Providencia recopilada por GMH Abogados
Adquiere nuestra suscripción en
www.gmhabogados.com.co/tienda-2
WhatsApp 313-8836491

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

SC3375-2021

Radicación n.° 08001-31-03-004-2012-00016-01

(Aprobado en sesión virtual de veintidós de julio de dos mil veintiuno)

Bogotá D.C., primero (1) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandante frente a la sentencia proferida el 20 de octubre de 2017 y adicionada el día 25 de los mismos mes y año, por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el proceso ordinario que Publinet.com.co Ltda. promovió contra Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.

ANTECEDENTES

1. La accionante solicitó declarar que el 25 de abril de 2000 ajustó con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones «Telecom», a la postre subrogada por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, contrato para la prestación del

servicio de Hosting a la red mundial de internet; que aquella hizo imposible el cumplimiento de la obligación de Publinet de acondicionar sus equipos a los parámetros técnicos y de seguridad necesarios para su funcionamiento y conservación, lo cual configuró un evento de fuerza mayor o caso fortuito para la demandante; y que ante esta contingencia era deber de Colombia Telecomunicaciones suspender la ejecución del pacto, lo que omitió incumpliendo sus débitos.

En consecuencia, deprecó se proclame la terminación de la alianza y se condene a la convocada al pago de $695’507.637 por concepto de daño emergente, así como $80.707’754.583,49 a título de lucro cesante.

2. Tales pretensiones tuvieron como sustento fáctico, en resumen, el siguiente:

2.1. Publinet fue constituida en el año 2000 y su objeto social era, principalmente, elaborar y comercializar publicidad a través de internet, servicio novedoso en tal época que le auguraba un crecimiento exponencial; además creó una página web contentiva de un directorio electrónico nacional, por lo cual se proyectó como buscador de internet, compitiendo con varios de índole internacional como Google y Yahoo, entre otros.

2.2. El 24 de octubre de 2000 contrató con Telecom el servicio de hosting a la red de internet, pacto reemplazado el 25 de abril de 2001 por otro con igual objeto, subrogado a

Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP tras su creación y la liquidación de aquella entidad.

2.3. Como los equipos con los cuales Publinet recibía el servicio de internet debían estar en las instalaciones de Colombia Telecomunicaciones, un especialista de aquella entidad realizaba monitoreo remoto permanente en aras de detectar las fallas presentadas y remediarlas, pero debido a la imposibilidad de solucionar algunas por vía remota, el 25 de febrero de 2004 la demandante remitió comunicación a la accionada solicitando autorización para el ingreso a sus instalaciones en aras de retirar los equipos.

2.4. Con otra misiva de la misma fecha Publinet informó a Colombia Telecomunicaciones la intención de actualizar los equipos de comunicación y el software para internet, al tiempo solicitó la suspensión temporal del servicio del canal dedicado a internet así como la facturación, mientras arribaban los nuevos dispositivos, ante lo cual la convocada guardó silencio, al punto que la promotora debió radicar sendos derechos de petición y posteriormente promover acción de tutela para obtener respuesta, la cual consiguió tras fallo estimatorio de su pretensión constitucional.

2.5. A través de comunicación VGC-BOC041457 de 13 de diciembre de 2004, Colombia Telecomunicaciones respondió que debido a la naturaleza del contrato no era viable suspenderlo, tampoco interrumpir la facturación, además negó la autorización para el retiro de los equipos con los cuales Publinet recibía el servicio de internet hasta tanto

finalizara la relación contractual; lo cual le impidió a esta cumplir el acuerdo al configurarse fuerza mayor o caso fortuito, pues era su obligación acondicionar los equipos conforme a las exigencias técnicas y de seguridad para su adecuado funcionamiento y conservación; e implicó incumplimiento de la accionada pues fue convenido que ante estas circunstancias era forzosa la suspensión del pacto, todo lo cual paralizó a Publinet total y permanentemente, al punto que perdió a sus clientes.

2.6. Con comunicación C040800-0026 de 10 de febrero de 2006 y tras reunión sostenida por las partes, Colombia Telecomunicaciones manifestó a Publinet su disposición para devolverle los equipos, previo aviso de la fecha de retiro, y ratificó que la alianza entre las partes aún no estaba culminada, por lo que continuaría facturando el servicio.

2.7. Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP -de la cual es socio mayoritario Telefónica Internacional SAU- se fusionó con Telefónica Empresas Colombia S.A.

3. Una vez vinculada al pleito, la enjuiciada se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones meritorias que denominó «*no procedía la suspensión del contrato*», «*no hay obligación incumplida por parte de Colombia Telecomunicaciones*», «*no hay relación de causalidad entre la conducta de Colombia Telecomunicaciones y los perjuicios cuyo pago se demanda*», «*los perjuicios cuya declaración se pretende no son indemnizables, y mucho menos se produjeron*

en la cuantía a que se hace referencia en la demanda» y «*caducidad de la acción.*»

4. El Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla, una vez agotadas las fases del juicio, con sentencia de 10 de octubre de 2016 declaró infundadas las excepciones meritorias, proclamó civilmente responsable a Colombia Telecomunicaciones de incumplir el contrato de hosting, la condenó a pagarle a Publinet perjuicios en cuantía de $2’415.000 por daño emergente, $56.495’428.208 por la pérdida de oportunidad y desestimó la objeción por error grave formulada por la encausada frente a la experticia practicada en el trámite.

Para llegar a tales conclusiones señaló que Colombia Telecomunicaciones incumplió el convenio descrito en la demanda, en tanto no permitió el ingreso a sus instalaciones a los dependientes de Publinet para acondicionar los equipos de cómputo de esta de modo que pudieran funcionar adecuadamente, a lo que se obligó en el numeral 1° de la cláusula 2ª del pacto, negativa que ocasionó a la demandante daños representados en la cancelación de los contratos celebrados con sus clientes, así como el deterioro de los aludidos equipos por el paso del tiempo.

Además, la omisión de la promotora en el pago de la factura correspondiente al servicio de hosting prestado por la convocada no justifica el incumplimiento de esta, porque no acordaron derecho de retención por mora conforme al inciso 2° del canon 2417 del Código Civil.

Por ende, a título de daño emergente resarció el valor de los equipos de cómputo incluido su montaje, negó el del software desarrollado por la accionante e instalado en aquellos bienes porque el perito que lo justipreció carecía de conocimientos informáticos y por cuanto lo incluyó en el cálculo del lucro cesante, de donde tenerlo en cuenta por aquel concepto implicaría doble reconocimiento; también desestimó el lucro cesante por tratarse de una expectativa para Publinet, que podría haberse truncado por diversos factores; pero reconoció como perjuicio para la demandante la pérdida de la oportunidad de realizar su actividad económica durante el lapso de existencia previsto en sus estatutos, representado en la totalidad de los contratos que pudo haber celebrado y ejecutado para sus clientes, tasándolo, aplicando un criterio de equidad, en el 70% de lo pretendido en la demanda en concordancia con las experticias practicadas, que dan cuenta de la posibilidad de obtener esas ganancias.

5. Al resolver la apelación interpuesta por la demandada, el superior revocó en su totalidad la decisión para exonerarla de responsabilidad.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El juzgador *ad-quem*, en lo medular, refirió que la pretensión de responsabilidad contractual requiere la comprobación de la relación, el cumplimiento del demandante respecto de las obligaciones que asumió o su

disposición para hacerlo, el desacato de su contraparte, el daño padecido por la primera y que guarde relación de causalidad con aquella infracción.

Seguidamente señaló que el primer requisito fue probado con los documentos anexos a la demanda, mientras que el segundo quedó desvirtuado a través de la excepción de contrato no cumplido, por cuanto Publinet previamente incurrió en mora en el pago del servicio de hosting de los meses de diciembre de 2003 y enero de 2004, cuya factura venció el 25 de febrero de 2004, y a pesar de que regularmente le era permitido pagar con tardanza, no acreditó que Telecom suspendiera el servicio de hosting y lo restableciera cuando recibía el pago para tener por purgada tal mora.

Además, las comunicaciones remitidas por Publinet el 26 de febrero de 2004, en las que solicitó el retiro de sus equipos y la suspensión del contrato, tampoco justifican su incumplimiento, máxime si acordaron que Telecom no respondería por causas ajenas, siendo forzoso el pago por Publinet del servicio de hosting aun cuando no lo usara, lo que ratificó la convocada al negar la suspensión del contrato.

De otro lado, agregó el tribunal, tampoco se configuró la fuerza mayor o el caso fortuito alegado en el libelo, derivado de la imposibilidad de Publinet de retirar necesariamente sus equipos de las instalaciones de Telecom, pues fue la demandante quien, de forma unilateral, suspendió la ejecución de la alianza y no demostró que la

accionada respondiera afirmativamente a sus solicitudes o viabilizara la entrega pedida, lo que si bien es cierto debió autorizar así como el ingreso a sus instalaciones de los dependientes de su contraparte -en desarrollo de la buena fe contractual y porque todo acuerdo obliga a cumplir los demás compromisos derivados de su naturaleza-, tal omisión no alcanza a constituir hecho imprevisible o irresistible, ya que el mantenimiento de los equipos de Publinet era de su resorte y, por ende, debió prever la imposibilidad de acceder a sus máquinas o que estas fallaran.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

La promotora radicó la sustentación del mecanismo de defensa extraordinario proponiendo cinco reproches, en los que endilgó a su juzgador la violación del ordenamiento sustancial, cuatro de ellos por la vía indirecta, el primero aduciendo yerro de derecho y los tres restantes errores de hecho, y un cargo por la senda recta.

