorde con los anexos allegados con el escrito de demanda, se tiene que a folio 27 del documento denominado "002EscritoDemandayAnexos" que obra en el expediente digital se encuentra acta de no acuerdo conciliatorio con fecha del 15 de septiembre de 2022.

#### CONSTANCIA DE NO CONCILIACIÓN

Siendo las nueve (09:00 a.m.) de la mañana del día quince (15) de septiembre del año dos mil veintidós (2.022), en las instalaciones del **CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA ORINOQUIA DE GRANADA**, se da inicio a la audiencia de conciliación solicitada por el señor **FERNANDO CIFUENTES ROJAS** identificado con cedula de ciudadanía Numero 86.007.581 de Granada (Meta), el día 18 de julio del año 2022 para llegar a un acuerdo conciliatorio sobre **PRESUNTO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL** con la Empresa **COMUNICACIÓN CELULAR S.A.** identificada con Nit 800.153.993-7 representada legalmente por el Doctor **FELIPE ALEJANDRO GARCIA AVILA** identificado con cedula de

**Documento:** Constancia de no acuerdo conciliatorio.

**Transcripción esencial:** "Siendo las nueve (9:00 am) de la mañana del día quince (15) de septiembre del año dos mil veintidós (2022) ..."

## CAPITULO II

### PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES

**FRENTE A LA PRETENSIÓN "1": ME OPONGO** a que se declare a CLARO-COMCEL S.A.,

civilmente responsable por incumplimiento contractual y también me opongo a que se declare responsable a mi representada por responsabilidad civil extracontractual, tal oposición se baja en los siguientes argumentos:

- **Inexistencia de prueba del supuesto hecho generados:** La contraparte solicita al despacho declarar responsable a la empresa CLARO COMCEL S.A., por incumplimiento contractual, tratando de enarbolar una responsabilidad contractual frente a mi representada. Sin embargo, ante estas manifestaciones no se ha allegado al proceso prueba alguna que soporte el dicho de la parte actora, sino que solo ha basado su pretensión en manifestaciones subjetivas, sin lograr estructurar la responsabilidad que alega, pues no ha demostrado el incumplimiento de la obligación contractual ni el daño que de dicho incumplimiento se deriva.
- **Cumplimiento de las obligaciones a cargo de COMCEL en virtud del contrato de arrendamiento:** Se encuentra acreditado dentro del caso bajo estudio el cumplimiento cabal que la demandada a dado al contrato de arrendamiento pactado por las partes e identificado con No. 16018.

**FRENTE A LA PRETENSIÓN “2”: ME OPONGO**, a que se reconozca perjuicio alguno a título de lucro cesante consolidado, por cuanto la solicitud carece de sustentos facticos y lógicos que nos permitan inferir la configuración de tal perjuicio, esto teniendo en cuenta que junto con la demanda no se allega prueba alguna que de fe del incumplimiento contractual que alega el señor FERNANDO CIFUENTES ROJAS, es decir, la parte actora no ha logrado demostrar que mi representada disponía de más metros cuadrados que los pactados en el contrato No.16018 y por tanto la cuenta que realiza sobre los presuntos 175 metros cuadrados no es válida y no puede ser traída a colación y como consecuencia, esta solicitud no podrá ser tenida en cuenta.

Así mismo, **ME OPONGO** a que se condene a mi representada al pago de suma alguna derivada del lucro cesante solicitado por la parte Demandante, por cuanto, no existe prueba del valor que se pretende. Esto atendiendo a que se habla de supuestos contratos dejados de ejecutar. Sin embargo, dicha circunstancia escapa de cualquier premisa objetiva que permita sustentar la suma pretendida a título de lucro cesante.

**FRENTE A LA PRETENSIÓN “3”: ME OPONGO** a la prosperidad de esta pretensión por cuando es claro que entre las partes existió contrato de arrendamiento, mismo que se identifica con el No.16018 y, dentro del proceso no se reclama por hechos ajenos a esta relación contractual, así como tampoco figura reclamante diferente al señor FERNANDO CIFUENTES ROJAS, persona que hace parte de la relación contractual antes mencionada, por lo que no hay razón para que el Juez entre a estudiar la existencia de responsabilidad civil extracontractual. Así mismo, me pongo a la prosperidad de esta en tanto que las pretensiones planteadas en una demanda deben ser clara y

precisas y el Juez, atendiendo al principio de congruencia que establece el artículo 281 del C.G.P, debe pronunciarse exclusivamente sobre las pretensiones planteadas en el escrito de demanda.

**FRENTE A LA PRETENSIÓN “4”:** ME OPONGO a la prosperidad de esta pretensión en tanto que resulta consecuente de las anteriores, pues tal y como se ha manifestado, la parte actora no ha logrado demostrar el incumplimiento contractual que alega y, sin fundamento claro de dicho incumplimiento no es posible solicitar la aplicación de la cláusula penal establecida en el contrato No. 16018. Así mismo, resulta poco congruente y un detrimento para mi representada el hecho de que la parte actora pretenda el pago de clausula penal y los perjuicios que presuntamente sufrió su mandante.

**FRENTE A LA PRETENSIÓN “5”:** ME OPONGO a la prosperidad de esta pretensión en tanto que resulta consecuente de las anteriores, pues tal y como se ha manifestado, mi representada no ha utilizado un área superior a la contratada y por el cual ha pagado cumplidamente y, dado que no existe incumplimiento contractual no es posible solicitar la aplicación de la cláusula penal establecida en el contrato No. 16018. Así mismo, escapa de toda lógica jurídica y procesal, solicitar al Juez de instancia que se condene por un hecho futuro, desconocido e incierto.

### CAPÍTULO III

#### OBJECCIÓN DEL JURAMENTO ESTIMATORIO

Objeto el juramento estimatorio presentado por los Demandantes de conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso.

