



Proceso	Ordinario
Demandante	Cooperativa de Trabajo Asociado Fénix
Demandado	Fundación Universitaria Autónoma de Las Américas
Radicado	No. 05001-31-03-016-2010-00738-01
Procedencia	Juzgado Veinte Civil del Circuito de Medellín
Instancia	Segunda
Ponente	Luis Enrique Gil Marín
Asunto	Sentencia No. 027
Decisión	Confirma
Tema	Responsabilidad civil contractual
Subtemas	Contrato. Incumplimiento contractual. Carga de la prueba. Estipulaciones contractuales. Objeción dictamen.

TRIBUNAL SUPERIOR

SALA SEGUNDA DE DECISION CIVIL

Medellín (Ant.), cuatro de octubre de dos mil veintiuno

I. OBJETO

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el **JUZGADO VEINTE CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, en este proceso ordinario instaurado por la **COOPERATIVA DE TRABAJO FÉNIX**, en contra de la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA AUTÓNOMA DE LAS AMÉRICAS**.

II. ANTECEDENTES

Pretensiones: La demandante solicita se declare que la demandada incumplió los contratos de prestación de servicios de personal de apoyo empresarial, asesoría, consultoría y ejecución, así como los convenios y acuerdos de las uniones temporales concertadas con la demandante; ordene a la demandada cumplir los contratos, convenios y uniones temporales celebradas con la pretensora; que la condene a reconocer y pagar a la demandante a título de lucro cesante pasado por concepto de pago de saldo pendiente de cada uno de los programas \$213.880.329.00, debidamente indexados al momento del pago; así como al valor de las cláusulas penales pactadas en todos y cada uno de los contratos, convenios y uniones temporales. Por último, solicita se condene a la demandada al pago de las costas.

Elementos fácticos: La demandante afirma que desde el 11 de junio de 2003 hasta el 11 de diciembre de 2006, celebró con la demandada múltiples contratos de prestación de servicio de personal de apoyo empresarial, asesoría, consultoría y ejecución en diferentes programas en contratos con varias entidades públicas, en muchos de los cuales la Cooperativa actuó como coejecutora a través de la figura de unión temporal y en otros como operador del contrato por prestación de servicios; enumeró los siguientes contratos de prestación de servicios y uniones temporales: a) 11 de junio de 2003, contrato de prestación de servicios sobre la ejecución efectiva del Programa Jóvenes en Acción, precio

20% del costo grupo formulado y adjudicado, duración de 10 meses y una multa por incumplimiento del 10%; b) 27 de julio de 2003, contrato de prestación de servicios, precio 20% del costo grupo formulado y adjudicado, pero los costos para la propuesta eran a cargo de la demandada, vigencia de un año prorrogable y, multa por incumplimiento del 20%; c) 05 de junio de 2014, contrato de prestación de servicios Programa Jóvenes en Acción, precio 20% del costo grupo formulado y adjudicado, duración de 10 meses y una multa por incumplimiento del 10%; d) 15 de septiembre de 2004, Unión Temporal "*Autónoma – Fénix*", programa Banco de Los Pobres; precio 25% de la convocatoria para la demandante; duración del término del contrato más de 6 meses, no se pactó clausula penal; e) 15 de septiembre de 2004, Unión Temporal "*Autónoma – Fénix*", Programa Banco de Los Pobres, precio 25% de la convocatoria para la demandante, duración el término del contrato más 6 meses, no se pactó clausula penal; f) 27 de junio de 2005, contrato de prestación de servicios, precio 20% del costo grupo formulado y adjudicado, duración un año y una multa por incumplimiento del 20%; g) 22 de julio de 2005, Unión Temporal "*Autónoma – Fénix*", convocatoria No. 600001722, precio 50% de la convocatoria para la demandante, duración el término del contrato más 6 meses; h) 22 de julio de 2005, Unión Temporal "*Autónoma – Fénix*", convocatoria No. 600001724, precio 50% de la convocatoria para la demandante, duración el término del contrato más 6 meses; i) 27 de diciembre de 2005, convenio de prestación de servicios, Programa Jóvenes con Futuro, precio 30% de las utilidades netas, duración un año y una multa de 20% del valor del contrato y, j) el 27 de

marzo de 2006, convenio de prestación de servicios, Programa Jóvenes con Futuro, precio 30% de las utilidades netas, duración un año y una multa del 20% del valor del contrato.