Como el precepto 344-1 del Código General del Proceso repele el estudio de la plataforma fáctica del litigio cuando se aduce la violación directa de la ley sustancial (causal 1ª de casación), es forzoso iniciar el análisis de los embates que enrostran al fallo de instancia falencias de derecho y de hecho en la valoración probatoria (causal 2ª), por ser indispensable establecer lo ocurrido entre las partes antes de la posible trasgresión directa del ordenamiento sustancial.

Y como quiera que producto de tal estudio sistemático la Sala declarara impróspero el primer cargo pero fértil el segundo, lo cual quiebra la sentencia del tribunal, será innecesario el estudio de los siguientes reproches (3°, 4° y 5°), habida cuenta que tenían igual propósito.

CARGO PRIMERO

1. Al amparo de la segunda causal del artículo 336 del Código General del Proceso, adujo que el fallo atacado vulneró por vía indirecta los artículos 1495, 1546, 1602 a 1603, 1608 a 1610 del Código Civil, 864 y 871 del Código de Comercio y 167 del estatuto adjetivo citado, debido a un error de derecho en la valoración probatoria.

2. En desarrollo del reproche la entidad recurrente anotó que el Tribunal le exigió prueba de una negación indefinida, al considerar ausente de demostración la suspensión del servicio de hosting por Telecom y su posterior restablecimiento, para tener por purgada su mora en el pago, no obstante que el canon 167 del Código General del Proceso, equivalente al anterior canon 177 del Código de Procedimiento Civil, regula que las afirmaciones y negaciones indefinidas no requieren de prueba.

Añadió que como ese fallador coligió que los pagos tardíos que realizaba Publinet eran tolerados por Colombia Telecomunicaciones así como que esta empresa incumplió el acuerdo de voluntades al abstenerse de entregar los equipos a aquella, de haber aplicado el precepto procesal referido, que

exime de probar la negación indefinida, habría colegido que la mora atribuida a la demandante sí estaba perdonada, por ende, el único incumplimiento contractual correspondía a la enjuiciada y la excepción de contrato no cumplido era infructuosa.

Entonces, la pretensión era próspera y la decisión en sentido contrario generó la conculcación del ordenamiento sustancial relativo al carácter vinculante de una convención (art. 1602 C.C.), al incumplimiento y la terminación del acuerdo de voluntades (art. 1546 C.C.), la regulación de la excepción de contrato no cumplido (arts. 1608 y 1609 *idem*), a la buena fe (art. 1603) y el derecho al reconocimiento de perjuicios (art. 1610 *ejusdem*).

CONSIDERACIONES

1. Es pertinente indicar que por entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso, a partir del 1° de enero de 2016, al *sub judice* resulta aplicable ya que consagró, en los artículos 624 y 625 numeral 5°, que los recursos, entre otras actuaciones, deberán surtirse bajo «*las leyes vigentes cuando se interpusieron*», tal cual sucede con el que ahora ocupa la atención de la Sala, en razón a que fue radicado con posterioridad a la fecha citada.

2. Para abordar el estudio del reproche casacional conviene recordar que, el juez puede quebrantar la ley sustancial de forma indirecta, cometiendo: I) errores de

hecho, que aluden a la ponderación objetiva de las pruebas, o; II) de derecho, cuando de su validez jurídica se trata.

El yerro de derecho, invocado en el reproche bajo estudio, se configura en el escenario de la diagnosis jurídica de los elementos de prueba, al ser desconocidas las reglas sobre su aducción e incorporación, mérito demostrativo asignado por el legislador, contradicción de la prueba o valoración del acervo probatorio en conjunto. La Corte enseñó que se incurre en esta falencia si el juzgador:

> *Aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando, viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando, requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere* (CXLVII, página 61, citada en CSJ SC de 13 abr. 2005, rad. 1998-0056-02; CSJ SC de 24 nov. 2008, rad. 1998-00529-01; CSJ SC de 15 dic. 2009, rad. 1999-01651-01, entre otras).

El inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso, reproductor del canon 177 del Código de Procedimiento Civil, regula que «*[l]os hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren de prueba*», lo cual tiene razón de ser en la imposibilidad de acreditar un hecho inexistente de carácter indefinido, *verbi gratia*, la falta de pago de una deuda o la omisión en el desplazamiento a una determinada locación.

El efecto probatorio de las afirmaciones o negaciones indefinidas es el traslado de la carga de la prueba a su contendiente procesal, en tanto a este, para desvirtuar la indefinición, le basta con probar el hecho contrario: que sí hubo pago o el viaje negado.

Entonces, la inversión de la carga de la prueba no opera con simplemente negar la ocurrencia de un hecho, pues casos hay en los que su definición permite demostrar la negativa, como sucede, por vía de ejemplo, con la paternidad impugnada, en razón a que al supuesto padre le bastara, para acreditar no ser el progenitor del demandado que se encuentra provisto de la filiación, con una prueba de ADN o con dejar ver su imposibilidad reproductora para la época de la concepción, entre otras circunstancias.

Nótese como, a pesar de tratarse de una negación del impugnante, sí posee las herramientas procesales que le permitan acreditarla.

Por ende, la negación o afirmación indefinidas son aquellas que no son susceptibles de demostración a través de ningún medio de convicción, pues implican cargas procesales imposibles de acatar, de allí que estén eximidas de prueba.

Así lo tiene sentado la Corte al señalar:

> *En cuanto al alcance de las negaciones de las partes, en sus escritos y declaraciones en el curso del proceso, la sola atestación de falta de ocurrencia de una determinada situación, no implica*

> *que se configuren los efectos del inciso segundo del artículo 177 del estatuto procesal civil.*
>
> *Los mismos dependen de la imposibilidad práctica de acreditar ciertas circunstancias que son indefinidas en el tiempo y no se contraponen a afirmaciones previas que se pretenden desvirtuar.*
>
> *Así las cosas, no es suficiente con que se diga que algo dejó de pasar para que se releve al interesado de las cargas que le imponen las normas adjetivas…* (CSJ SC9072 de 2014, 11 jul., rad. 2007-00601).

3. En este orden, bien pronto se descubre que el error de derecho endilgado al *ad-quem* no ocurrió, porque al considerar que la empresa demandante no acreditó que Colombia Telecomunicaciones le hubiera suspendido el servicio de hosting y posteriormente lo haya reconectado, exigió la prueba de afirmaciones definidas: la suspensión y la reconexión.

Aunque el tribunal afirmó que para purgar la mora de Publinet, consistente en el pago tardío de las facturas emitidas por Colombia Telecomunicaciones, era necesario demostrar que esta suspendió el servicio de hosting y posteriormente lo reconectó -exigencia reprochada en el siguiente cargo y que por consiguiente allá será analizada-, tal requerimiento no revela el yerro de derecho alegado en el cargo, de donde el embate casacional deviene impróspero.

En otros términos, el fallo instó a la reclamante la prueba de hechos definidos (el corte del servicio y su reconexión), lo que muestra inaplicable al *sub judice* el inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso, que, por contera, no fue conculcado.

Muestra de esto es, precisamente, que en el siguiente cargo la recurrente pretende dejar en evidencia la equivocación del juzgador de segunda instancia, porque en el plenario sí obra prueba acerca de que no fue suspendido el servicio, que fue lo extrañado por ese funcionario judicial.

SEGUNDO CARGO

1. De nuevo prevalida de la segunda causal de casación, la accionante imputa al fallo de segunda instancia la trasgresión del ordenamiento sustancial por vía indirecta, específicamente los cánones 1495, 1546, 1602 a 1603, 1608 a 1610 del Código Civil, 864 y 871 del Código de Comercio, debido a errores de hecho en la estimación de los elementos de convicción.

2. Funda el reclamo en que el juzgador colegiado concluyó que la ausencia de prueba acerca de la falta de suspensión del servicio de hosting por la mora en el pago de Publinet, implicó la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido.

Sin embargo, en el plenario sí obran medios probatorios, pretermitidos en el fallo, reveladores de que el servicio de hosting prestado por Colombia Telecomunicaciones continuó a pesar de los retardos de Publinet en el pago de la facturación:

2.1. En primer lugar, la solicitud de suspensión radicada por Publinet el 25 de febrero de 2004 ante Colombia Telecomunicaciones denota que persistía la prestación.

2.2. La comunicación VGC-BOC 038048 de 7 de junio de 2004, con la cual Colombia Telecomunicaciones negó a Publinet la suspensión temporal del servicio, la cual deja al descubierto, de forma tácita, que estaba siendo suministrado a pesar de la mora de la demandante en el pago de la facturación, y de manera expresa, por la propia negativa.

2.3. La misiva VGC-BOC 041457 de 13 de diciembre de 2004, con la cual la accionada desestimó la petición de suspensión del servicio elevada por su contendiente, igualmente muestra la continuación aludida.

2.4. La confesión que hizo Colombia Telecomunicaciones en el interrogatorio de parte que absolvió, a través de su representante legal, pues corroboró la ausencia de interrupción en la prestación del servicio de hosting.

2.5. El escrito de tutela radicado por Publinet, en el cual deprecó la aludida suspensión desde el 25 de febrero de 2004, correspondiente a la factura de los meses de diciembre de 2003 y enero de 2004.