Atendiendo a que en el escrito de demanda solo se solicita el reconocimiento de Lucro Cesante, me permito objetar dicha solicitud en tanto que la parte Demandante no cumplió su carga probatoria establecida en el artículo 167 del Código General del Proceso, puesto que no aportó prueba alguna que demuestre el incumplimiento contractual que alega ni del perjuicio cuya indemnización deprecia. En el presente proceso no se encuentra prueba idónea que acredite los ingresos dejados de percibir por el demandante FERNANDO CIFUENTES ROJAS, esto como consecuencia de que el mismo ni siquiera allegó prueba del incumplimiento que presuntamente derivó en detrimento de su patrimonio económico. En ese sentido, no se probó la existencia del lucro cesante pretendido por la parte Actora. En ese orden de ideas, al no existir prueba que demuestre si quiera sumariamente las sumas que alega por dicho concepto, claramente no puede reconocerse emolumento alguno por aquel.

Así pues, es preciso reiterar que la parte Demandante tenía entre sus mandatos toda la carga probatoria sobre los perjuicios deprecados en la demanda. Por lo tanto, cada uno de los daños por los cuales está exigiendo una indemnización deberán estar claramente probados a través de los medios idóneos que la ley consagra en estos casos. Esta teoría ha sido ampliamente desarrollada

por la Corte Suprema de Justicia, debido a que sobre este particular ha establecido lo siguiente:

*“(...) aun cuando en la acción de incumplimiento contractual es dable reclamar el reconocimiento de los perjuicios, en su doble connotación de daño emergente y lucro cesante, no lo es menos que para ello resulta ineludible que el perjuicio reclamado tenga como causa eficiente aquel incumplimiento, **y que los mismos sean ciertos y concretos y no meramente hipotéticos o eventuales, teniendo el reclamante la carga de su demostración**, como ha tenido oportunidad de indicarlo, de manera reiterada.<sup>1</sup>” (Subrayado fuera del texto original)*

Bajo esta misma línea, en otro pronunciamiento también ha indicado que la existencia de los perjuicios en ningún escenario se puede presumir, tal y como se observa a continuación:

*“Ya bien lo dijo esta Corte en los albores del siglo XX, al afirmar que “(...) **la existencia de perjuicios no se presume en ningún caso**; [pues] no hay disposición legal que establezca tal presunción (...)”<sup>2</sup>(Subrayado fuera del texto original)*

En efecto, es claro que la Corte Suprema de Justicia ha establecido jurisprudencialmente que no es dable presumir el lucro cesante, sino que este concepto debe probarse dentro del proceso, carga que le asiste únicamente al reclamante. De manera que en el caso de marras no puede existir reconocimiento alguno a título de tal perjuicio, en tanto que no obra en el proceso prueba que dé cuenta de las sumas solicitadas en el petitum de la demanda. Máxime, cuando los pronunciamientos precitados indican que la existencia de los perjuicios no puede presumirse, sino que debe mediar prueba que acredite suficientemente su causación.

En conclusión, ante la ausencia de sustento probatorio que demuestre las sumas solicitadas por el extremo actor, resulta jurídicamente improcedente reconocimiento de emolumento alguno por este concepto. En ese sentido, la demanda adolece de una carga probatoria que además de certera, debía ser conducente con el fin de acreditar y demostrar los perjuicios solicitados. Por las razones antes expuestas, me opongo enfáticamente al juramento estimatorio de la demanda.

### CAPÍTULO III

#### EXCEPCIONES DE MÉRITO FRENTE A LA DEMANDA

##### 1. **INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL SUPUESTO HECHO GENERADOR**

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de febrero de 2018. Mp. Margarita Cabello Blanco. EXP: 2007-0299 .

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de junio de 2018. Mp Luis Armando Tolosa Villabona. EXP: 2011-0736.

En el presente caso debe resaltarse la ausencia de prueba que acredite el hecho generador de los perjuicios que supuestamente sufrió el señor FERNANDO CIFUENTES ROJAS y que están relacionados con la presunta utilización de área de terreno mayor a la pactada en el contrato suscrito con mi representada. Es decir, en los hechos y las pretensiones de la demanda la parte actora pretende endilgarle una responsabilidad al extremo pasivo puesto que, según su dicho, sufrió un aparente perjuicio como consecuencia de la utilización de área mayor a la pactada en contrato de arrendamiento No. 16018 y que dado que dicha área utilizada no fue parte del contrato suscrito por las partes, no fue pactado sobre ésta canon de arrendamiento a pesar de estar siendo utilizado por la demandada. Sin embargo, dichas alegaciones no tienen sustento probatorio alguno en el plenario del proceso, pues se aporta un estudio topográfico sobre el cual se desconocen datos esenciales como si realmente el terreno de estudio corresponde al terreno arrendado, así mismo se desconocen las acreditaciones de quien lo realiza y si efectivamente la fecha mencionada fue la fecha cierta de realización de dicho estudio. Lo que no debe perderse de vista por el juzgador, puesto que, ante la inexistencia de prueba del hecho generador, es jurídicamente improcedente declarar una responsabilidad.

La Doctrina ha definido el hecho generador como evento que se encuentra directamente relacionado a la comisión del daño, así:

*“El hecho generador es el hecho o evento que se encuentra en relación con el daño consecuencia, es decir, el que se encuentra causalmente ligado a la comisión del daño. La noción de hecho ilícito solo se concibe en función de la culpa”<sup>3</sup>*

En ese sentido, se advierte que el ordenamiento jurídico colombiano mantiene un esquema de responsabilidad basado en tres elementos, esto es, el daño, el hecho generador del mismo y un nexo de causalidad que permita imputar el daño a la conducta del agente. Sin embargo, en el presente caso se encuentra patente la ausencia de prueba del hecho generador de daño, elemento indispensable y totalmente necesario para que proceda cualquier juicio de responsabilidad. Así las cosas, para el caso concreto no podría endilgarse ningún tipo de responsabilidad al extremo pasivo, puesto que en ningún momento se ha demostrado mediante prueba o elemento de juicio suficiente que la empresa COMUNICACIONES CELULARES S.A.-COMCEL S.A., esté haciendo uso de área superior a la pactada en contrato No. 16018, esto en tanto que el estudio topográfico allegado no cuenta con elementos esenciales, como si se trata o no de una antena instalada por mi representada o de otro producto, si el terreno objeto de estudio es el mismo terreno indicado en el contrato de arrendamiento, incluso ni siquiera se enuncia la fecha de realización. De modo que, ante la ausencia de prueba de este elemento esencial, no procede declaratoria de responsabilidad alguna contra el extremo pasivo.