Durante la vigencia y ejecución de los contratos y uniones temporales, la demandante cumplió con todas y cada una de las obligaciones a su cargo, al punto que los celebrados con entidades públicas fueron ejecutados y liquidados sin ningún inconveniente; la fundación demandada incumplió con el pago del porcentaje que debía reconocer a la pretensora; en comunicado del 06 de diciembre de 2006, el gerente de la Cooperativa demandante ante requerimiento de la accionada, detalló su situación económica, cuantificando el saldo pendiente de pago por cada uno de los programas en \$213.880.329.00, sin intereses ni participación de utilidades pendientes, que sumadas ascendía a \$309.811.292.00; el 11 de diciembre de 2006, el representante legal de la fundación demandada notificó a la pretensora que: *"...Tal y como decidimos el día diciembre 7 de 2006, le estoy comunicando la decisión por parte de la Fundación Universitaria Autónoma de Las Américas de no continuar con nuestro convenio de cooperación académica para el programa JOVENES EN ACCIÓN convocatoria 5..."*; notificación recibida en el correo electrónico el 19 de los mismos, mes y año; a raíz de dicha comunicación el 31 de enero de 2007, se reunieron en las instalaciones de la demandada con el fin de realizar el cierre, liquidación y revisión de los convenios y uniones temporales; luego de múltiples reuniones y órdenes de trabajo se concilió el saldo pendiente de los contratos de capital semilla en

\$15.350.747.00 y programa de cultura solidaria \$14.518.435.00; el 19 de febrero de 2007, la demandante remitió a la demandada un consolidado real de ejecución de cada uno de los programas y el 6 de julio adiado, solicitó el pago de \$24.319.570.00 para la operación del programa Reconvención Socio-laboral estrategia 2 de Miraflores, y el 16 de los mismos, requirió el pago de \$77.500.621.00 por el programa de Jóvenes con Futuro primera cohorte; y \$43.307.872.00 por el programa Jóvenes en Acción quinta convocatoria; termina señalando que el total adeudado por facturación, reparto de utilidades y multas pactadas asciende a \$832.229.536.00.

Admisión de la demanda y réplica: notificada la demandada del auto admisorio de la demanda, la replicó, se opuso a las pretensiones y esgrimió los siguientes medios de defensa: ***(i) inexistencia de la obligación; (ii) falta de causa para pedir y, (iii) prescripción.***

Sentencia: Se profirió el 10 de octubre de 2019, con la siguiente resolución:

"Primero: Desestimar las pretensiones formuladas por el demandante frente a los contratos y convenios suscritos los días 11 de junio de 2003, 27 de julio de 2003, 5 de junio de 2004, 27 de junio de 2005, 20 de diciembre de 2005, 27 de marzo de 2006, y las uniones temporales conformadas el día 15 de septiembre de 2004, por ausencia de los presupuestos axiológicos de la pretensión, e igualmente la pretensión de condenar a la demandada a pagar cláusula penal frente a las

dos uniones temporales suscritas el día 22 de junio de 2005; conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"Segundo: *Desestimar la objeción por error grave formulada por el apoderado judicial de la parte demandante frente al dictamen presentado por la perito Adriana María Ocampo Sarmiento, según se indicó en las consideraciones de esta providencia.*

"Tercero: *Declarar incumplidas las obligaciones contraídas por la Fundación Universitaria Autónoma de Las Américas en favor de la Cooperativa de Trabajo Asociado Fénix respecto de las dos uniones temporales conformadas el día 22 de julio de 2005, las cuales tenían por objeto participar en las Convocatorias Públicas N° 600001722 de 2005, "Implementación del proyecto de Fomento en Cultura Solidaria, en su primera fase, con estudiantes y docentes de 10 instituciones de educación pública de la ciudad de Medellín", y N° 600001724 de 2005, "Asesoría y acompañamiento empresarial a beneficiarios los ganadores del segundo concurso capital semilla para nuevas microempresas, mejorando la productividad y competitividad de las nuevas unidades productivas", con fundamento en la motivación expuesta en este fallo.*

"Cuarto: *En consecuencia, se condena a la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas a pagarle, a la ejecutoria de esta sentencia, al señor Jhovanny Valencia Dávila en calidad de cesionario de la Cooperativa de Trabajo*

Asociado Fénix, las cantidades de dinero que se indican a continuación, por concepto de la participación pactada en las uniones temporales referidas en el numeral que precede, así:

"a) *La suma de \$7'436.803.00 por concepto de la utilidad generada en razón de la unión temporal conformada para participar en la convocatoria N° 600001724 de 2005, debidamente indexada desde el día 9 de febrero de 2007, hasta la fecha de esta sentencia, que corresponde a \$12'280.891.00, a partir de su ejecutoria, se generarán intereses legales a la tasa establecida en el artículo 1617 del Código Civil.*

"b) *La suma de \$18'524.696.00 por concepto de la utilidad generada en razón de la unión temporal conformada para participar en la convocatoria N° 600001722 de 2005, debidamente indexada desde el día 9 de febrero de 2007, hasta la fecha de esta sentencia, que corresponde a \$30'591.071.00, a partir de su ejecutoria, se generarán intereses legales a la tasa establecida en el artículo 1617 del Código Civil.*

"Quinto: *Condenar en costas a la parte demandada y a favor del demandante, reducidas en un 80%. De conformidad con el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, reformado por el 19, núm. 2º de la Ley 1395 de 2010, se efectuará la liquidación de costas, señalando como agencias en derecho la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes".*

Indica que está acreditado que demandante y demandada celebraron seis (6) contratos de prestación de servicios de personal de apoyo empresarial, asesoría, consultoría y ejecución y de asociación para formar cuatro (4) uniones temporales y que constituyen el objeto de la demanda y sobre las que se centra el problema jurídico. Acordaron en las convenciones obligaciones determinadas para cada uno de los contratantes con el propósito de contribuir a un mismo fin, y aunar esfuerzos para cumplir con los contratos celebrados con un tercero, que incluían una contraprestación económica para cada una de ellas en retribución al esfuerzo que realizaban; si bien no era fija, si era determinable según los resultados del contrato; incluso, las uniones temporales establecieron un porcentaje específico de retribución; de suerte que el objeto contractual era diferente aunque en ocasiones se precisaba el mismo y el término de duración variaba según el contrato; conforme el hecho sexto de la demanda, el incumplimiento contractual de la demandada corresponde al impago del precio pactado, específicamente en el porcentaje que debía hacerlo al momento de la liquidación de los contratos, convenios y uniones temporales; en este sentido en los seis (6) contratos de prestación de servicios se pactó como obligación a cargo de la accionada, el pago oportuno del valor del contrato; en las cuatro primeras convenciones acordando como precio el *"equivalente al 20% del costo grupo formulado y adjudicado"* y, en las dos últimas, se pactó que *"Una vez liquidado el contrato la Fundación Universitaria Autónoma de Las Américas reconocerá a la cooperativa FÉNIX el 30% de las utilidades netas que el programa genere"*; de donde se sigue,

que la obligación de la demandada de cancelar a la demandante los porcentajes de utilidad establecidos en cada uno de los contratos, por convenio de los contratantes, quedó supeditada a la efectiva liquidación de los programas, pues no de otra manera se podía calcular el porcentaje que por equivalencia o utilidad fue establecido; esto es, el *"equivalente al 20% del costo grupo formulado y adjudicado"*, y *"el 30% de las utilidades netas que el programa genere"*.

Frente a la liquidación de los seis (6) convenios para exigir el pago del precio de los mismos a favor de la demandante, como fue acordado por los contratantes, se tiene que el extremo activo incumplió con la carga de la prueba que le incumbía, pues la prueba documental adosada con tal propósito no da cuenta de la liquidación de los reseñados contratos, y a pesar de que los deponentes Libelly Andrea Zuluaga Acosta y Juan Diego Gómez García, afirmaron que tanto la demandante como la demandada designaron un representante para elaborar un proyecto conjunto de liquidación de cada uno de los programas, este dicho carece de fundamentación en la medida que afirman que si bien se realizó la consolidación y liquidación de los programas, el mismo fue entregado a la fundación demandada, señalando el último de los testigos que tal documentación debía reposar en el expediente, lo cual no es cierto, por cuanto se itera, la misma no se allegó, circunstancia que conlleva a limitar la eficacia de dichos testimonios como lo ordena el art. 232 del C. General del Proceso, puesto que la prueba oral no puede suplir el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los

multicitados contratos, en orden a lo cual la falta del mentado documento se aprecia como un indicio grave de la inexistencia del acto; amén, que la experta tampoco logró concluir el valor a que ascendió la liquidación de los consabidos contratos, en razón de la ausencia de prueba que pudiera fundamentar el dictamen; amén, que los contratos aún no han sido liquidados, lo que impide determinar los pagos dejados de realizar, a más, que la información suministrada por la demandada no se encontró discriminada por contratos ejecutados con la pretensora, lo que hizo imposible abordar ese punto en la pericia; además, la demandante tampoco lleva una contabilidad por centro de costos para cada uno de los contratos; lo que llevó a que la experta no pudiera dar respuesta a los interrogantes planteados por las partes en tal sentido.