2.6. Cinco facturas emitidas por Colombia Telecomunicaciones a Publinet, la primera correspondiente al servicio de hosting prestado en septiembre de 2001 con

fecha de pago 6 de noviembre de 2001 pero saldada el 3 de diciembre siguiente; la segunda del mes de octubre de 2001, con fecha de pago para el 28 de noviembre siguiente, solventada el 21 de diciembre; la tercera de diciembre de 2001 para ser satisfecha el 25 de enero de 2001, aunque pagada el 12 de abril siguiente; la cuarta del mes de marzo de 2002 con pago programado para el 26 de abril, realmente realizado el 4 de julio de 2002; y la última correspondiente a los meses de septiembre a noviembre de 2003 con fecha para pago 23 de enero de 2004 y abonada ese mismo día.

Tales documentos son muestra inequívoca de que la encausada cobraba el servicio prestado en cada mes a pesar de la falta de pago de los periodos anteriores, así como que nunca cercenó el servicio de hosting.

3. Así las cosas, culminó la promotora, existe en el expediente suficiente acervo probatorio que daba cuenta de la continuidad en la prestación del servicio de hosting por la demandada, a pesar de la tardanza en el pago de cada factura por parte de Publinet, lo cual bastaba para declarar infundada la excepción de contrato no cumplido en razón a que la mora en el pago facturado era consentida, pero como así no se falló, se conculcó el ordenamiento sustancial en la forma señalada en el cargo inmediatamente anterior.

CONSIDERACIONES

1. El error fáctico, al que acude el cargo bajo estudio, ocurre cuando el fallador se equivoca al apreciar

materialmente los medios de convicción, ya sea porque supone el que no existe, pretermite el que sí está o tergiversa el que acertadamente encontró, modalidad ésta que equivale a imaginar u omitir parcialmente el elemento probatorio porque la distorsión que comete el Juzgador implica agregarle algo de lo que carece o restarle lo que sí expresa, alterando su contenido de forma significativa.

La Sala tiene doctrinado sobre esto que:

> *Los errores de hecho probatorios se relacionan con la constatación material de los medios de convicción en el expediente o con la fijación de su contenido objetivo. Se configuran, en palabras de la Corte, '(…) a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente; b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad sí existe en los autos; y, c) cuando se valora la prueba que sí existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o por cercenamiento (...)'* (CSJ, SC9680 24 jul. 2015, rad. 2004-00469-01).

2. Pues bien, los reproches bajo estudio tienen vocación de prosperidad, en razón a que ocurrieron los yerros protuberantes en ellos denunciados.

En efecto, el tribunal coligió que Colombia Telecomunicaciones no permitió el ingreso a sus instalaciones de los dependientes de Publinet, con el propósito de acondicionar los equipos de cómputo utilizados para recibir el servicio, tras presentar problemas técnicos, además, tampoco permitió su retiro para dar solución a las aludidas fallas.

Esa obligación, agregó el *ad-quem*, era connatural al convenio ajustado, aun cuando no estuviera señalada, pues se desprendía de la naturaleza del pacto y debía ejecutarse en desarrollo del principio de buena fe contractual consagrado en el canon 1603 del Código Civil.

No obstante el desacato de la demandada, añadió el fallo, la declaratoria de responsabilidad contractual deprecada por Publinet devenía impróspera, porque esta primeramente transgredió el acuerdo de voluntades al omitir el pago de los servicios correspondientes a los meses de diciembre de 2003 y enero de 2004 en la fecha facturada, esto es, el 24 de febrero de 2004, máxime cuando esta tardanza no fue perdonada ya que si bien era habitual, la promotora no acreditó que Colombia Telecomunicaciones suspendiera el servicio y lo reconectara una vez recibido el pago.

Si ello es así, como en efecto lo es, pronto se muestran evidentes los errores de hecho alegados en el cargo bajo estudio, en razón a que el funcionario judicial de última instancia, a través de un juego de palabras y con el propósito de analizar si la referida tardanza era perdonada por el prestador del servicio de hosting, exigió la prueba de que el servicio continuó.

Por supuesto que esto es lo que traduce la consideración de la sentencia según la cual era de rigor probar la suspensión del servicio y su posterior reconexión.

Y en el plenario obran elementos de juicio que demuestran la ausencia de dicha suspensión y, por ende, la continuación del servicio de hosting, lo cual bastaba para tener por avalada la renuncia a los efectos del retardo de Publinet en el pago o, en otros términos, perdonada la mora de esta por Colombia Telecomunicaciones.

2.1. En primer lugar, obra copia de la comunicación VGC-BOC 038048 de 7 de junio de 2004, a través de la cual Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP contestó de forma negativa a Publinet la solicitud de suspensión temporal de servicios corporativos, en tanto le indicó que «*[e]n atención al asunto en referencia, nos permitimos informarle que no es posible realizar la suspensión temporal de su servicio del canal dedicado de internet…*»[1]

De tal pieza ninguna duda queda acerca de que, para el mes de junio de 2004, la demandada no había suspendido el servicio contratado con Publinet, según se desprende de las propias manifestaciones de aquella contenidas en la comunicación aludida, pretermitida por el tribunal al analizar la excepción de contrato no cumplido, aunque sí la valoró cuando argumentó que no se configuró la fuerza mayor o el caso fortuito alegados en el libelo.

2.2. En segundo lugar, está la misiva VGC-BOC 041457 de 13 de diciembre de 2014, enviada por Colombia Telecomunicaciones, como prestador del servicio de hosting,

[1] Folio 168, cuaderno 1.

a Publinet, en su condición de cliente, por medio de la que, nuevamente, desestimó la suspensión del contrato deprecada por la accionante, pues señaló:

> «*De conformidad con el fallo de tutela del Juez Noveno Civil del Circuito de Barranquilla, en donde tuteló el Derecho Fundamental de Petición de la Empresa Publinet.com.co contra Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, a continuación me refiero a sus solicitudes de (sic) recibidas en febrero 26 de 2004 (2 memoriales), mayo 18 de 2004, y agosto 31 de 2004. En estas comunicaciones solicita usted:*
> - *Autorización para retirar unos equipos de su propiedad que se encuentran en instalaciones de la Empresa en Barranquilla.*
> - *Suspender el servicio de canal dedicado.*
> - *Hacer un corte final en la facturación del canal dedicado.*
>
> *En relación con la suspensión temporal de los servicios de canal dedicado de Internet y el no cobro de las facturas emitidas desde el mes de febrero de 2004, le informamos lo siguiente:*
> 1. *Debido a la naturaleza del contrato, no es viable efectuar suspensión alguna, y por tanto no se puede dejar de facturar.*
> 2. *No se accede al retiro de los equipos hasta que se termine el correspondiente contrato.*
>
> *Agradecemos su preferencia al utilizar nuestros servicios y pedimos disculpas por la demora en la solución a su requerimiento, toda vez que nos encontramos en un proceso de transformación que implica muchos cambios.*» (Folio 2361, cuaderno 9).

Como se desprende del tenor literal de la prueba documental transcrita, preterida por el *ad-quem*, para finales del año 2004 el servicio de hosting venía prestándose por la convocada sin solución de continuidad.

2.3. En tercer lugar se tiene la manifestación, omitida en la sentencia cuestionada, que a través de su representante legal en el interrogatorio de parte que absolvió, realizó Colombia Telecomunicaciones, con fuerza de confesión conforme al artículo 195 del Código de Procedimiento Civil vigente para la época, equivalente al 191 del Código General

del Proceso, pues al preguntársele «*si en el lapso, o el tiempo en que ocurrió el contrato entre la sociedad que usted representa y la sociedad demandante se presentó una interrupción o suspensión de ese contrato, aun sin haber terminado el mismo*», contestó que «*no que sea de mi conocimiento una suspensión de los servicios a la mora en el pago*» (folio 334, cuaderno 2).

3. En suma, las anteriores atestaciones dejaron al descubierto los errores protuberantes del juzgador colegiado, en tanto exigió a la promotora la prueba de que Colombia Telecomunicaciones suspendió el servicio de hosting y después lo reconectó, es decir que continuó suministrándolo, no obstante que esta persistencia aparecía plenamente demostrada con las manifestaciones del prestador del servicio enjuiciado y al margen del restante acervo probatorio proveniente del extremo accionante, el que, de cualquier manera, guarda concordancia con aquel.

Además, aun cuando en el contrato de hosting fue previsto que la mora en el pago de una factura era suficiente para suspender el servicio, el desarrollo contractual histórico revela que Publinet constantemente pagó con retardo, lo cual consintió Colombia Telecomunicaciones en tanto nunca hizo uso de la facultad de terminar el pacto, generando confianza legítima para aquella acerca de que seguiría ejecutando el negocio y, por ende, cumpliría sus obligaciones a pesar de la mora reiterada.

Y aunque en el proveído criticado consideró el tribunal, al analizar la justificación de Publinet por su mora en el pago del servicio y la fuerza mayor o caso fortuito alegada en la demanda, que la convocada negó la suspensión del contrato -lo cual evidenciaría la continuidad requerida- lo cierto es que con anterioridad, al auscultar la excepción de contrato no cumplido, de forma contradictoria había colegido la ausencia de tal prueba. Todo un contrasentido forjado en un juego de palabras.

4. En adición, los yerros del fallo atacado resultaron trascendentales, en razón a que dieron lugar a la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido y, por ende, a la desestimación de las pretensiones de Publinet, no obstante que su mora en el pago del servicio de hosting estaba perdonada por Colombia Telecomunicaciones.

En otros términos, los pilares de la sentencia de segunda instancia quedaron derruidos, porque al superar sus yerros fácticos se llegaría a la conclusión de que Publinet acató el contrato de hosting que signó con Colombia Telecomunicaciones, y porque esa misma sede judicial señaló que ese pacto estaba demostrado, así como que la demandada lo incumplió -al omitir responder afirmativamente a las solicitudes de entrega de los equipos de cómputo o de acceso físico a los mismos en desarrollo de la buena fe contractual y porque todo acuerdo obliga a cumplir compromisos naturales, es decir, las cláusulas que aun cuando no estén expresamente consagradas se consideran inherentes al pacto-.