---

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, Mario Gastón. “De la ética a la responsabilidad subjetiva ¿El mito de Sísifo?” Página 246

En otras palabras, según los aparentes hechos ocurridos en el presente proceso, se debe tener en cuenta que a partir de la base argumentativa y probatoria de la demanda no se puede concluir que se configure alguna responsabilidad civil en cabeza de COMCEL S.A. Lo anterior, toda vez que el presunto hecho generador, esto es, la utilización de área de terreno superior a la pactada en el contrato de arrendamiento No16018, no se logra acreditar de ninguna manera en el presente asunto, máxime cuando mi prohijada a cumplido a cabalidad con todo lo pactado entre las partes.

Es preciso indicar lo anterior, por cuanto en el plenario no obra ninguna prueba idónea, útil y conducente, que permita establecer que el área de terreno utilizada por mi mandante para la instalación de torre(s) y equipos celulares necesarios para la transmisión de comunicación celular, es superior a la pactada, pues a pesar de que se allega con el escrito de demanda un documento que pretende graficar el terreno usado, el mismo carece de validez, pues se desconocen sus fuentes y las calidades de quien lo emite, así mismo, el mismo no menciona la fecha de realización, ni se conoce si el terreno objeto de estudio corresponde al terreno sobre el cual se realizó contrato de arrendamiento, así pues, no solamente las pruebas aportadas por el actor son completamente inconsistentes para probar su dicho, sino que ni siquiera existe un indicio que acredite la ocurrencia de los hechos que alega.

En tal virtud, no se demuestra la existencia de responsabilidad civil por parte de la CLARO-COMCEL S.A., en el presente asunto, al no encontrarse plenamente acreditado el hecho generador del supuesto daño en el caso que nos ocupa. En tal sentido, es preciso hacer alusión a la nutrida jurisprudencia acerca de la necesidad de prueba del hecho que genere el daño, sin el cual de ninguna manera las pretensiones incoadas por la parte actora tendrán vocación de prosperar. Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, radicación 2004-120, mediante sentencia del 06 de diciembre de 2017, consejero ponente Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, precisó:

*“Primero, frente a los elementos de la responsabilidad que se ven envueltos en la expresión ‘condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó los daños al grupo’, el Consejo de Estado considera que, no solo se hace referencia al NEXO DE CAUSALIDAD, sino también y de forma principal, al HECHO GENERADOR DEL DAÑO, puesto que se habla de condiciones uniformes respecto de una misma CAUSA del daño, por lo que el primer paso que debe darse en este análisis, es identificar los hechos generadores del daño que se alegan en el caso concreto, los cuales deben aparecer como comunes a todos los miembros del grupo.*

*“EI HECHO GENERADOR DEL DAÑO es aquella circunstancia que genera los respectivos perjuicios sufridos, es la acción u omisión, en si misma considerada,*

*por la cual se cree se causaron los daños; en frente de este, la administración de justicia cuando va a admitir una demanda de acción de grupo, debe identificar que los daños sufridos por la pluralidad de personas, se imputan a un mismo hecho generador, para de allí extraer las condiciones uniformes que los identifican como GRUPO”.<sup>4</sup> (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

Del mismo modo, la Corte Constitucional mediante Sentencia C 1008 del 09 de diciembre de 2010, magistrado ponente Dr Luis Ernesto Vargas Silva, manifestó lo siguiente respecto de los elementos de la responsabilidad:

*“Sobre el particular señala que: “como desde antaño lo viene predicando la Corporación con apoyo en el tenor del artículo 2341 del Código Civil, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como “culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y este”. Condiciones estas que además de considerar el cuadro axiológico de la pretensión en comentario, definen el esquema de la carga probatoria de la Demandante, pues es a este a quien le corresponde demostrar el menoscabo patrimonial o moral (daño) y que este se originó en la conducta culpable de quien demanda, por que al fin y al cabo la responsabilidad se engasta en una relación jurídica entre dos sujetos: el autor del daño y quien lo padeció”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

Realizado el anterior recuento jurisprudencial, es necesario señalar que en el presente asunto no existe prueba del supuesto hecho generador, lo anterior, por cuanto no obra en el plenario ninguna prueba idónea, útil y conducente que permita acreditar que efectivamente la empresa COMUNICACIONES CELULARES S.A.- COMCEL S.A haya hecho uso de área de terreno superior a la pactada en contrato de arrendamiento No. 16018, pues como se ha mencionado en reiteradas oportunidades, el estudio topográfico aportado no cumple con elementos esenciales como enunciar la fecha de realización, el terreno objeto de estudio y si este corresponde al mismo sobre el cual se suscribió contrato de arrendamiento y en tal sentido no puede ser tenido en cuenta como prueba para el caso bajo estudio y como consecuencia no existe prueba real que indique que mi representada haya incumplido el contrato y que debido a ello se haya generado un menoscabo en el patrimonio del señor FERNANDO CIFUENTES ROJAS. Por tal razón, es menester precisar que sobre la Demandante recae la carga de la prueba, por cuanto su mero dicho bajo ningún escenario puede ser tenido en cuenta como prueba de los hechos. Sobre ese particular, de que el simple dicho no tiene la capacidad de probar lo que se pretende, se ha referido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, magistrado ponente: Gerardo Botero Zuluaga, SL11325-2016, mediante

<sup>4</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, radicación 2004-120, del 06 de diciembre de 2017, consejero ponente Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera

sentencia del 01 de junio de 2016, que dispuso:

*“Planteadas así las cosas, debe decirse que no es cierto lo manifestado por el recurrente en el sentido de que en este asunto la parte actora estaba relevada por completo de la carga de la prueba, habida cuenta que es sabido que quien pretende un derecho tiene la carga de alegar y probar los hechos que lo producen, pues «De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado».” (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Resulta de suma importancia citar también una providencia del Tribunal Superior de Bogotá, la cual es clara al explicar que la sola afirmación de la Demandante de ninguna manera puede constituir plena prueba de un supuesto fáctico. La citada providencia explica lo siguiente:

*“Y es que pasó inadvertida la Superintendencia Financiera de Colombia que conforme lo establecen el artículo 167 del C.G.P., le correspondía a la parte demandante probar los supuestos fácticos en los cuales fundamenta sus pretensiones, en tanto que la sola afirmación de quien lo alega no es constitutiva de plena prueba del hecho o acto, ya que a nadie le es dado el privilegio de que su mero dicho sea prueba suficiente de lo que afirma, tal como lo ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil:*

*“...es verdad que, con arreglo al principio universal de que nadie puede hacerse su propia prueba, una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga. De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya dicho en un importante número de veces... que ‘es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo onus probandi incumbit actori no existiría, si al demandante le bastara*

*afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más normas y con eso no más quedar convencido el Juez*<sup>5</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En otras palabras, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá, se ha afincado en una tesis desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, que se ha decantado en el sentido de explicar que el mero dicho de una parte no basta para probar un supuesto de hecho. Así pues, aterrizando esta teoría al caso concreto, es dable afirmar que en el presente asunto no se logró acreditar el presunto hecho generador, es decir, la supuesta utilización de área de terreno superior a la pactada, pues la prueba aportada no cumple con requisitos esenciales que la hagan útil para el caso concreto, tal como se ha mencionado con anterioridad a lo largo del escrito. Así las cosas, se tiene que en el presente asunto la única prueba que tiene el Demandante para probar el hecho que aduce consiste en su propio dicho y, como se demostró mediante la jurisprudencia citada, la mera afirmación del Demandante no puede constituir plena prueba para acreditar en este caso el hecho generador. En consecuencia, no podrá ser declarada una eventual responsabilidad, por cuanto no se encuentra acreditado uno de sus elementos, es decir, el hecho generador que ocasionó el supuesto daño que, como se explicará más adelante, tampoco está demostrado.

Por lo tanto, es evidente que el Demandante no aportó ninguna prueba, que permita inferir que en efecto mi poderdante incumplió lo pactado en el contrato de arrendamiento No.16018 frente a la utilización de terreno superior a 225 m<sup>2</sup> para el desarrollo de proyecto consistente en instalación de torre y equipos celulares necesarios para la transmisión de comunicación celular, pues el estudio topográfico allegado carece de elementos esenciales como la fecha de realización, el lugar de realización del estudio y si este corresponde o no al terreno sobre el cual se pactó contrato de arrendamiento e incluso no menciona que producto de propiedad de mi representada se encuentra en dicho lugar. Es decir, al no existir prueba del hecho generador, no es dable endilgar la responsabilidad aquí deprecada. En conclusión, deberá tenerse como probada esta excepción, teniendo en cuenta que en el caso en concreto no existe una sola prueba que acredite el dicho de la Demandante, es decir, no hay prueba alguna que se haya configurado el hecho generador en el presente asunto.

En virtud de todo lo anterior, de manera respetuosa solicito que se declare probada esta excepción.

## **2. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DE COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A. – CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES.**

Se formula esta excepción teniendo en cuenta que, en el proceso de la referencia, se encuentra demostrado que mi representada a cumplido a cabalidad con sus obligaciones contractuales y por tal motivo no le asiste razón al juzgador para endilgar responsabilidad civil contractual a la empresa

<sup>5</sup> Sent. de 12 de febrero de 1980 Cas. Civ. de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pag. 405.

COMUNICACIONES CELULARES S.A.-COMCEL S.A., por presunto incumplimiento del contrato de arrendamiento No. 16018.

En términos generales, para poder acreditar la existencia de la responsabilidad en contra de una parte determinada, es imprescindible la presencia de algunos elementos mínimos, sin los cuales, al juzgador no le quedará más remedio que prescindir de cualquier pretensión indemnizatoria de la parte demandante. En la doctrina y la jurisprudencia se ha discutido la necesidad de la existencia de ciertos elementos como la culpa, dependiendo del régimen de responsabilidad que se defienda de cara al caso concreto (responsabilidad subjetiva u objetiva). Sin embargo, un elemento cuya necesidad nunca se ha puesto en duda, para poder demostrar la existencia de la responsabilidad, es el nexo causal. Lo anterior, porque es imposible achacarle un supuesto daño o perjuicio a una parte sin que se acredite que sus actos efectivamente fueron la causa directa o eficiente del daño alegado. Sobre todo, lo anterior, la doctrina ha señalado lo siguiente:

*“En la responsabilidad civil existen dos nexos causales: primero, entre la culpa y el hecho, y el segundo, entre el hecho y el daño. Si no hay nexo causal entre la culpa y el hecho, hay causa extraña. Si no hay nexo causal entre el hecho y el daño, este es indirecto.*

*Para que exista responsabilidad civil subjetiva, bien sea contractual o extracontractual, se requieren cuatro elementos: culpa, hecho, daño y nexo causal. En el caso de la responsabilidad civil objetiva, se necesitan tres elementos: hecho, daño y nexo causal.”<sup>6</sup> – (Subrayado por fuera de texto)*

En ese sentido, para determinar la existencia de responsabilidad civil contractual, debe estar acreditada la existencia del hecho, daño y nexo causal, de lo contrario o en ausencia de alguno de estos elementos, no será posible estructurar la responsabilidad civil objetiva. Es así, como se exige entonces al actor de la acción la comprobación de la existencia de los mentados elementos.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en los eventos en que existen diferentes causas de un daño, el compromiso de la responsabilidad sólo se podrá predicar respecto de quien genera la condición o causa que efectivamente lo produce. Por eso, la responsabilidad no puede deducirse sino cuando proviene y se demuestra que fue generada por el imputado.

*“La causalidad adecuada que ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia como explicación para la atribución de un daño a la conducta de un agente, debe ser entendida en términos de “causa jurídica” o imputación, y no solamente como un nexo de causalidad natural. La “causa jurídica” o imputación es el razonamiento*

---

<sup>6</sup> Ortiz Gómez Gerardo “Nexo Causal en la Responsabilidad Civil” en: Castro Marcela – Derecho de las Obligaciones Tomo II. Editorial Temis S.A. Bogotá 2010.