Así las cosas, no avizora el incumplimiento de la demandada de los reseñados contratos; igual conclusión se predica frente a las uniones temporales celebradas el 15 de septiembre de 2004, que versan sobre las convocatorias públicas Nos. 060000825 y 060000827, toda vez que tampoco se acreditó que la persona jurídica demandante haya honrado sus compromisos contractuales como lo es la liquidación de los programas, ni de las referidas uniones temporales, momento en que se determinaría el estado de pérdidas y ganancias del proyecto, así como de todos los ingresos y gastos generados; lo que hace indeterminable el monto a que eventualmente tendría derecho la cooperativa demandante, máxime que en algunos contratos se estableció un precio adicional a favor del contratista por la consecución de cupos; sin embargo, lo

que sí está probado es el incumplimiento de la accionada de lo acordado en las uniones temporales conformadas con la actora, para participar en las convocatorias pública Nos. 600001722 de 2005 y 600001724 de 2005, celebradas el 22 de julio de 2005; puesto que en ambas uniones los contratantes designaron representantes para consolidar la liquidación de cada unión temporal, tal como se advierte en el acta No. 3, suscrita el 03 de febrero de 2007, visible a folio 70, donde se expone que conciliaron ambos programas, aclararon las dudas que tenían y concretaron el saldo adeudado por la demandada, de ahí que surja el perentorio cumplimiento de la obligación a favor de la demandante en cada unión temporal, pues el supuesto de hecho pactado para reclamar la consecuencia jurídica se encuentra satisfecho.

En relación al cumplimiento contractual por la cooperativa demandante, se logró evidenciar en las obligaciones pactadas en las uniones temporales suscritas el 22 de julio de 2005; por esta razón, frente a las mismas se dispondrá el pago de la contraprestación acordada del 50% de los excedentes que genere el programa, para lo cual conviene analizar los documentos obrantes a folios 71 y 72, que contienen las respectivas liquidaciones y donde se fijó para el programa capital semilla \$7.436.803.00 y cultura ciudadana \$18.524.696.00, sumas que serán reconocidas a favor de la demandante debidamente indexadas desde el 09 de febrero de 2007, hasta la fecha de esta sentencia, y a partir de su ejecutoria, se generarán intereses legales a la tasa establecida en el art. 1617 del C. Civil; sin embargo, no habrá lugar a condenar a la demandada al pago de la cláusula penal

porque no fue pactada por las partes; realizada la indexación las citadas sumas ascienden a \$12.280.891.00 y 30.591.071.00, respectivamente. Consecuentemente, se desestimarán las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, frente a las citadas uniones temporales, pues está acreditado el cumplimiento por parte de la pretensora y el correlativo incumplimiento de la demandada; el medio de defensa denominado prescripción no está llamado a prosperar porque con la presentación de la demanda se logró la interrupción civil de dicho fenómeno, porque no había transcurrido el término establecido en el canon 2536 del Código Civil.

En torno a la objeción del dictamen pericial, tal como lo ha ordenado la jurisprudencia, se debe tener presente que el objetante no adosó ni solicitó ningún medio probatorio para demostrar técnicamente el yerro en la labor presentada por la perito, en cuanto que la documentación aportada por las partes era suficiente para determinar el monto de la liquidación de cada programa; amén, que el objetante en los alegatos no especifica en donde estuvo el error grave de la pericia, simplemente se limitó a reiterar los motivos en que fundó una petición de aclaración del dictamen que fue considerada extemporánea, por lo que no se accederá a la objeción. Se condenará en costas a la parte demandada reducidas en un 80%. Como agencias en derecho se fijará el equivalente a cinco (5) SMLMV, a favor de la demandante.