5. Total es que los errores de hecho señalados en el cargo ocurrieron, generándose la vulneración del ordenamiento sustancial, por lo que el cargo prospera, lo cual implica el quiebre de la sentencia del tribunal. De allí que, en sede de instancia, debe la Corte proferir la que deba reemplazarla.

Y como quiera que los restantes reproches planteados por la recurrente asimismo tenían el propósito de derruir el fallo de segunda instancia, al haberlo logrado el segundo embate no es necesario el estudio de los restantes.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. El juzgado de primera instancia, para acceder a las pretensiones del libelo en la forma descrita en esta providencia, señaló que la demandada incumplió el convenio de hosting porque no permitió el ingreso a sus instalaciones a los dependientes de Publinet, para acondicionar sus equipos de cómputo de manera tal que pudieran funcionar, a lo que se obligó en el numeral 1° de la cláusula 2ª del pacto; negativa que ocasionó a la demandante daños representados en la cancelación de los contratos que había celebrado con sus clientes, así como el deterioro de los aludidos equipos por el paso del tiempo.

Además, la omisión de la promotora en el pago de la factura correspondiente al servicio de hosting prestado por la convocada no justifica el incumplimiento de esta, porque no

acordaron derecho de retención ante la mora, en concordancia con el inciso 2° del canon 2417 del Código Civil.

2. Únicamente la enjuiciada apeló la sentencia de primer grado señalando, en resumen, como reparos concretos, que a la postre desarrolló: I) que los perjuicios reconocidos por el juzgador *a-quo* a título de pérdida de oportunidad no fueron pedidos en la demanda, por lo que fue vulnerado el principio de incongruencia; II) que tal daño tampoco fue acreditado, máxime cuando Publinet carecía de contabilidad como lo reconoció en el trámite; III) que el supuesto detrimento no se deriva de la omisión en la prestación del servicio contratado; y IV) que de cualquier manera la demandante incumplió su deber de mitigación.

Agregó que acató la alianza pues la obligación consagrada en el numeral 1° de la cláusula 2ª del contrato de hosting recaía en el cliente y no en la prestadora del servicio, como erradamente lo adujo el juzgador de primera instancia; y que debió prosperar la excepción de contrato no cumplido por estar acreditados sus fundamentos de hecho.

3. Encuentra la Sala que, por mandato del inciso 2° del numeral 3° del canon 322 del Código General del Proceso, la decisión de segunda instancia debe circunscribirse a los reparos planteados en la alzada, como regla de principio.

Empero, previamente a resolverlos, son convenientes los siguientes razonamientos alrededor del contrato de

hosting, con el fin de remarcar su carácter bilateral, amén de su importancia para desatar el tema en litigio.

3.1. Tienen como base común en los sistemas jurídicos actuales, fruto del reconocimiento de la autonomía y la libertad individual, que los contratantes pueden celebrar cualquier negocio jurídico, aunque éste carezca de reconocimiento expreso por parte del legislador, sin límites diferentes que los emanados del orden público, la buena fe, la moral social y las buenas costumbres. En consecuencia, en desarrollo de la cuarta revolución industrial, en la cual se acelera el intercambio de servicios en el contexto social, las partes están en libertad de celebrar cualquier tipo de contrato que decidan, siempre y cuando esté limitado por los valores antes mencionados.

Aun cuando en el derecho romano los únicos contratos admisibles eran los «*nominados*», esto es, los especificados como tales por el codificador, lo cierto es que «*bajo la influencia de los jurisconsultos*», «*por el Derecho petroriano*» y «*por las Constituciones imperiales*» se reconoció «*fuerza obligatoria a otras convenciones*»[2]; de allí que «*[e]n las fuentes de la época post-clásica y justineanea [apareciera] la categoría de los contratos innominados, en los que las partes acuerdan prestaciones recíprocas, pero que no hacen surgir la obligación de cumplir para una parte hasta que la otra no cumpla. No es*

[2] Eugéne Petit, *Tratado elemental de derecho romano*. 23ª ed, México, Ed. Porrúa, 2007, p. 323.

tanto el acuerdo como la ejecución de lo convenido por uno de los contratantes lo que autoriza a exigir a otro»[3].

Esta apertura se subrayó una vez asentida la idea de que la voluntad tiene poder normativo, originalmente basada en ideas morales propias del respeto a la palabra empeñada, después afianzadas por consideraciones filosóficas provenientes del racionalismo y las necesidades prácticas del tráfico económico; se ampliaron de esta forma el número de contratos «*atípicos, esto es,… los que carecen 'de una regulación legal específica'. Tales contratos atípicos pueden ser: a) puros o sui generis, cuando sus cláusulas no se corresponden con las de los contratos típicos (p. ej., franchising, factoring, sponsoring); y b) complejos, cuando toman algunas cláusulas propias de contratos típicos*»[4].

La Corte, refiriéndose a este fenómeno, manifestó:

> *Bajo nuestro régimen jurídico, la ley reglamenta ciertos tipos de contratos,* ***lo cual no impide al tráfico moverse dentro de especies de convenciones distintas que satisfagan necesidades presentes no previstas por el legislador, debido a que él, que obtiene sus materiales del pasado, se halla a menudo en retardo respecto de los hechos económicos****.*
>
> *Las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contrato, se aprecian por analogía del tipo contractual afín al punto de vista jurídico pertinente, o por los principios generales del derecho de las obligaciones y contratos, y, a título complementario, por el arbitrio judicial. Bien entendido que éstos criterios no han de violentar la voluntad libremente configurada de las partes dentro de los amplios límites a ella trazados por el legislador.*

---

[3] Luis Diez-Picazo y Antonio Aguillón, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, 5ª Ed., Madrid, Ed. Tecnos S.A., 1988, p. 30.
[4] Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana, *Contratos atípicos*. En Atilio Aníbal Alterini *et. al*, *Contratación contemporánea, teoría general y principios*, Tomo I, Perú y Bogotá, Ed. Palestra y Temis, 2000, p. 353.

> *Procede observar que no pueden aplicarse en absoluto y sin excepción las reglas establecidas para un tipo determinado de contrato, cuando el que se celebró, no obstante corresponder en lo general a ese tipo, exija un trato divergente, debido a su fin especial, articulado en la convención misma* (negrilla fuera de texto, SC18476, 15 nov. 2017, rad. n.° 1998-00181-02, reitera SC, 31 may. 1938. G.J., t. XLVI, p. 670 y 671).

3.2. Ciertamente la atipicidad contractual hizo su aparición en todos los campos económicos, aunque tuvo mayor fuerza en aquellas materias que, por su novedad, están ayunas de tratamiento dentro de los códigos decimonónicos.

Por lo tanto, los cambios propios de la modernidad, el despegue de la inteligencia artificial y las exigencias de las nacientes actividades económicas desvelaron nuevos desafíos contractuales que las regulaciones actuales de los contratos, como lo señala Arce Gargollo**,** no pueden resolver satisfactoriamente, teniendo en cuenta que los sistemas de producción y comercialización del siglo antepasado, de operaciones y negocios aislados, no están aptos para una economía en tiempos modernos que requiere contratos para producciones en masa[5].

Lo anterior se tradujo en que «*el orden y la programación contractual que ideó el legislador… [haya] sido sustituida por los nuevos modelos surgidos de la costumbre, la legislación*

[5] Javier Arce Gargollo, *Contratos mercantiles atípicos,* 14ª ed., México, Porrúa, 2010, p. 138.

especial y la voluntad de los particulares, que se han convertido en la vanguardia innovativa»[6].

3.3. Necesidad acusada por la progresiva transición hacia la *sociedad de la información* y digital, esto en razón de los múltiples cambios originados por «*los flujos de información, las comunicaciones y los mecanismos de coordinación…[;] proceso que se traduce en la aparición progresiva de nuevas formas de organización social y productiva*»[7].

Y es que, «*la inmediatez y masificación del uso de las plataformas digitales ha impactado en gran medida a los Estados, a las organizaciones y a las personas sin distingos; a toda clase de relaciones: jurídicas, familiares, mercantiles, económicas, políticas, personales, sociales, religiosas y éticas*» (SC5238, 23 en. 2019, rad. n.° 2011-00088-02).

Esta transformación representó y representa «*un desafío novedoso*» para el derecho, «*pues el volumen de información que comenzó a producirse y circular, mostró la insuficiencia de los instrumentos hasta entonces consagrados*» (CSJ, SC3179, 28 jul. 2021, rad. n.° 2008-00601-01), incluyendo los tipos contractuales reconocidos en el Código Civil y el Código de Comercio.

---

[6] Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p. 18 y 19.
[7] Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), *Los caminos hacia una sociedad de la información en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, 2003, p. 9.

De allí que se gestara una nueva categoría contractual, conocida como contratación informática, la cual tiene como fin la prestación de servicios informáticos, entendiendo como estos «*… los elementos materiales que componen el hardware, su unidad de procesamiento, los periféricos, y todos los otros equipos que componen el soporte físico del elemento informático, así como los bienes inmateriales, que proporcionan las órdenes, los datos, los procedimientos y las instrucciones en el tratamiento automático de información, cuyo conjunto constituye el soporte lógico del elemento informático*»[8].