*por medio del cual se atribuye el resultado dañoso a un agente a partir de un marco de sentido jurídico. Mediante la imputación del hecho se elabora un juicio que permite considerar a alguien como artífice de una acción (u omisión) sin hacer aún ningún juicio de reproche. (...)*

*La atribución de un resultado lesivo a un sujeto, en suma, no depende en todos los casos de la producción física del perjuicio, porque el hecho de que una persona ocasione directamente un daño a otra no siempre es necesario y nunca es suficiente para cargárselo a su conducta como suyo. Aunque la relación causal aporta algo a la fórmula de imputación en la medida en que constituye una conexión frecuente o probable entre la conducta del agente y del daño sufrido por la víctima, no explica satisfactoriamente por qué aquél puede ser reputado artífice.”<sup>7</sup>*

En ese sentido, para determinar la existencia de nexo causal ente el hecho y el daño, se debe observar la relación eficaz entre el hecho generador y el daño causado. Es así, como el actuar del agente de quien se demanda la responsabilidad, tiene que estar ligado directamente con la generación del daño. Es decir, su acción u omisión debe ser el generador del daño que se reclame.

Al respecto, debe decirse que:

- No existe prueba del hecho generador, pues esta ha cumplido el contrato pactado.

En el caso en concreto no existe una sola prueba que convalide el dicho de la parte demandante, es decir, no hay prueba alguna de que se haya configurado el hecho generador, habida cuenta que no existe elementos materiales probatorios dentro del plenario que acrediten que mi representada utiliza espacios más allá de los acordados en contrato de arrendamiento pactado por las partes del presente litigio. Contrario a ello, si se encuentra acreditado el cumplimiento que la demandada a dado al contrato de arrendamiento pactado por las partes, es decir, a cumplido con cada una de las cláusulas acordadas por las partes a cabalidad y sin demora.

- No existe prueba del daño causado al demandante.

No se aporta prueba alguna con la cual se logre acreditar la existencia de un daño derivado de la presunta utilización de espacio más allá de los acordados en contrato de arrendamiento No. 16018 pactado por las partes del presente litigio, que, cabe señalar, tampoco se encuentra probada esta afirmación.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC13925-2016. Septiembre 30 de 2016.

- No existe prueba del nexo causal entre el supuesto incumplimiento del contrato y el daño alegado.

No se avizora un esfuerzo de la parte actora de esta litis en demostrar la relación de causalidad que dice existe entre el presunto incumplimiento contractual y el daño alegado, en la medida que ni siquiera se demuestra que en efecto dicho incumplimiento del contrato de arrendamiento No.16018 haya ocurrido, ni que producto de este se haya generado el lucro cesante que reclama el demandante.

Por lo anterior, Las pretensiones carecen de fundamento, ya que en la esfera de la responsabilidad civil implorada no se constituyen los elementos necesarios para que la misma sea predicada (daño, conducta reprochable desplegada por la parte pasiva y nexo de causalidad), bien sea a título de responsabilidad contractual, que es el que corresponde por tener la acción su origen en un contrato de arrendamiento, o a título extracontractual como hizo alusión la parte demandante en una de sus pretensiones, hay que señalar que es inexistente nexo alguno de causalidad que permita edificar cualquiera de estos cargos.

En conclusión, como quiera que en el sub examine, la parte demandante pretense atribuir responsabilidad civil derivada de un contrato de arrendamiento, debía de allegar al proceso elementos de conocimiento que acreditaran los diferentes elementos estructurales de esta institución jurídica, tales como el daño, el hecho que da origen al daño y el nexo causal, sin embargo, no existen tales elementos dentro del proceso, pues la empresa COMUNICACIONES CELULARES S.A.- COMCEL S.A. ha cumplido todas y cada una de sus responsabilidades derivadas del contrato de arrendamiento, razón por la cual, no puede imputarse responsabilidad civil a la demandada, y por tanto, las pretensiones de la demanda deben ser negadas.

Por las razones expuestas, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

### **3. IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO DENOMINADO “LUCRO CESANTE”.**

En primera medida, debe advertirse que en el presente asunto no se cumplen con los presupuestos requeridos para que proceda reconocimiento del lucro cesante, pues no se encuentra probado ni siquiera el incumplimiento contractual del cual la parte actora alega que derivan. Por lo anterior, no hay lugar a reconocer suma alguna a título de lucro cesante.

El lucro cesante ha sido entendido como una categoría de los perjuicios materiales de naturaleza económica y de contenido pecuniario. Es decir, que puede cuantificarse en una suma de dinero y que consiste en la afectación o menoscabo de un derecho material o patrimonial, reflejado en la

ganancia o ingreso que se ha dejado de percibir y que no ingresará al patrimonio de la persona. En otras palabras, se deja de recibir cuando se sufre un daño y puede ser percibido a título de indemnización por las víctimas directas o indirectas cuando se imputa al causante del perjuicio la obligación de reparar.

Para indemnizar un daño, además de su existencia cierta, actual o futura, es necesario su plena demostración en el proceso con elementos probatorios fidedignos e idóneos, como lo son aquellos medios permitidos en el ordenamiento jurídico. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

***“(…) en cuanto perjuicio, el lucro cesante debe ser cierto, es decir, que supone una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual. (…) Vale decir que el lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afinsa en una situación real, existente al momento del evento dañoso, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente (…)***

*Por último, están todos aquellos “sueños de ganancia”, como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que **conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea la causación del daño, los cuales, por obvias razones, no son indemnizables.**<sup>8</sup>*

(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Resulta evidente que para reconocer la indemnización del lucro cesante es necesario, de un lado, estar en presencia de una alta probabilidad de que la ganancia esperada iba a obtenerse, y de otro, que sea susceptible de evaluarse concretamente. Sin que ninguna de esas deducciones pueda estar soportada en simples suposiciones o conjeturas, porque de ser así, se estaría en frente de una utilidad meramente hipotética o eventual.

El más reciente pronunciamiento de unificación del Consejo de Estado en la sentencia No. 44572 del 18 de julio de 2019 proferida por la Sección Tercera, nos menciona que se debe acreditar los ingresos percibidos por el efectivo desarrollo de una actividad económica, pues estos no están sujetos a presunción, por contrariar el carácter cierto del perjuicio. De manera que el lucro cesante sólo se reconocerá cuando obren pruebas suficientes que acrediten que efectivamente la víctima dejó de percibir ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos. En dicha providencia, se manifestó lo siguiente:

*“La ausencia de petición, en los términos anteriores, así como **el incumplimiento***

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia Radicado 2000-01141 de 24 de junio de 2008.