Apelación: Lo interpuso la parte demandante indicando como reparos: El no condenar por la totalidad de los

contratos y uniones temporales habidos entre las partes, porque el demandante supuestamente incumplió con la obligación de liquidar los mismos y para poder exigir el pago de las obligaciones insolutas, lo que constituye un indebida valoración de la prueba porque el a quo omitió que la liquidación se hace de mutuo acuerdo y según los testigos, efectivamente se realizó, pero la documentación no fue aportada porque está en poder de la fundación demandada y extrañamente se perdió parte de ella, como lo adujo la perito, con el agravante que no menciona cuál fue la parte que se perdió y cuándo, a pesar de que solicitó la aclaración y complementación de la experticia y, que los deponentes afirmaron que realizaron la liquidación, la cual debía estar en el proceso; dichos que fueron desestimados restándoles credibilidad; no obstante, que se trata de una prueba seria y con conocimiento directo; amén, que la demandante siempre estuvo dispuesta a cumplir y ello impide que se le declare incumplida; además, todos los contratos y uniones temporales se los cumplió a las entidades públicas al punto que fueron liquidados, sin que se decretara ninguna caducidad, ni se impusiera sanción alguna por incumplimiento; amén, que para la liquidación la actora entregó a los contratantes los soportes contables y financieros requeridos; a más que la demandante no concurrió a dichas liquidaciones por no ser contratista directa; está demostrado que la demandada recibió la totalidad del pago de las contratantes, en todos y cada uno de los contratos o uniones temporales, y que fue quien terminó unilateralmente y sin justa causa el contrato de operación con la actora y sin cancelar las deudas, esto es la

indemnización y el porcentaje pactado; igualmente, disiente del no reconocimiento de la cláusula penal con fundamento en que la misma no fue pactada, apreciación que constituye una indebida valoración probatoria porque tal acuerdo aparece acreditado con la prueba documental aportada; existe una violación al principio de libertad de la carga probatoria y un premio para la parte que oculta la información requerida, al dejar de lado los ítems que en extenso pasa a señalar; frente a la objeción por error grave, el a quo insiste en validar un dictamen pericial con gran cantidad de falencias, de las cuales aflora un evidente grave error, pues se pretermiten las formas propias del dictamen, desconociendo el derecho al debido proceso y contraviniendo una orden judicial que pone en entredicho la idoneidad de la experticia; la objeción por error grave se debe declarar probada; amén, que tales interrogantes requieren de conocimientos técnicos con los que el a quo no cuenta. (folios 261 a 279 cuaderno principal).

Durante el término del traslado en segunda instancia, afirmó que, las pretensiones de la demanda no fueron acogidas porque la parte actora incumplió con las obligaciones a su cargo; lo que resulta ajeno a las pruebas allegadas al plenario, porque el a quo dio por sentado sin estarlo, que la demandante no cumplió con el deber de liquidar los contratos, sin que se aportara prueba en tal sentido; por el contrario, existe prueba documental sobre el cumplimiento de dicha obligación, la cual obra a folios 98 y 49 a 57, a más de la versión rendida por los testigos Libelly Andrea Zuluaga Acosta y Juan Diego Gómez; declaraciones que a pesar de

que dieron cuenta que cada una de las partes designó un representante para elaborar un proyecto de liquidación de cada uno de los programas, el a quo le restó validez a sus dichos; sin fundamento y consideración válida alguna; tampoco valoró la declaración de parte del representante legal de la encausada, frente a la liquidación de los distintos contratos y convenciones y el reconocimiento que realizó sobre la entrega de los documentos para su elaboración; elementos de convicción que determinan que la actora sí liquidó los contratos prestando la colaboración para ello; además, omitió valorar los indicios que emergen de la liquidación de los convenios que dio por probados; los contratos celebrados con entidades públicas fueron cumplidos por la demandante, quien no concurrió a su liquidación por no ser contratista; el representante legal de la demandada recibió el pago de la totalidad de los contratos y convenios; el vínculo existente entre la pretensora y la encausada, fue terminado unilateralmente por la demandada sin justa causa y sin cancelar la totalidad de los conceptos pactados; lo solicitado por cláusula penal no fue reconocido, cuando al contrario de lo argüido por el a quo, dicho acuerdo aparece contenido y pactado por los contratantes; la sentencia absuelve a la encausada por algunos contratos, por no haberse aportado la respectiva liquidación; lo que riñe con la prueba testimonial recibida; amén, que la experta adujo que algunos documentos de la empresa se extraviaron, sin indicar cuales ni qué pagos se dejaron de realizar; además, no aclaró ni complementó en debida forma la experticia como en extenso pasa a señalar; no obstante lo anterior, al dictamen se le dio pleno valor descociendo el derecho al

debido proceso y dejando de lado la falta de idoneidad de la perito; debiendo dejar sin valor el informe y decretando de oficio una nueva prueba pericial. Por estas razones, solicita se revoque parcialmente la sentencia de primer grado, accediendo a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Por su parte, el extremo pasivo no describió el traslado concedido.

II. CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos: El recurso de apelación de cara a la sentencia de primer grado, plantea los siguientes problemas jurídicos que la Sala debe resolver: ¿Existe una indebida valoración probatoria? ¿Se deben acoger las pretensiones de la demanda en su totalidad? ¿Se debe reconocer la cláusula penal? ¿La objeción por error grave contra el dictamen está llamada a prosperar?

El disenso: El recurrente afirma que no condenar a la demandada a pagar la totalidad de los dineros adeudados en los contratos y uniones temporales, porque supuestamente incumplió con la obligación de liquidarlos, para poder exigir ese pago, conlleva a una indebida valoración de la prueba porque los declarantes afirmaron que la liquidación efectivamente si se realizó, pero la documentación está en manos del extremo pasivo quien no la aportó y extrañamente se perdió parte de ella, como lo adujo la experta.

Sobre el particular, el Tribunal observa que es cierto que la testigo Libelly Andrea Zuluaga Acosta afirmó que fue designada por la cooperativa demandante para realizar el proceso de revisión y liquidación de los convenios celebrados con la fundación demandada, quien a su vez lo delegó al señor Carlos Mario Villegas; en un trabajo que duró aproximadamente tres (3) meses, revisaron uno a uno los diferentes contratos y convenios y el saldo pendiente por pagar en cabeza de la accionada al finalizar la auditoria, oscilaba en promedio en unos \$290.000.000.00 y que el informe con los soportes legales fue entregado a la fundación demandada; pero, también lo es, que no precisó cuándo y a qué persona entregó dicho informe; si el mismo recaía única y exclusivamente sobre los contratos y convenios objeto del proceso, porque tal como lo afirmó, no conocía los contratos por los que se demandó a la fundación; tampoco estableció el monto al que ascendió la liquidación de cada contrato, ni como se liquidaron, porque según lo afirmó, obedecía a acuerdos entre los representantes legales de las entidades; amén, que para determinar el monto a cancelar se tenía que tener en cuenta la cuantía de los contratos y el valor ejecutado (folios 2 a 5 cuaderno 3, pruebas de la parte demandante).

Por su parte, el testigo Juan Diego Gómez García, quien se desempeña como Gerente de Proyectos y Representante Legal Suplente de la persona jurídica demandante, afirmó que la demandada le debe reintegrar alrededor de \$290.000.000.00; que la liquidación la realizaron con funcionarios de aquella y debe estar en el expediente; que

para ello delegaron por parte de la demandada al señor Carlos Mario Villegas y, por parte de la pretensora, a la señora Andrea Zuluaga; no obstante afirmar que la Cooperativa Fénix entregó a la demandada la liquidación con los respectivos soportes, no precisó cuándo y a quién fueron entregados, ni a qué contratos o convenios correspondían y cuál fue el resultado obtenido de cada uno de los contratos o convenios, pues como viene de indicarse, se limitó a señalar que lo adeudado ascendía aproximadamente a \$290.000.000.00; amén, que es contundente en señalar que los contratos no reposan en la sede de la Cooperativa porque durante su ejecución se entregaban a la interventoría de la contratante y una vez finalizados, tal como lo ordenó el extremo pasivo, para proceder a liquidarlos debían entregar todos los soportes físicos que tenían y, por tanto, allí deben reposar y aparecer registrados en los libros contables, pues dichos documentos fueron entregados en original, verificados y avalados por la interventoría; contablemente esas cuentas se llevan a ingresos de terceros porque la cooperativa administra dineros de terceros y una vez confrontados y legalizados con la demandada, cesaba su responsabilidad de archivo porque aquella es la responsable ante el Estado; que la constancia escrita de todos y cada uno de los soportes de la ejecución de cada contrato debe reposar en el expediente (folios 6 a 10, cuaderno 3, pruebas de la parte demandante).