Estos nuevos bienes y servicios negóciales, resultantes de los avances tecnológicos, fueron ideados y diseñados para ambientes inmateriales y con alta mutabilidad, distantes del contexto al que recurrió la contratación tradicional, razón para acudir a *formas* convencionales novedosas que faciliten su creación, disposición y explotación.

Por eso, a los clásicos negocios de tradición o administración, se unieron los modernos de leasing y renting sobre equipos de procesamiento automático de datos y programas de computación; además aparecieron negocios altamente especializados, en respuesta a los servicios informáticos de apoyo como las licencias de uso, mantenimiento de sistemas, desarrollo de software, intercambio electrónico de datos, auditoría de seguridad

[8] Claudia R. Brizzio, *Contratos Informáticos y Contratos por Medios Informáticos*. En Atilio Aníbal Alterini y otros, *Contratación Contemporánea*, Tomo II, Perú - Bogotá, Ed. Palestra - Temis, 2001, p. 82.

informática, suministro de firmas electrónicas, digital y depósito de fuentes, entre otros.

3.4. Además, la progresiva expansión de la red mundial de computadoras y, de forma paralela, del comercio electrónico, impulsó una nueva oleada de negocios atípicos y focalizados, como el acceso a internet, registro de nombres de dominio, concepción de sitios web, alojamiento web, publicidad en línea, prestación de correo electrónico, transferencia de nombre de dominio, y otra incalculable cantidad de instrumentos.

Esto debido a que la red mundial de comunicaciones permitió el intercambio universal de datos entre los equipos de computación, lo que concitó nuevas interacciones que repercutieron en todos los ámbitos de la sociedad, con necesidades regulatorias particulares.

De forma especial se desarrollaron estructuras contractuales alrededor de la información web, esto es, el sistema de documentos conectados en internet y en el que puede buscarse en línea información sobre un tema en particular (SC5238, 23 en. 2019, rad. n.° 2011-00088-02[9]). Por ende, «*Una página Web es un documento electrónico de hipertexto… que para ser visualizado requiere un navegador… [U]n sitio web es un conjunto de páginas Web que forman parte de un dominio o subdominio, y que están interconectadas mediante enlaces. Un sitio Web tendrá, casi siempre, un único*

[9] *Cambridge Advanced Learner´s Dictionary*. Third Edition. Cambridge: University Press, 2008, 2002, p. 1646 (traducción propia).

responsable que puede ser tanto persona física como jurídica»[10].

Puede citarse, como prototipos de estas convenciones, el alojamiento web, servicios de internet, registro a nombres de dominio, acceso conmutado, concepción de un sitio web, licencias de sello seguro, comercialización de bases de datos, servicios de página de internet, transferencia de nombre de dominio, etc.[11]

Negocios jurídicos que, por su génesis, se caracterizan por ser atípicos, mixtos y por combinar contenidos propios de distintos contratos típicos[12]; con independencia de que «*se les rotule con el nombre de algún típico*»[13].

3.5. Para comprender la importancia y finalidad del contrato de hosting conviene tener en cuenta que la adquisición, mantenimiento y conexión de servidores a la internet supone grandes erogaciones, las cuales son excesivas para los usuarios que no se dedican a explotar económicamente esta actividad; por este motivo, personas especializadas encontraron una oportunidad de negocio al ofrecer a terceros la disponibilidad de espacio en sus servidores, con la finalidad de que alojen información que estará disponible en línea, a cambio de una remuneración.

---

[10] José Luis González San Juan, *Enlaces en la web y derechos de autor y conexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 45 y 46.
[11] Cfr. Audilio González Aguilar, Carlos Ferreyros Soto y Valentín Carrascosa López, *Los contratos en la Sociedad de la Información. Formularios de Contratos Informáticos e Internet*, Editorial Comares, Granada, 2004.
[12] Carlos Vattier Fuenzalida, *En torno a los Contratos Electrónicos*. En Atilio Aníbal Alterini y otros, *Contratación Contemporánea*, Tomo II, Perú - Bogotá, Ed. Palestra - Temis, 2001, p. 19.
[13] Claudia R. Brizzio, *op. cit.*, p. 105.

De esta forma, el titular de la página o sitio web, sin adquirir un servidor o invertir en su interconexión, cuenta con una capacidad de almacenamiento en un equipo de cómputo que está disponible en internet, con el fin de depositarla y cualquier usuario acceda a ella por medio de un navegador.

En otros términos, este contrato «*se instrumenta entre una empresa que vende o publica en Internet, pero no tiene la capacidad técnica necesaria para mantener un servidor, y un proveedor de servicios que otorga en locación el hardware y software de su propiedad para alojar, gestionar, mantener y actualizar la página web. La particularidad que presenta este contrato es que la locación no tiene como objeto una cosa material, sino un bien inmaterial como es el espacio en línea*»[14].

Con base en lo expuesto deviene que el contrato hosting es aquel «*en el que[,] una de las partes, al que denominaremos prestador o proveedor de servicios, se obliga a ceder un espacio de memoria del disco duro de su servidor con el fin de que otra parte, al que denominamos cliente o usuario, almacene allí su sitio web. Este sitio, compuesto como sabemos por un conjunto de datos… constituye la información que quedará guardada en el ordenador del prestador. Además el servidor estará conectado a Internet, quedando accesible a la Red la información almacenada*»[15].

---

[14] Heriberto S. Hocsman, *Los contratos electrónicos*. En Raúl A. Etcheverry y Rafael Illescas Ortiz (Dir), *Comercio electrónico*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 388.
[15] Lería Reyes Sánchez, *El contrato de hospedaje de página web*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 27.

Huelga remarcarlo, es una convención celebrada entre un *prestador, proveedor o alojador*, propietario o administrador de un servidor interconectado a internet, y un *usuario, empresario o locatario*, titular de una página o sitio web, por el cual aquél se obliga a dejar a disposición un espacio en sus unidades de almacenamiento, para que este último aloje archivos web, a cambio de una retribución.

3.6. Ahora bien, dentro de la conceptualización realizada puede ubicarse diferentes modalidades de alojamiento, atendiendo a variables como (I) la exclusividad del servidor o (II) los servicios prestados por el hospedador.

Frente a lo primero, se diferencian los hospedajes compartido, exclusivo y co-situado. En el compartido el proveedor pone a disposición de múltiples usuarios un espacio dentro del servidor, para que todos ellos alojen sus páginas y sitios web dentro de los lapsos pactados. Cuando el espacio exclusivo comprende además una cantidad reservada de recursos y de memoria dentro del servidor, se asiste a un hosting VPS -servidor virtual privado-.

El hosting con servidor dedicado se caracteriza porque el proveedor destina un equipo de cómputo exclusivo para el usuario, quien podrá disponer de toda su capacidad, memoria y sistemas operativos con el fin de gestionar la información web que es de su propiedad.

El hospedaje co-situado, a diferencia de los anteriores, tiene como particularidad que el servidor es de propiedad del usuario, quien lo configura y se obliga a su mantenimiento, correspondiéndole al proveedor guarnecerlo y garantizar su conexión a internet.

De otro lado, referido a los servicios que integran el hospedaje, puede diferenciarse entre hosting restringido y ampliado. En el primero, el proveedor se encarga de reservar un espacio digital para uso exclusivo del cliente, junto a las actividades propias a esta disponibilidad (mantenimiento, garantía de conexión, disponibilidad de acceso, etc.) En el ampliado, agregadamente, se incluyen servicios como el suministro de correo electrónico, disponibilidad de áreas de discusión o blogs, y la gestión de archivos.

3.7. A partir de la anterior conceptualización, es posible caracterizar el contrato de hospedaje web de la siguiente manera:

(I) Bilateral, en tanto ambos contratantes asumen obligaciones en razón de la actividad de hospedaje; así, el proveedor principalmente garantiza el alojamiento, dispone de la capacidad de almacenamiento y acredita la accesibilidad; el usuario a su vez se obliga a gestionar la información y pagar la retribución pactada.

Este carácter bilateral conduce a que los contratos de hosting sean susceptibles de resolución en caso de mora de alguno de los contratantes en la satisfacción de sus

prestaciones (artículo 870 del Código de Comercio), así como de invocarse la excepción de contrato no cumplido (artículo 1609 del Código Civil).

(II) Oneroso, ya que proveedor y usuario gravan su patrimonio; aquél limitando la disponibilidad de espacio disponible en su servidor, y éste con el compromiso de pagar el estipendio convenido.

(III) Conmutativo, en tanto las partes conocen con precisión el alcance de sus prestaciones, las cuales se consideran equivalentes, en aspectos tales como la disponibilidad de espacio en línea, permanencia de la conexión a internet y retribución.

(IV) Consensual, por cuanto bastará el acuerdo de voluntades para que nazca a la vida jurídica, por fuerza del artículo 824 del estatuto mercantil; sin embargo, es posible que las partes decidan dotarlo de alguna solemnidad, la cual resulta consecuente tratándose de negocios celebrados por medios electrónicos.

(V) De libre discusión, como regla de principio. Empero, es normal que las empresas de hosting ofrezcan planes determinados a los usuarios, en atención al tamaño del espacio, la modalidad de hospedaje, las funcionalidades requeridas y la duración del contrato; asimismo, dada su utilización de forma masiva, los proveedores acostumbran a utilizar condiciones predispuestas o generales de contratación para regular las relaciones con los usuarios, las

cuales tienen carácter obligatorio salvo las excepciones legales -cláusulas abusivas o sorpresivas-.

(VI) De tracto sucesivo, por cuanto las obligaciones de mantener la disponibilidad de espacio y de pagar la remuneración se extienden durante el tiempo de vigencia del contrato.