**de la carga probatoria dirigida a demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios debe conducir, necesariamente, a denegar su decreto. (...)**

En los casos en los que se pruebe que la detención produjo la pérdida del derecho cierto a obtener un beneficio económico, lo cual se presenta cuando la detención ha afectado el derecho a percibir un ingreso que se tenía o que con certeza se iba a empezar a percibir, **el juzgador solo podrá disponer una condena si, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se cumplen los presupuestos para ello, frente a lo cual se requiere que se demuestre que la posibilidad de tener un ingreso era cierta, es decir, que correspondía a la continuación de una situación precedente o que iba a darse efectivamente** por existir previamente una actividad productiva lícita ya consolidada que le permitiría a la víctima directa de la privación de la libertad obtener un determinado ingreso y que dejó de percibirlo como consecuencia de la detención.

Entonces, resulta oportuno recoger la jurisprudencia en torno a los parámetros empleados para la indemnización del lucro cesante y, en su lugar, unificarla en orden a establecer los criterios necesarios para: i) acceder al reconocimiento de este tipo de perjuicio y ii) proceder a su liquidación.

La precisión jurisprudencial tiene por objeto eliminar las presunciones que han llevado a considerar que la indemnización del perjuicio es un derecho que se tiene per se y establecer que su existencia y cuantía deben reconocerse solo: i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante”.<sup>9</sup> (subrayado y negrilla fuera del texto original).

Este pronunciamiento entonces excluye posibilidad alguna de que se reconozca lucro cesante cuando no se acrediten los ingresos percibidos por el efectivo desarrollo de una actividad económica, por contrariar el carácter cierto del perjuicio, siendo entonces una utilidad meramente hipotética o eventual. En este orden de ideas, es claro que en ningún caso procede el reconocimiento solicitado por la parte Demandante. Lo anterior, toda vez que los supuestos perjuicios en los que se fundamentan las pretensiones de la demanda fueron calculados con base en una operación aritmética deducida por la contraparte sin que esa suma esté debidamente acreditada o acordada por los contratantes.

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sentencia No. 44572 de 18 de julio de 2019 proferida por la Sección Tercera. M.P. Carlos Alberto Zambrano.

En conclusión, es improcedente el reconocimiento del lucro cesante al no encontrarse acreditado el valor cierto de los ingresos dejados de percibir por el señor FERNANDO CIFUENTES ROJAS como arrendamiento del terreno extra que, cabe señalar, aún no ha demostrado que haya sido utilizado por mi poderdante. Es decir, ante la evidente ausencia de un medio probatorio que acredite el valor de los ingresos dejados de percibir por el demandante, es claro que la pretensión encaminada a obtener un reconocimiento por este concepto no está llamada a prosperar.

#### **4. IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DE LUCRO CESANTE – INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL DAÑO.**

En términos generales, existe un criterio unánime que explica que la reparación de los daños causados como consecuencia de un hecho dañoso, tiene un carácter exclusivamente indemnizatorio y no puede ser fuente de enriquecimiento para la parte demandante. En otras palabras, no existe duda alguna que la reparación de los perjuicios tiene la finalidad de llevar a la víctima al estado anterior, esto es, al estado previo a la causación del daño. Sin que esto signifique que la parte actora pueda enriquecerse por el reconocimiento de dicha indemnización. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en los mismos términos al establecer:

*“Ciertamente puede decirse cuando el artículo 2341 del Código Civil prescribe que el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, se adopta, en armonía con el inciso 2 del artículo 1649 del Código Civil, el principio según el cual la prestación de la obligación resarcitoria llamada indemnización, **tiene como límite cuantitativo aquel que, según su función de dejar indemne (sin daño), alcance a reparar directa o indirectamente el perjuicio ocasionado, para el restablecimiento, en sus diferentes formas, de la misma situación patrimonial anterior,** (...)”<sup>10</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

En otras palabras, es jurídicamente improcedente conceder una indemnización que no solo tenga la finalidad de llevar a la víctima al estado anterior al acaecimiento del hecho dañoso, sino que también tenga el propósito de enriquecer a la parte actora. Lo anterior, por cuanto como se ha explicado, la indemnización de perjuicios no puede ser utilizada como herramienta para enriquecer a la víctima, sino para repararle efectivamente los daños que haya padecido. En consecuencia, los presuntos daños deben ser compensados de acuerdo a criterios de razonabilidad jurídica y de conformidad con las circunstancias reales en que tuvo lugar el resultado lamentable que dio origen al detrimento.

Así pues, la valoración de un daño debe acudir al arbitrium judicis, además de sujetarse a los criterios o referentes objetivos para su cuantificación. Considerando las características mismas del

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de julio de 2012. Mp. Ariel Salazar Ramírez. EXP: 11001-3103-006-2002-00101-01

daño, su gravedad, extensión y el grado de afectación a cada persona. Vale decir, que el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado. Valor que de ninguna manera puede asumirse como algo desbordado nacido de la mera liberalidad del juez.