A lo anterior se suma, que la experta al rendir el dictamen en el acápite denominado "*Metodología*" y con relación a la liquidación de los contratos, fue contundente en afirmar: "*En cuanto a los pagos dejados de realizar no es posible*

dictaminarlos en el momento debido ya que dichos contratos no han sido liquidados” (folio 3 cuaderno 4, prueba conjunta) y, más adelante informa: “La COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO FENIX, no cuenta con una liquidación de los contratos, convenios y uniones temporales celebrados con la FUNDACION UNIVERSITARIA AUTÓNOMA DE LAS AMERICAS” (folio 8 cuaderno 4, prueba conjunta); a lo que se agrega, que la contadora de la Cooperativa Fénix, en comunicación remitida a la auxiliar de la justicia, el 10 de marzo de 2014, consignó: “En contabilidad la cooperativa no tiene información de la liquidación de los convenios, dado que a la fecha no han sido liquidados con la cooperativa, los contratos efectuados con la Universidad fueron liquidados entre la Universidad y la entidad pública en el momento del cierre de los mismos y fue quien recibió los recursos” (folios 34 a 36 cuaderno 4, prueba conjunta).

Como se puede ver, el dicho de los testigos que viene de escrutarse y examinarse no es idóneo por las deficiencias reseñadas y, además, la prueba pericial tampoco brinda elementos de convicción porque a la auxiliar de la justicia no se le suministró los elementos que requería para emitir a cabalidad el concepto técnico requerido.

Pero, dada la importancia y trascendencia de los mencionados contratos y de sus soportes, que la demandante tuvo en su poder, así como de las liquidaciones que los extremos de la relación sustancial realizaron según el dicho de los testigos, no se advierte una razón plausible para que

no hubiera dejado en su poder una copia o soporte de tales documentos.

Así las cosas, al contrario de lo que afirma el recurrente, no aportó prueba idónea, fehaciente y contundente que dé cuenta, que efectivamente los contratos y/o convenios fueron liquidados por los contratantes para determinar el monto que la demandada tiene que pagar a la pretensora, incumpliendo con la carga de la prueba que le impone el art. 177 del C. de Procedimiento Civil, hoy 167 del C. General del Proceso, como acertadamente lo coligó el a quo,

De otra parte, en relación al pago ordenado de las uniones temporales, afirma el sujeto activo que la demandada también debe reconocer la cláusula penal, porque al contrario de lo señalado por el a quo, la prueba documental aportada da cuenta que los contratantes la pactaron; apreciación que constituye una indebida valoración probatoria. Al efecto tenemos que, en los contratos de la conformación de la unión temporal entre la Cooperativa demandante y la Fundación demandada, celebrados el 22 de julio de 2005 y con respecto a las convocatorias Nos. 600001722 y 600001724, no aparece acordada cláusula penal alguna; incluso, llama la atención que el recurso de apelación se hubiera limitado a decir que aparece pactada en los documentos, sin precisar en cuál o cuáles de ellos.

Con todo, se advierte que no obstante que el hecho cuarto de la demanda refiere a la multa pactada en los diferentes convenios, contratos y uniones temporales celebradas entre

las partes; más concretamente, en los literales g) y h) que corresponden a las reseñadas uniones temporales “Autónoma-Fénix” celebradas el 22 de julio de 2005; lo cierto es que no aparece estipulada cláusula penal alguna (folios 125 cuaderno principal); amén, que en la pretensión séptima, expresamente solicita: “*Que ante el incumplimiento de la Fundación convocada se le condene a reconocer y pagar a mi poderdante las cláusulas penales pactadas en todos y cada uno de los contratos, convenios y uniones temporales pactadas*” (folio 131 cuaderno principal); de donde se sigue, como acertadamente lo definió la sentencia cuestionada, no hay lugar al reconocimiento de cláusula penal por el incumplimiento del extremo pasivo en el pago de los saldos en las uniones temporales referenciadas, porque no se probó el acuerdo de las partes en tal sentido.