(VII) Atípico, ante la ausencia de una regulación integral y sistemática de sus elementos esenciales en nuestro sistema jurídico.

3.8. En punto a las obligaciones que nacen para los contratantes, deviene propio de este tipo de vínculos que el proveedor se comprometa a:

(I) poner a disposición de su cliente una específica capacidad de almacenamiento en el sistema de cómputo, según la exclusividad que corresponda dependiendo de si trata de un hosting compartido, exclusivo o VPS;

(II) conservar la información almacenada en condiciones de integridad y seguridad, sin efectuar ningún tipo de modificación o alteración, salvo que sea solicitada directamente por el usuario;

(III) mantener los servidores conectados a la internet, de acuerdo con la disponibilidad y ancho de banda acordada;

(IV) permitir que los interesados identificados por el usuario puedan acceder a la memoria del servidor, con el fin de subir, modificar o eliminar la información web, labor que deberá hacerse telemáticamente por medio de la cuenta respectiva;

(V) «*deberá igualmente permitir el acceso de terceros a la información alojada a través de la red de comunicaciones electrónicas, previa disposición de los mecanismos de direccionamiento necesarios, y conforme a lo pactado en el contrato*»[16];

(VI) monitorizar y gestionar los equipos de hardware y el software instalado, incluyendo su mantenimiento y soporte técnico, salvo tratándose del hosting co-situado, pues en este tales cargas se trasladan al usuario;

(VII) «*en caso de que una autoridad judicial encuentre que un contenido atenta contra los derechos fundamentales de una persona*», removerlo «*en orden a generar una garantía efectiva de las prerrogativas de la persona afectada*» (CC, SU-420/19); y

(VIII) Prestar la asistencia técnica al cliente o visitantes, tanto para el alojamiento de la información, como para su gestión y consulta por los usuarios.

---

[16] Altea Asensi Merás, *Los contratos para las comunicaciones electrónicas*. En María José Morillas, Pilar Perales Viscasillas y Leopoldo José Porfirio Carpio (Dir.), *Estudios sobre el Futuro Código Mercantil*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 1206.

A su vez el cliente asume los deberes de:

(I) Solucionar la remuneración pactada, en la oportunidad y condiciones establecidas en el contrato.

(II) Acceder al servidor por los mecanismos dispuestos contractualmente, sin exceder la cantidad máxima de datos permitidos para el almacenamiento por unidad de tiempo.

(III) Verificar la autoría y calidad de la información alojada en el servidor, siendo responsable de los contenidos sensibles o calumniosos.

(IV) No abusar de la capacidad asignada, ni utilizar mecanismos técnicos que busquen evadir las limitaciones técnicas impuestas por el proveedor.

(V) Actualizar la información de los usuarios que podrán acceder al servidor para gestionar los documentos web alojados.

3.9. Total, el contrato de hosting es de suma importancia para el funcionamiento de la internet y el comercio electrónico, al permitir que todos los interesados puedan publicar información web para consulta propia o de terceros, sin incurrir en los elevados costos de la adquisición y mantenimiento de un servidor, aunque sometido a su carácter bilateral y oneroso que le resulta ingénito.

3.10. Fijado el anterior estado del arte, procede analizar el argumento central de la alzada formulada por la convocada, como es la existencia de un incumplimiento por la demandante que la eximía de cumplir con los deberes señalados en la convención de 25 de abril de 2000.

3.10.1. Al respecto, basta reiterar los argumentos plasmados en esta decisión al estudiar el segundo cargo de casación, los cuales desvirtúan dichas protestas, en tanto está demostrado que Telecom, con su comportamiento contractual, generó la confianza en Publinet de que la mora en el pago del servicio de hosting no se alzaría como excusa para ejecutar el hosting.

Y es que, si bien el estipendio en favor del hospedador constituye el débito principal a cargo del cliente, lo cierto es que nada se opone a que aquél continúe con la prestación de sus servicios a pesar de tal desatención, no sólo por tratarse de una prestación patrimonial susceptible de ser renunciada, sino en respeto del comportamiento contractual que impone actuar coherentemente con las actuaciones precedentes.

Decantado entonces que Telecom, a pesar de la mora de Publinet, siguió con el servicio de hospedaje, no era dable que sorpresivamente cambiara su conducta negocial y no observara sus deberes contractuales, como ya se explicó ampliamente al desatar el remedio extraordinario.

3.10.2. Por lo tanto, no obstante el *lapsus calami* del juzgado de primera instancia al señalar que la obligación

plasmada en el numeral 1° de la cláusula 2ª del contrato de hosting era del resorte de la accionada, a pesar de que el mantenimiento de los equipos de cómputo era obligación de Publinet como lo aduce Colombia Telecomunicaciones, como es propio de un hosting co-situado; lo cierto es que, una vez descartado que la convocada pudiera invocar la excepción de contrato no cumplido, la insatisfacción de la obligación convencional, consistente en permitir el acceso de los dependientes de Publinet al lugar de ubicación de los equipos en los cuales recibía el servicio e, incluso, su retiro para su adecuación, compromete su responsabilidad.

Rememorase que, tratándose de contratos bilaterales, específicamente respecto de la *exceptio non adimpleti contractus* regulada en el canon 1609 del Código Civil, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Por ende, en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea sino sucesiva, se ha precisado que, al tenor del referido canon 1609, quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque esta carecería de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada.

La Corte de antaño, al analizar la excepción de contrato no cumplido, precisó que es:

(…) indispensable determinar con claridad y precisión la estructura y el mecanismo de ese medio de defensa: ¿es suficiente que quien pide la resolución del contrato no haya cumplido ni allanádose a cumplir sus propias obligaciones en la forma pactada, o se requiere que éstas o las del otro contratante guarden entre sí determinada relación, sin la cual la excepción no es procedente?

El punto es de suma trascendencia, porque si ambos contratantes incumplen y en tal evento ninguno puede lograr ni la resolución ni el cumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicios, el contrato quedaría definitivamente estancado, perdiendo su exigibilidad las recíprocas obligaciones que ha generado.

Semejante solución, inaceptable desde todo punto de vista, hace caso omiso de la tradicional estructura que tiene la responsabilidad de cada uno de los contratantes, independientemente considerados, a más de que establece desacertadamente una especie de modo, no de extinción, pero sí de suspensión indefinida e insalvable de los efectos que naturalmente tienen las mutuas obligaciones.

(…)

El deudor demandando no está en mora si, por una parte, no ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor -salvo que la obligación sea a término o de ejecución exclusivamente dentro de cierto tiempo hábil-, o si, por otra parte, él ha dejado de cumplir con apoyo en que el acreedor demandante tampoco cumplió ni se allanó a hacerlo en la forma y tiempo debidos.

El aspecto unilateral de la mora, en lo que atañe a la resolución del contrato, no ofrece dificultades. Las ofrece el bilateral que plantea el artículo 1609, cuya correcta inteligencia es preciso fijar.

Según esta disposición, "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

Varias hipótesis pueden presentarse:

PRIMERA.- El demandante cumplió sus obligaciones. Es claro que no cabe aquí la excepción de contrato no cumplido.

SEGUNDA.- El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, PORQUE el demandado, que debía cumplir antes que él, no cumplió su obligación en el momento y la forma debidos, ni se allanó a hacerlo. En tal caso tampoco cabe proponer la excepción, pues de lo contrario fracasaría la acción resolutoria propuesta por quien, debido al incumplimiento previo de la otra parte, aspira legítimamente a quedar desobligado y a obtener indemnización de perjuicios.

TERCERA.- El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, y el demandado, que debía cumplir después de aquel según el contrato, tampoco ha cumplido ni se allana a hacerlo, PORQUE el demandante no lo hizo previamente como debía. En esta hipótesis sí puede el demandado proponer con éxito la excepción de contrato no cumplido.

CUARTO.- Demandante y demandado tenían que cumplir simultáneamente, es decir que sus mutuas obligaciones eran exigibles en un mismo momento, "dando y dando".
(…)
El texto del artículo 1609 no puede pues apreciarse en el sentido de que el contratante que no cumple fracasa siempre en su pretensión de que se resuelva el contrato. Si así se lo entendiera, sin distinguir las varias hipótesis que puedan presentarse, entonces sería forzoso concluir que la resolución del contrato bilateral, prevista en el artículo 1546, no tiene cabida en sinnúmero de eventos en que sí la tiene: todos aquellos en que el demandado tenía que cumplir sus obligaciones antes que el demandante, o que teniéndolas que cumplir al mismo tiempo que las de éste, sólo el demandante ofreció el pago en la forma y tiempo debidos, o ninguno lo ofreció simplemente porque ni uno ni el otro concurrieron a pagarse. El ejercicio de la acción resolutoria no se limita al caso de que el demandante haya cumplido ya e intente, en virtud de la resolución, repetir lo pagado; se extiende también a las hipótesis en que el actor no haya cumplido ni se allanó a cumplir porque a él ya se le incumplió y por este motivo legítimamente no quiere continuar con el contrato.

No es siempre necesario que el contratante que demanda la resolución con indemnización de perjuicios haya cumplido o se allane a hacerlo. Puede negarse, en los casos ya explicados, a cumplir si todavía no lo ha hecho y no está dispuesto a hacerlo porque el demandado no le cumplió previa o simultáneamente. Por el contrario, el que pide el cumplimiento con indemnización de perjuicios sí tiene necesariamente que allanarse a cumplir él mismo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en aquel primer caso, en que el contrato va a DESAPARECER por virtud de la resolución impetrada, y con él las obligaciones que generó, en el segundo va a SOBREVIVIR con la plenitud de sus efectos, entre ellos la exigibilidad de las obligaciones del demandante, las que continuarán vivas y tendrán que ser cumplidas a cabalidad por éste. (CSJ SC de 29 nov. 1978, en igual sentido SC de 4 sep. 2000 rad. nº 5420, SC4420 de 2014, rad. nº 2006-00138, SC6906 de 2014, rad. nº 2001-00307-01, entre otras).