Por lo anterior, para indemnizar un daño, además de su existencia cierta, actual o futura, es decir que si no se hubiese producido el daño el ingreso debía percibirse, es necesaria su plena demostración en el proceso con elementos probatorios fidedignos e idóneos, como lo son aquellos medios permitidos en el ordenamiento jurídico. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

*“El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del “(...) perjuicio que el daño ocasionó (...).”*

**Este último para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético. Es decir, “(...) cierto y no puramente conjetural, [por cuanto] (...) no basta afirmarlo, puesto que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario (...)”<sup>11</sup>** (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Bajo esta línea argumentativa, es indispensable que el honorable Despacho tome en consideración que la suma solicitada por la demandante por concepto de lucro cesante es a todas luces improcedente así como exorbitante y su reconocimiento significaría un enriquecimiento injustificado en beneficio de la misma como quiera que, en principio estamos ante un caso de evidente inexistencia de responsabilidad. Además, se considera que frente a la afectación que afirma tener el señor FERNANDO CIFUENTES ROJAS no existe prueba alguna que de forma inequívoca demuestre una real afectación del Demandante aunado al hecho de que no se demuestra que en ello acaeciera como consecuencia de alguna conducta atribuible a COMCEL S.A., quien únicamente se limitó a dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales derivadas del contrato de arrendamiento No. 16018

En conclusión, reconocer los perjuicios en las sumas solicitadas por la parte actora, solo terminaría generando un enriquecimiento injusto para la Demandante por cuanto las documentales que acompañan la demanda no demuestran que los presuntos perjuicios padecidos por el señor FERNANDO CIFUENTES ROJAS ocurrieran como consecuencia de hechos atribuibles a COMCEL S.A. Con fundamento en lo expuesto, solicito comedidamente al Despacho que declare probada la

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de junio de 2018. Expediente SC 2107-2018.

presente excepción y que en ese sentido, determine que no está acreditado de ninguna forma el perjuicio inmaterial cuyo resarcimiento se pretende. En todo caso, si el juez considera que sí está probado el perjuicio inmaterial, de todas formas, la tasación pretendida del mismo es exorbitante y deberá ajustarse a los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia.

En virtud de todo lo anterior, de manera respetuosa solicito que se declare probada esta excepción

#### **5. IMPOSIBILIDAD DE DAR APLICACIÓN A LA CLAUSULA PENAL PACTADA EN EL CONTRATO No. 16018.**

Dado que no existe incumplimiento contractual que sea imputable a la empresa COMUNICACIONES CELULARES S.A.-COMCEL S.A., y en tal sentido no se cumplen los presupuestos necesarios para hacer efectiva la cláusula penal pactada en el contrato de arrendamiento No. 16018.

La cláusula penal es una figura jurídica que busca procurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales o resarcir el daño que del incumplimiento de estas se derive, al respecto el Código Civil colombiano, en el artículo 1592 menciona:

***“Artículo 1592. Definición de clausula penal***

*La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”*

En ese mismo sentido, establece la sentencia SC3047-2018 del 31 de julio de 2018 de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil que:

*“Pues bien, en el ámbito de la dogmática jurídica civil, **se denomina «cláusula penal» al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo**, recibiendo en el primer caso el nombre de «cláusula penal compensatoria» y en el segundo, «cláusula penal moratoria»; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación.*

*En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una «obligación accesoria», en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación; igualmente, **constituye una «obligación condicional», porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la «obligación***

**principal»; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos.”**

Entendiéndose entonces de las citas anteriores, que para la aplicación de la cláusula penal estipulada en una relación contractual, debe existir un incumplimiento efectivo y evidentemente probado, pues dicha obligación es de tipo condicional. Sin embargo, dicha condición no ha ocurrido en el presente caso, pues la parte actora del litigio no ha allegado al proceso prueba alguna que de fe del incumplimiento que alega, por lo que conforme a las estipulaciones del Código Civil y a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, no es posible que se imponga a mi representada la carga de cumplir con una pena, como lo es la cláusula penal, por un incumplimiento que no ha sido debidamente acreditado.

En conclusión, en este caso concreto, no existe posibilidad de que se de aplicación a la clausula penal, pues esta es una obligación de tipo condicional, es decir, que para su aplicación se requiere antes certeza del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por medio de contrato, en este caso por medio del contrato de arrendamiento No. 16018 y dado que, la parte actora no ha probado el incumplimiento de mi prohijada, no podrá darse tampoco aplicación a la clausula penal manifestada en el contrato de arrendamiento No. 16018.

## **6. GENÉRICA O INNOMINADA Y OTRAS**

Finalmente propongo como excepción genérica, cualquier circunstancia que llegare a ser probada a lo largo del presente proceso y que constituya un acontecimiento de hecho que pueda ser interpretado como exculpatario de las pretensiones reclamadas por la demandante, solicito al Honorable Juez que en atención a lo dispuesto en el artículo 282 del Código General del Proceso reconocerla oficiosamente en la sentencia.

## **CAPITULO IV**

### **PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRUEBAS DEL DEMANDANTE**

#### **1. OPOSICIÓN AL DICTAMEN PERICIAL**

Me opongo a la prueba pericial aportada por la parte actora en tanto que no se encuentren acreditados los requisitos del artículo 226 del Código General del Proceso, por lo que resulta improcedente su decreto en tal sentido.

La procedencia de la prueba pericial se encuentra prevista en la disposición referida para aquellos casos en que para verificar los hechos que interesan al proceso se requieran especiales

conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Caso en el cual, se procederá con la elaboración de hasta un dictamen por materia de debate, presentado por cada parte procesal, rendido por un perito de forma escrita. De forma seguida, el artículo 226 del Código General del Proceso establece los requisitos que debe contener dictamen rendido, en los siguientes términos:

**“ARTÍCULO 226. PROCEDENCIA.** *La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.*

*Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito.*

*No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Sin embargo, las partes podrán asesorarse de abogados, cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas.*

*El perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional. El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito.*

*Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.*

*El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:*

- 1. La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración.*
- 2. La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito.*
- 3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.*

4. *La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.*

5. *La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.*

6. *Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.*

7. *Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente.*

8. *Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.*

9. *Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.*

10. *Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen”.*

Teniendo en cuenta la disposición antes referida, resulta procedente identificar si el “*Estudio topográfico*” cumple la totalidad de los requisitos en mención. Revisado el contenido del referido documento se advierte que

- Frente al numeral 2, no aparecen documentos de identidad del profesional que suscribe el dictamen pericial.
- Frente al numeral 4, no se aporta la lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, o declaración de no tenerlas.

- Frente al numeral 5, no se aporta la lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años, por consecuencia, los requisitos que debe cumplir este listado.
- Frente al numeral 6, falta la indicación de si el perito ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.
- Frente al numeral 7, falta pronunciamiento sobre si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente.
- Frente al numeral 8, falta pronunciamiento sobre si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias.
- Frente al numeral 9, falta pronunciamiento sobre si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio.
- Por último, frente al numeral 10 no se relacionan los documentos ni información usada para la realización del concepto.

Señalado lo anterior, se advierte que el documento allegado no reúne la totalidad de los requisitos mínimos con los que debe contar los dictámenes periciales, en los términos del artículo 226 del Código General del Proceso, lo cual imposibilita su decreto, como pasa a explicarse.

Así las cosas, resulta acertado indicar que el análisis de los requisitos establecidos en el artículo 226 del Código General del Proceso tiene por objeto establecer la admisibilidad de la prueba en razón a los requisitos formales previstos en la legislación, los cuales, en caso de reunirse llevan al decreto del medio de prueba. En este sentido, tras haberse concluido que la experticia que se pretende hacer valer no reúne la totalidad de los requisitos de que trata el artículo 226 del Código General del Proceso, resulta improcedente decretar como prueba pericial, la pretendida por el extremo actor.

En mérito de lo expuesto, se solicita al Despacho negar el decreto del “*Estudio topográfico*”, como prueba pericial. De manera subsidiaria, Solicito al Despacho que en caso de tener como valido el dictamen pericial, el señor **Martin Orlando Morales Vargas** sea citado a la audiencia de instrucción y juzgamiento para ser interrogado en la forma prevista en el artículo 228 del Código General del Proceso.

## CAPÍTULO V

### MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

#### 1. DOCUMENTALES

- a. Constancia de transacción bancaria de junio a agosto de 2023.
- b. Constancia de transacción bancaria de septiembre a noviembre de 2023.
- c. Constancia de transacción bancaria de diciembre de 2023 a febrero de 2024.
- d. Constancia de transacción bancaria de marzo a mayo de 2024.
- e. Constancia de transacción bancaria de junio a agosto de 2024.
- f. Constancia de transacción bancaria de septiembre a noviembre de 2024.
- g. Respuesta a derecho de petición.
- h. Archivo de Excel indicando reportes de pagos.

#### 2. INTERROGATORIO DE PARTE

- 2.1. Comedidamente solicito se cite para que absuelva interrogatorio del señor **FERNANDO CIFUENTES ROJAS** a fin de que conteste el interrogatorio que se le formulará frente a los hechos de la demanda, de la contestación y en general, de todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos en este litigio. El señor **FERNANDO CIFUENTES ROJAS** podrá ser citado en la dirección de notificación que se relaciona en su libelo.

#### 3. DECLARACIÓN DE PARTE

Al tenor de lo preceptuado en el artículo 198 del Código General del Proceso, respetuosamente solicito ordenar la citación del Representante Legal de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.**, para que sea interrogado por el suscrito, sobre los hechos de la demanda, de la contestación a esta, y en general, de todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos en este litigio.

La prueba es conducente, pertinente y útil, ya que el representante legal podrá explicar ampliamente los detalles del contrato de arrendamiento No. 16018 y la ejecución del mismo.

#### 4. TESTIMONIALES

Conforme a los términos del artículo 208 y siguientes del Código General del Proceso, solicito comedidamente se sirva citar y hacer comparecer a las siguientes personas:

- 4.1. Sírvase citar a declarar al señor **WILMAR ALFONSO BERNAL GAITAN**, vinculado como trabajador de mi prohijada, para que declare todo lo que le conste sobre los hechos narrados en la demanda y el manejo, cumplimiento y ejecución del contrato de arrendamiento No. 16018. Este testimonio es conducente, pertinente y útil, ya que puede ilustrar al Despacho acerca del el manejo, cumplimiento y ejecución del contrato de arrendamiento pactado con el hoy demandante. El testigo puede ser localizado en la Carrera 68 A No. 24 B – 10 de Bogotá. Al correo electrónico: [wilmar.bernal@claro.com.co](mailto:wilmar.bernal@claro.com.co).
- 4.2. Sírvase citar a declarar al señor **WILLIAM RICARDO BERMUDEZ**, vinculado como trabajador de mi prohijada, para que declare todo lo que le conste sobre los hechos narrados en la demanda y el manejo, cumplimiento y ejecución del contrato de arrendamiento No. 16018. Este testimonio es conducente, pertinente y útil, ya que puede ilustrar al Despacho acerca del el manejo, cumplimiento y ejecución del contrato de arrendamiento pactado con el hoy demandante. El testigo puede ser localizado en la Carrera 68 A No. 24 B – 10 de Bogotá. Al correo electrónico: [William.Bermudez@claro.com.co](mailto:William.Bermudez@claro.com.co).

## 5. DICTAMEN PERICIAL EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 227 DEL C.G.P.

Anuncio respetuosamente que me valdré de una prueba pericial topográfica, que tiene como finalidad acreditar las inconsistencias en la narración realizada por el señor FERNANDO CIFUENTES ROJAS y demostrar que mi representada COMUNICACIONES CELULARES S.A.- COMCEL S.A. ha cumplido con lo pactado en contrato de arrendamiento identificado con No. 16018. El dictamen pericial que se solicita es conducente, pertinente y útil para el litigio, pues con esta prueba se acreditará la realidad del terreno utilizado por mi representada para el desarrollo del proyecto objeto de contrato de arrendamiento No. 16018.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 227 del C.G.P que dispone: “*Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días*”. Comedidamente se le solicita al honorable Juez un término no inferior a dos meses para aportar la experticia al proceso.

## CAPÍTULO V

### ANEXOS

1. Certificado de existencia y representación legal de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.

2. Poder especial otorgado por el representante legal de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
3. Los documentos relacionados como pruebas.

## CAPÍTULO VI

### NOTIFICACIONES

El suscrito, en la Avenida 6A Bis No. 35N-100, oficina 212 en la ciudad de Cali, Valle del Cauca, o en la dirección de correo electrónico [notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co)

Mi representada COMUNICACIONES CELULARES – COMCEL S.A. puede ser notificado en la Carrera 68 A No. 24 B – 10 de Bogotá. Al correo electrónico: [notificacionesclaro@claro.com.co](mailto:notificacionesclaro@claro.com.co).

La Demandante recibirá notificaciones en las direcciones que relaciona en su libelo.

Del Señor Juez, respetuosamente,



**GUSTAVO ÁLBERTO HERRERA ÁVILA**

C.C. No 19.395.114 de Bogotá D.C.

T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.