Con respecto a la objeción del dictamen pericial por error grave, advierte la Sala que la no determinación de la liquidación de los diferentes contratos y convenios por parte de la experta, como lo afirma la parte demandante, pudo obedecer a que la demandada no entregó los libros registrados porque fueron extraviados; pero, también se advierte que la Cooperativa demandante tampoco cumplió con el deber de brindar la colaboración a la auxiliar de la justicia para la obtención del dictamen requerido; al efecto, la experta frente a la contabilidad que lleva el extremo activo, señaló: “*Con respecto a si la contabilidad se lleva conforme a las normas legales, se verificó y existen los libros registrados mayor y balances y caja diario 2002 al 2007. Si se registran todos los asientos contables no tengo la forma*

de verificar tal pregunta, pero considero que lo más importante es concretar que la COOPERATIVA DE TRABAJO FENIX no llevó una contabilidad por centro de costos por cada uno de los contratos celebrados con la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LAS AMÉRICAS, donde se pueda verificar la relación contractual entre ambas partes.

“Los libros auxiliares del año 2002-2005 no los tenían, se reciben en medios magnéticos los libros auxiliares del año 2006 y 2007 en los cuales solo se encuentran cuentas contables como: CUENTAS POR COBRAR Y CUENTAS POR PAGAR a nombre de la UNIVERSIDAD AUTONOMA LAS AMERICAS, pero no se identifica a que corresponde.

“No se encuentran los soportes contables organizados de los contratos celebrados.

“... Dentro de los documentos contables de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO no se encuentran los soportes correspondientes a cada uno de los programas adelantados en ejecución de los contratos, convenios y uniones temporales, la contadora DOLFARY RUIZ OSPINA manifiesta textualmente “Las carpetas con esta información de los convenios y contratos no los tengo en contabilidad, estos se encuentran en los archivos de la Universidad ya la Cooperativa solo operaba los procesos a nombre de la universidad y de allí era donde salían los contratos y era ésta quien recibía los recursos y debía liquidarlos con la entidad pública” (folios 6 a 8 cuaderno 4, prueba conjunta).

En efecto, si a la demandada se le extraviaron los soportes requeridos para rendir el dictamen pericial o se negó a ponerlos a disposiciones de la auxiliar de la justicia; en este caso, pudo cumplir tal cometido con soporte en la contabilidad de la demandante, lo que no fue posible por las irregularidades que presenta y de las que dejó expresa constancia como viene de transcribirse.

De lo anterior se sigue, que la objeción no está llamada a prosperar, porque como viene de indicarse, las partes no le suministraron la información que requería la auxiliar de la justicia para cumplir con tal cometido y, de contera, estaba en imposibilidad para dar respuesta en forma contundente y precisa a las preguntas que le fueron formuladas.

No sobra poner de presente, que tal déficit en el dictamen pericial, es atribuible a las partes como viene de precisarse, y no constituye un error grave, porque éste se presenta cuando el auxiliar de la justicia incurre en yerro en cuanto al objeto examinado, por atribuirle unas calidades o alcances que no le corresponde y que conlleva a unas conclusiones erradas; en el caso planteado en este litigio, lo que en realidad se presentó fue un dictamen incompleto o que no comprendió en su totalidad los puntos objeto de la pericia, problema que se soluciona con la adición o complementación de la experticia, la que no fue posible en este caso, por las razones que vienen de indicarse.

Conclusión: Consecuente con lo expuesto, se confirmará la sentencia de primer grado.

Se condenará a la parte demandante a pagar las costas de segunda instancia a favor de la demandada. Como agencias en derecho causadas en segunda instancia se fijará por el Magistrado ponente la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS DIECISIETE MIL CINCUENTA Y DOS PESOS (\$1.817.052), que equivale a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Acuerdo PSAA16-10554, del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura), que se liquidarán conjuntamente con las de primer grado.

IV. RESOLUCIÓN:

A mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

- 1.** Por lo dicho en la parte motiva, se confirma la sentencia de fecha y procedencia indicada.
- 2.** Se condena a la parte demandante a pagar las costas de segunda instancia a favor de la demandada. Como agencias en derecho causadas en segunda instancia se fija por el Magistrado ponente la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS DIECISIETE MIL CINCUENTA Y DOS PESOS (\$1.817.052), que equivale a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Acuerdo PSAA16-

10554, del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura), que se liquidarán conjuntamente con las de primer grado.

3. Se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

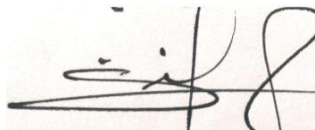
Los Magistrados



LUIS ENRIQUE GIL MARÍN



MARTHA CECILIA LEMA VILLADA



JOSÉ GILDARDO RAMÍREZ GIRALDO