Así las cosas, el contratante que primero vulneró sustancialmente la alianza queda desprovisto de la excepción aludida en el evento de ser emplazado en juicio de responsabilidad por su desacato, mientras que su contendor sí conserva su derecho de acción a pesar de que también dejó de acatar una prestación, justificado en su inexigibilidad por la previa omisión de aquel.

Lo anterior, trasladado al *sub-examine,* significa que la convocada conculcó inicialmente sus débitos contractuales y relevó de los posteriores a su contendiente, por lo cual la excepción referida estaba llamada al fracaso.

4. Queda por establecer, entonces, si asiste razón a Colombia Telecomunicaciones en relación con la mensura de los perjuicios reconocidos a Publinet a título de pérdida de oportunidad, a lo que se sigue.

El artículo 305 de este estatuto procesal civil, equivalente al actual 281 del Código General del Proceso, establece que «*la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta*».

De allí se desprende que al juzgador le está vedado imponer una condena que supere las súplicas de la reclamante, pronunciarse sobre un objeto distinto al delimitado por los contendores o por una causa diferente a la invocada por ellos, al paso que está obligado a resolver los que sí fueron expuestos; todo esto sin menoscabo del ejercicio de sus facultades oficiosas.

En relación con esto la Sala tiene sentado que:

> *(…) son los involucrados en el conflicto, con sus escritos, quienes delimitan el contorno del debate, fijando las pautas a tener en cuenta al momento de desatar la litis y restringiendo, por ende, la labor del funcionario encargado de resolverla. De esa forma, el desconocimiento del querer explicitado se constituye en una irregularidad en la producción del fallo, ya sea por referirse a puntos no sometidos a discusión, acceder a menos de lo pedido o desbordando los alcances esbozados (…) Al respecto la Sala en SC de 18 de diciembre de 2013, rad. 2000-01098-01, precisó que (…) validada la suficiencia del texto de la demanda, mediante su admisión, y concedida la oportunidad de contradecir a aquellos contra quienes se dirige, no puede el funcionario dirimir la disputa por fuera de los lineamientos que le imponen las partes, ya sea al hacer ordenamientos excesivos frente a las expectativas de éstas, al dejar de lado aspectos sometidos a su escrutinio o al resolver puntos que no han sido puestos a consideración, salvo cuando procede en estricto cumplimiento de las facultades oficiosas conferidas por la ley (…) Y en ese mismo pronunciamiento recordó como (…) La Corporación tiene dicho al respecto que "[e]l principio dispositivo que inspira el proceso civil, conduce a que la petición de justicia que realizan las partes delimite la tarea del juez y a que éste, por consiguiente, al dictar sentencia, deba circunscribir su pronunciamiento a lo reclamado por ellas y a los fundamentos de hecho que hubieren delineado, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso".* (CSJ SC8410 de 2014, rad. 2005-00304).

Igualmente puede incurrir en el vicio de incongruencia el funcionario judicial si tiene por probadas defensas no esgrimidas en tiempo y que eran del resorte exclusivo de una de las partes, como la prescripción, la nulidad relativa y la compensación.

Así lo precisó la Corte al considerar que:

> *(…) en el caso de que la decisión absolutoria sea el producto de un desvío considerable de los hechos consignados en el libelo o haciendo caso omiso a los alegatos oportunamente presentados por los intervinientes, desbordando los límites allí trazados al elaborar una interpretación personal del asunto, que dista del querer expreso de las partes, tal proceder constituye un defecto*

> *que puede ser objeto de revisión. Lo que también ocurre si se tienen por probadas, de oficio, las defensas que omitió plantear el opositor al apersonarse del proceso, estando a su exclusivo cargo, como sucede con la prescripción, la nulidad relativa y la compensación.* (CSJ SC de 18 dic. 2013, rad. 2000-01098).

Por lo tanto, para evidenciar el vicio de incongruencia es menester que el inconforme demuestre un exabrupto palpable entre lo narrado y exigido en la demanda, así como lo planteado en las defensas del oponente, frente a lo que aparece consignado en el fallo, de tal manera que se note de bulto que lo decidido es extraño al debate.

Y precisamente esto mostró el censor en su escrito de sustentación, en la medida en que el juzgador de primera instancia consideró inviable el reconocimiento de perjuicios a título de lucro cesante –frente a lo cual la sociedad accionante no mostró desacuerdo ya que se abstuvo de apelar- y a renglón seguido tal proveído señaló:

> *«…si bien no se da el lucro cesante, sí opera la figura de la pérdida de oportunidad, la cual consiste, según lo expresado por la Corte, en la frustración, suspensión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual, para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro. Para que un daño sea indemnizable tiene que haber certeza en el mismo, lo que permite decir que no puede ser alguno eventual. Al respecto la Corte en sentencia del 9 de septiembre de 2010, radicada bajo el número 17042-31-03-001-2005-00103-01, expresa que "…". De esto se desprende que no es lo mismo el lucro cesante y la pérdida de oportunidad, puesto que lo primero se basa en un daño cierto y actual donde está la certeza objetiva de su ocurrencia. De ello estipuló la Corte en el fallo previamente citado, que, bueno a contrario sensu, "…" Para el caso concreto debe (sic) cabe destacar que no existe certeza absoluta que lo pedido por concepto de lucro cesante iba a ser obtenido por la parte demandante, sino a las expectativas proyectadas para la obtención de la ganancia de las grandes utilidades que iba a dejar la sociedad demandante a futuro, hasta la fecha de la finalización de su existencia según los estatutos sociales, teniendo en cuenta la real existencia de una actividad empresarial pujante, la*

terminación abrupta de los contratos de publicidad cancelados, como causa exclusiva del incumplimiento contractual de la parte demandada. Por ende, no es posible ordenar en este asunto el lucro cesante por lo antes expuesto, empero, es del juicio, salvo mejor criterio de esta agencia judicial, que sí es posible acceder a la indemnización por concepto de pérdida de la oportunidad, de contera, el daño que se va indemnizar versará sobre la pérdida de la oportunidad de la sociedad demandante de realizar la actividad económica que ejercía por la totalidad del término consagrado en sus estatutos. Ello no equivale a desconocer el principio de congruencia que orienta las decisiones judiciales y en cuya virtud el juez debe ceñirse a lo manifestado en la demanda, pues no se puede perder de vista que en el libelo demandatorio puede entenderse que el dictamen aportado para sustentar el valor deprecado correspondía a la totalidad de los contratos que podrían haberse realizado a la persona jurídica, por la persona jurídica en cuestión, sin que se hubiese señalado con certeza en las premisas fácticas de la demanda que el demandante ostentaba certeza absoluta sobre dicho monto. Es así como una interpretación lógica, sistemática y racional de la demanda permite advertir con claridad que de los hechos de la demanda se desprende que el hecho dañoso derivado del incumplimiento contractual que originó este conflicto se configuraba, precisamente, en la negación de la oportunidad de la persona jurídica demandante de desarrollar su actividad mercantil por la totalidad del lapso que le era válidamente permitido, es decir, por el tiempo establecido en sus estatutos sociales. En consecuencia de lo anterior no es posible emitir condena alguna por concepto de lucro cesante, puesto que la privación de obtener frutos futuros no obedece a la figura jurídica invocada por el accionante, sino a la pérdida de oportunidad, ha dicho la Corte al respecto "al margen de la temática procedente, la pérdida de la oportunidad cierta, real, concreta y existente al momento de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual, los daños patrimoniales, extrapatrimoniales, o a la persona en su integridad psicofísica o en los bienes de la personalidad, por concurrir a la destrucción de un interés tutelado por elemento jurídico consistente en la oportunidad sería, verídica, legítima y de razonable probabilidad", como en este caso, a juicio de este operador judicial, se encuentra establecido que en un (inentendible) *posterior de no presentarse la conducta dañina, causa de su extinción. De lo anterior se desprende que a pesar de tratarse de una mera expectativa lo pretendido, por el demandante es un interés resarcible en el ámbito jurídico, por tratarse de una oportunidad que se perdió debido a la ocurrencia de un daño, considero, considera la Corte que, bajo este entendido, la concreción del lucro cesante tiene dicho de antaño la Corte queda a la determinación racional del juez, pues sólo los beneficios ciertos son los tutelados en el derecho y ninguna relación jurídica puede conectarse al daño que afecta su interés incierto, ya que el derecho no puede considerar las*

fantasías o ilusiones de eventuales ventajas como lo preconiza con acierto el profesor italiano Adriano De Cupis, quien agrega, teniendo en cuenta las circunstancias del sujeto perjudicado es como el honorable juez, si una determinada ventaja se habría realizado o no a su favor, aunque debe entenderse bien que la certidumbre tratándose de la hipotética no puede ser absoluta, por lo que debe conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración que sea fundada y razonable, como ocurre en este asunto, sentencia de casación civil del 28 de junio de 2007 (sic), *así mismo sentencia de casación civil del 18 de junio* (sic) *de 2007, S006 de 2007, expediente 11001-31-03-020-1999-00173-01. Por ende, este despacho no accederá a conceder como lucro cesante la cifra de dinero deprecada en el libelo demandado por lo antes expuesto, pues es claro que efectivamente existe una pérdida de chance de la oportunidad de obtener el pago de la suma de dinero deprecada, pues es claro que efectivamente la misma podría haber sido válidamente obtenida en virtud de la actividad económica que realizaba la sociedad demandante, tal como se desprende del análisis de informes periciales presentados en la demanda y en el interior de este proceso y sus aclaraciones en el sentido que era viable o posible acceder a las ganancias derivadas, sin que pueda existir certeza conforme a lo antes señalado, por su gran certeza obviamente a que ya estamos con el lucro cesante que eso ya es otra cosa como se dijo. Por ende lo consignado en dichos documentos no puede corresponder a la cifra de dinero que se otorgará por este concepto, pues los valores allí contenidos corresponderían a un máximo que hubiera sido viable o posible percibir de conformidad con la actividad económica realizada en el sector de la publicidad digital, más si está la carencia de certeza alguna al respecto. Siendo así la pérdida de oportunidad un perjuicio cierto es posible proceder a su quantum, sin que sea posible considerar que en este evento se pueda conceder 100% el valor que hubiere sido posible obtener o derivar de la actividad comercial de la empresa, lo cual, de la conformidad con las pruebas aportadas, a la demanda y al monto específicamente pretendido, es de $80.707'754.583,49. Lo anterior como quiera que la experticia en cuestión fue corroborada no solamente con testimonios de las personas que trabajaron en el proyecto en cuestión, sino por una experticia solicitada por la parte demandada y por una tercera experticia realizada en el interior del trámite de objeción a desatar en esta providencia. Ahora bien, es claro que lo pretendido no es desproporcionado, más aun cuando el auxiliar de la justicia designado por esta agencia judicial estableció que la sociedad demandante podía obtener, en virtud de la actividad comercial que esta ejercía, un monto superior al pretendido en la demanda. De conformidad con lo expuesto en precedencia y de conformidad con lo variable del perjuicio, la reparación debe ser proporcional, parcial, fraccionada o probabilística, con distribución equilibrada, armónica y coherente de la incertidumbre causal de un daño, de un resultado dañoso probable, evitando por un lado la injusticia de no repararlo, y por otro la reparación plena cuando no hay certeza absoluta, sólo la*

> *probabilidad razonable respecto a que un determinado evento, hecho o comportamiento pudo o no causarlo, a este respecto esto fue lo señalado por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 9 de 2010, referencia 17042-3103-001-2005-00103-01 en el cual parafrasea a un autor español. Por ende, conceptúa el suscrito operador judicial que un porcentaje equivalente al 70% de lo pretendido en la demanda, se encuentra de acuerdo a los parámetros de equidad que deben gobernar esta operación, en razón a la gran probabilidad que existía de obtener dicha cifra de conformidad con las experticias aportadas, pero teniendo de presente las dinámicas propias de un mercado variable, más aún cuando se encuentra acreditado que era viable la obtención de una suma mayor a la manifestada en la demanda. En consecuencia ordenará el pago del porcentaje antes mencionado que asciende a la cifra de $56.495'428.208.»* (Disco compacto folio 2743, cuaderno 9, lapso del audio 01:03:58 a 1:13:17).

De lo anotado se colige que el estrado judicial de primera instancia desestimó el lucro cesante pedido, pero accedió al reconocimiento de perjuicios por concepto de pérdida de oportunidad, fincado en que, según su interpretación del pliego introductor de la contienda, «*para sustentar el valor deprecado correspondía a la totalidad de los contratos que podrían haberse realizado a la persona jurídica (…) sin que se hubiese señalado con certeza en las premisas fácticas de la demanda que el demandante ostentaba certeza absoluta sobre dicho monto*».

Sin embargo, la lectura del libelo genitor del litigio deja al descubierto que, contrariamente a lo argüido por el juzgador *a-quo*, la promotora sí deprecó el pago de las ganancias que dejó de percibir a consecuencia de la terminación de los contratos que había celebrado con sus clientes, mas no de los que podría celebrar.

En efecto, en los hechos 36 y 37 de la demanda, pilares de las pretensiones de condena incoadas, la reclamante

anotó que «*36. Como secuela de las violaciones contractuales relatadas, los clientes de PUBLINET.COM.CO LTDA., cancelaron los dieciséis (16) contratos referidos en el hecho 20. Tampoco se pudieron renovar los contratos anteriores. Como corolario surgió la paralización total y permanente de la sociedad demandante. 37. Con base en el número de contratos a que se refiere el hecho número 20; al igual que al valor de cada uno de ellos, lo mismo que su término; y el valor de las ventas indicado en el hecho 21; mediante experiticio* (sic) *obtenido en virtud del empleo de las correspondientes proyecciones; se puede deducir técnicamente, el valor de las ventas que podían producirse en los diecisiete (17) años de vida jurídica de PUBLINET.COM.CO LTDA.*» (Folio 7, cuaderno 1).

Y con base en tal fundamento fáctico, la convocante deprecó se declare «*que PUBLINET.COM.CO LTDA., ha sufrido lucro cesante por las violaciones contractuales causadas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. que en el experticio* (sic) *que se ha presentado como prueba se estima en la suma de OCHENTA MIL SETECIENTOS SIETE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS M.L. ($80.707.754.583,49 M.L.)*», suma que pidió fuera reconocida a su favor (folios 14 y 15, cuaderno 1, pretensiones 7ª y 10ª.)

Así las cosas, abruptamente se evidencia el desacierto del juzgado de primer grado y que, como lo alegó la demandada, incurrió en el vicio de incongruencia, en razón

a que interpretó que la demandante deprecó el pago de perjuicios a título de pérdida de oportunidad fincada en los contratos que a su alcance habría podido celebrar durante el término de existencia previsto en sus estatutos sociales, no obstante que esto no fue lo pedido por Publinet, pues demandó el pago del lucro cesante, esto es, las ganancias que dejó de percibir, como consecuencia de la imposibilidad de renovar los pactos que ya había celebrado con diversos clientes así como la terminación de otros que estaban en curso, culminación derivada de la imposibilidad de seguirles prestando el servicio acordado tras la infracción de Colombia Telecomunicaciones.

Tal situación denota, a simple vista, que en lo que respecta al perjuicio reconocido por concepto de pérdida de oportunidad el juzgador inicial expidió una sentencia de condena foránea al litigio, comoquiera que la accionante no solicitó dicho reconocimiento.

Sobre el punto tiene dicho la Corte:

> *Cabe acotar, que a pesar de contemplar el artículo 16 de la ley 446 de 1998, que «la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales», ello no implica desconocer el principio de la congruencia, porque se requiere al menos el planteamiento de la solicitud de forma genérica de la reparación integral, o que de los hechos de la demanda sea posible inferir la pretensión de obtener la reparación o resarcimiento de los perjuicios en todos los ámbitos en que se manifestó el daño.* (CSJ SC17723 de 2016, rad. 2006-00123-02, en igual sentido SC10808 de 2015, rad, 2006-00320-01 y SC de 18 dic. 2012, rad. 2004-00172-01).

Se configuró, de esta forma, una separación evidente entre lo pedido en la demanda y lo decretado en la sentencia que dirimió la contienda en primera instancia, pues aquello quedó sustituido por una súplica novedosa y distante de las que fueron objeto de controversia.

Total, la incongruencia de la sentencia criticada en sede de apelación es notoria, por cuanto el juzgador de primer grado condenó a Colombia Telecomunicaciones al pago de un perjuicio no reclamado (pérdida de oportunidad), lo cual, de paso, releva a esta Corporación de considerar si efectivamente dicho daño se probó o no.

En consecuencia, la alzada prospera parcialmente y, por ende, la sentencia apelada debe ser modificada para revocar el pago que por concepto de perjuicios a título de pérdida de oportunidad dispuso la sede judicial de primera instancia.

En lo restante, como ya se anotó en esta providencia, se mantendrá el proveído apelado.

5. Finalmente y como quiera que la compañía demandante no interpuso apelación en contra de la sentencia de primera instancia, no obstante que fue parcialmente desfavorable a sus pretensiones, la Corte, en sede de instancia, queda relevada de auscultar estas determinaciones del fallo, por mandato del artículo 320 del Código General del Proceso.

CONCLUSIONES

En síntesis, la sentencia impugnada debe ser casada y la Corte, en su lugar y en sede de segunda instancia, confirmará el fallo de primer grado, salvo la condena en él contenida por concepto de perjuicios reconocidos a título de pérdida de oportunidad a favor de Publinet y en contra de Colombia Telecomunicaciones, la cual será revocada.

Por último, ante la prosperidad parcial del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia no habrá condena en costas en segunda instancia, conforme a los numerales 3 a 5 del artículo 365 del Código General del Proceso.

No hay lugar a condena en costas por la prosperidad del recurso de casación, conforme lo reglado en el inciso final del artículo 349 de la obra en cita.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia de 20 de octubre de 2017 adicionada el día 25 de los mismos mes y año, dictada por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el proceso ordinario que Publinet.com.co Ltda. promovió contra Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP; y en sede de segunda instancia **resuelve:**

Primero. Revocar el numeral 4° de la parte resolutiva de la sentencia apelada, dictada por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla el 10 de octubre de 2016, en el proceso ordinario que Publinet.com.co Ltda. incoó contra Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.

Segundo. Confirmar los demás numerales del acápite resolutivo del citado fallo.

Tercero. Sin condena en costas en segunda instancia ni en casación.

En su oportunidad, vuelva el proceso al despacho de origen.

Notifíquese,

FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA