

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado Ponente

SC11337-2015

Radicación nº 11001-31-03-041-2004-00059-01

(Aprobado en sesión de dos de junio de dos mil quince)

Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el diecinueve de diciembre de dos mil doce por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

Héctor Ricardo Palacios Peralta, Martha Cecilia Tocarruncho, Yohana Pineda Bautista, Luis Correa Lozano, Nidia Gladys Moreno Rubio, Yiniliceth Roa Sarmiento, Luis Alberto Monroy, David Alejandro Monroy Roa y Edgar

Fernández Pulido, promovieron una acción de grupo contra la sociedad comercial Colombiamovil S.A. E.S.P., para que se le condene por los perjuicios causados por el deficiente servicio prestado a todos sus usuarios a nivel nacional.

En consecuencia, solicitaron el pago de una indemnización correspondiente al reembolso del dinero que cada uno de ellos invirtió para acceder al servicio, excluyendo la suma pagada por la terminal telefónica, debidamente indexado y con intereses moratorios.

B. Los hechos

1. La parte demandante, integrada tanto por actores presentes como ausentes, está conformada por más de 620.000 usuarios o consumidores del servicio de telefonía móvil celular que presta la entidad demandada en el territorio nacional.

2. La empresa convocada es conocida en el mercado con la sigla OLA, la cual ofreció a sus clientes varios planes de comercialización, entre ellos el denominado ‘pioneros’, que le permitió incursionar en el mercado de telefonía móvil celular, captando aproximadamente 620.000 usuarios.

3. Las ventas superaron las propias expectativas de la demandada, lo que saturó su capacidad técnica para prestar un servicio de buena calidad como era su deber contractual y legal. El mal servicio se evidenció en llamadas que se caen con frecuencia, la señal se pierde durante horas o es de baja calidad, apareciendo un mensaje de ‘red ocupada’ o ‘error de

conexión’.

4. Según lo informó el presidente de la empresa en el diario El Tiempo, *“las fallas son inocultables y por ello se tomó la decisión de disminuir el ritmo de las ventas a partir del 15 de febrero –hasta abril– para concentrarse en solucionar los inconvenientes”*, manifestación que sin lugar a dudas deja clara la mala calidad del servicio debido a la culpa grave de la demandada, pues captó un número de usuarios mayor al que técnicamente podía atender.

En el mismo medio de comunicación el representante de la convocada agregó: *“La compañía no está contenta con el servicio que está prestando. Por ello vamos a frenar las ventas para dedicarnos a ampliar la cobertura y a mejorar el servicio y la calidad de la red”*. Seguidamente el periódico informó: *“Meza explicó que no esperaban una demanda tan grande en los primeros dos meses (ya cuentan con 600.000 usuarios). Eso generó problemas de disponibilidad de equipos y una saturación de la red”*.

Ello significa que la demandada abusó de sus posibilidades técnicas, lo que la condujo a prestar un mal servicio que genera a favor de los usuarios el derecho a ser indemnizados, conforme lo establece la normatividad relativa a los servicios públicos.

5. Todos los individuos integrantes del grupo demandante reúnen condiciones uniformes respecto del hecho que les causó los perjuicios que sufrieron de manera individual y colectiva.

C. La sentencia de primera instancia

Negó las pretensiones de la demanda al no encontrar probada la culpa contractual de la demandada, pues una de las cláusulas del contrato establece que debido a la naturaleza móvil de los servicios, éstos pueden presentar fallas inherentes a la propia tecnología, por fuerza mayor o caso fortuito, y sólo en los eventos en que la mala prestación del servicio supera las 72 horas, el consumidor tendrá derecho al reembolso. [Folio 317]

De lo anterior concluyó que los usuarios aceptaron las aludidas condiciones del contrato, con el conocimiento suficiente de que en cualquier momento se podían presentar fallas en el servicio, sin que estas anomalías constituyan *per se* incumplimiento por parte de la demandada, en la medida que los clientes asumieron voluntariamente el riesgo propio de la prestación del servicio.

Aún si en gracia de discusión se admitiera que hubo incumplimiento contractual, en todo caso no existe prueba de los perjuicios sufridos por los demandantes.

D. La sentencia impugnada

Mediante fallo de 19 de diciembre de 2012 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la decisión de primera instancia.

Para sustentar su decisión afirmó que no existe

prueba de la relación contractual que vincula a los actores con la empresa demandada, lo que desvirtúa la pretensión indemnizatoria con base en un presunto incumplimiento contractual.

En cuanto a la demostración del daño, señaló que los testimonios que obran en el expediente coinciden en que *“se presentaron unas fallas en la red que obedeció a la saturación del sistema por la alta acogida que tuvo la compañía. Sin embargo, los mismos testigos expresan que no hubo caída del sistema más allá de lo normal”*. [Folio 143]

Al respecto, el testigo Raúl Ernesto Perilla Forero, ingeniero electrónico de Colombia Móvil S.A., afirmó que durante los tres primeros meses de funcionamiento de esa empresa, el servicio tuvo algunos inconvenientes habituales en el lanzamiento de una red, *“siendo el principal problema el bloqueo de ésta en las horas pico, toda vez que los usuarios debían hacer reintentos para el restablecimiento de una llamada de voz, existiendo otros errores como caídas de llamadas. Empero, las mediciones de caída de llamadas estaban por debajo de los estándares establecidos por el Ministerio de Comunicaciones. El testigo agregó que expertos de este Ministerio realizaron visitas técnicas a Colombia Movil para verificar el estado del servicio, producto de esas visitas se abrió una investigación a la compañía por presunto incumplimiento de la prestación del servicio en la cual se corroboró la ocurrencia de situaciones de bloqueo, pero tal investigación fue archivada en febrero de 2006 porque dicha entidad encontró que tales problemas fueron propios de una red nueva que requería un período natural de estabilización”*. [Folio 143]

Esa afirmación fue corroborada con un oficio remitido

por el Ministerio de Comunicaciones en el que informó que una vez consultadas las bases de datos, el expediente virtual (Royal) y el expediente de investigación de Colombia Móvil, “*se evidenció que la citada compañía no ha sido objeto de sanción, multa o medida correctiva, y si bien fue objeto de una indagación preliminar, no se halló mérito para abrir investigación formal.*” [Folio 144]

En el mismo sentido, “*la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expresó que una vez verificados sus registros y archivos no se evidenciaron quejas ni solicitudes radicadas por parte de los demandantes.*” [Folio 144]

A partir del acervo probatorio, el Tribunal consideró que los actores no demostraron los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, especialmente el daño que recibieron en concreto los integrantes del grupo, “*dado que si bien los recortes de periódicos y los testimonios dan cuenta de fallas en el servicio, no prueban que esas falencias hubieren afectado específicamente a cada uno de los miembros del grupo, ni en qué consistió el perjuicio recibido. Como en cualquier proceso en el que se debata la responsabilidad, se tiene que probar que la compañía accionada no atendió cabalmente las prestaciones a las que se obligó en los contratos suscritos específicamente con los accionantes, no de una manera generalizada, y que dicho incumplimiento les generó un daño preciso, ya que como se dijo esta acción es eminentemente indemnizatoria y por lo tanto la parte actora debe acreditar no sólo la existencia de una relación contractual, sino en concreto la causación de unos perjuicios derivados del hecho dañoso, puntos sobre los cuales observa la Sala insuficiencia demostrativa porque no hay en el proceso ninguna prueba –ya sea testimonial, documental o pericial– que precise ninguno de estos aspectos.*” [Folio 144]

“Mucho menos pudo acreditarse –prosiguió– ante la desatención de la carga de la parte actora en procura de la realización de la experticia, el monto en que cada uno de los integrantes del grupo debía ser indemnizado ante un eventual daño, pues a pesar de tratarse de una acción con un número plural de demandantes, ello no exime de demostrar los elementos estructurantes de la responsabilidad contractual porque no es admisible que todos ellos hubieren estado en idéntica situación frente al daño sufrido, por más que hayan alegado unas circunstancias comunes generadoras de un eventual perjuicio, que como se advirtió no fueron probadas”. [Folio 145]

II. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Se formularon dos cargos con sustento en la vía indirecta de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil. El primero, por error de derecho, al no haber practicado las pruebas que habían sido decretadas; el segundo, por error de hecho en la valoración de las pruebas.

PRIMER CARGO

Adujo el quebranto indirecto de los artículos 1494, 1546, 1602, 1613, 1614, 1616 y 2341 del Código Civil, aplicables al ámbito mercantil por remisión del artículo 822 del Código de Comercio; artículo 830 de este ordenamiento; en concordancia con los artículos 95.1 y 29 de la Constitución Política; el artículo 16 de la ley 446 de 1998, 30, 62, 71, 74 y 76 de la ley 472 de 1998, normas de carácter sustancial que regulan la responsabilidad por daños o perjuicios causados con culpa a una persona o a un grupo, por violación medio de los artículos 37.4, 174, 177, 179, 180, 187, 240, 307 y 308 del Código de

Procedimiento Civil.

En sustento de su acusación, afirmó que la potestad y deber que tiene el juez de decretar pruebas de oficio no se agota con su “decreto”, sino que la asiste la obligación de practicarlas, sobre todo tratándose de acciones constitucionales como son las de grupo. La violación de la norma sustancial es manifiesta por haber omitido la práctica de una prueba oportunamente pedida y decretada que resultaba trascendental para el proceso, pues habría variado el sentido del fallo.

El Tribunal, por tanto, no podía prescindir del dictamen pericial que fuera decretado, al tiempo que debió ordenar otras pruebas de oficio para establecer el monto del daño. De igual modo, debió condenar en abstracto para que, en sentencia complementaria, y luego de las pruebas conducentes, pudiera establecerse la cuantía del perjuicio.

Agregó que el pésimo servicio prestado por la demandada a los usuarios de telefonía celular fue de público conocimiento a nivel nacional, tal como lo informaron los diversos medios masivos de comunicación, siendo los propios directivos de la empresa quienes confesaron tal hecho. Por lo que tal circunstancia no requiere de prueba por ser un hecho notorio, al tenor de lo estipulado por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Sostuvo, de igual modo, que el Tribunal desconoció el deber de apreciar las pruebas en conjunto y exponer el mérito que le asignaba a cada una de ellas, tal como lo preceptúa el artículo 187 del Código de procedimiento Civil, pues

únicamente mencionó los *“recortes de periódicos allegados por los accionantes”*, sin valorarlos, agregando que *“los testimonios dan cuenta de fallas del servicio pero no prueban que esas falencias hubieren afectado específicamente a cada uno de los miembros del grupo ni en qué consistió el perjuicio...”*

El contenido expresado en tales documentos no fue tachado de falso por la demandada, por lo que adquirió valor probatorio y dan fe de su veracidad.

A lo anterior adicionó que bajo un buen entendimiento del principio de la carga dinámica de la prueba el sentenciador de segunda instancia debió advertir que le resultaba más fácil a la demandada probar los hechos en que se sustentó la demanda, porque era ella quien tenía la información respectiva.

CONSIDERACIONES

1. El error de derecho es la equivocada estimación de una determinada prueba desde el punto de vista de su valor formal, es decir que al respectivo medio de convicción se le atribuye un estatus legal que no tenía o se le dejó de dar la eficacia que la ley le concede. Tal error ocurre cuando el juzgador yerra en la estimación jurídica del medio de prueba por trasgredir las normas que rigen la aducción, incorporación, práctica o eficacia de tales medios de convicción.

Como el error de derecho se presenta al quebrantar las normas que regulan la admisibilidad, pertinencia y eficacia

legal de un medio de convicción en particular, únicamente se puede predicar de cada prueba en concreto; de ahí que el recurrente esté en la obligación de identificar todas y cada una de las infracciones de derecho cometidas por el juzgador.

2. El primer argumento de la censura consistió en reprochar al Tribunal no haber hecho uso de las facultades legales para la práctica oficiosa de un dictamen pericial.

El artículo 228 de la Constitución Política consagra la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales, lo que impone al juez el deber de agotar todas las posibilidades establecidas en la ley para esclarecer los hechos relacionados con el litigio y alcanzar la certeza necesaria para la protección de los derechos materiales de las partes.

El numeral 4º del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil impone al juez el deber de emplear *“los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias”*.

Por su parte, los artículos 179 y 180 de ese ordenamiento autorizan *“decretar pruebas de oficio”* con la finalidad señalada *“en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar”*. A tal respecto la jurisprudencia de esta Sala ha señalado:

La actividad probatoria no sólo es carga de las partes, sino también 'incumbencia' del juez, a quien 'se le otorgan amplias facultades para decretar pruebas de oficio de manera que se

acerque lo más posible la verdad procesal a la real, objetivo éste que es de interés público o general.

La ‘prudente estimación personal del juez sobre la conveniencia de decretar pruebas de oficio se enmarca en un deber –entendido como la necesidad de que ese sujeto pasivo de la norma procesal que es el juez ejecute la conducta que tal norma le impone– y en un poder – entendido como la potestad, la facultad de instruir el proceso sin limitarse a ser un nuevo espectador–, ambos actuantes junto con el principio de la carga de la prueba y de la discrecionalidad judicial en la apreciación de la misma, para el proferimiento de la sentencia de mérito.

Como en el proceso interactúan los principios de la carga de la prueba y del deber poder del juez en su decreto, ‘es el juez, en su discreta autonomía, quien debe darle a cada uno la importancia concreta, el peso específico que debe tener uno de ellos en la resolución del debate’.

No obstante el aserto anterior, dice la Corte, no puede concluir, como antaño solía hacerse, ‘que ante la falta de pruebas se deba aplicar sin más el principio de la carga de la prueba, porque entonces de nada servirían las directrices normativas que el Código de Procedimiento Civil contempla en los artículos atrás mencionados, pero particularmente el 37 numeral 4º, normas todas enderezadas a lograr un fallo basado en verdades objetivas’.

Aunque en principio se puede afirmar que no se incurre en error de derecho cuando el juez ‘en uso de sus atribuciones se abstiene de decretar pruebas de oficio’, también es dable predicar ‘que éste se presenta cuando la necesidad de decretar y practicar esa prueba es impuesta por la ley..., así cuando la verificación oficiosa del juez se impone objetivamente por la índole del proceso, es decir, se torna ineludible a efectos de evitar una sentencia ‘absurda, imposible de conciliar con dictados elementales de justicia’.

Empero, por lo que concierne al recurso de casación, ‘el omitido deber de verificación oficiosa debe tornarse trascendente, esto es, el error del Tribunal al no decretar las pruebas de oficio debe repercutir o incidir en la resolución del conflicto al punto que si no se hubiese cometido tal yerro, el sentido del fallo hubiese sido otro’. (CSJ SC, 16 agosto de 2000. Rad. 5370)

En el mismo sentido, esta Corporación ha aclarado:

En lo que tiene que ver con la omisión en el decreto de pruebas de oficio, ha surgido desde siempre una dificultad conceptual, pues si la violación de la norma de carácter sustancial viene de la falta

de un dato o una información que no aparece en el expediente, sería necesario realizar un juicio previo, con miras a determinar prospectivamente, cómo el recaudo de ese dato o de esa información tendría un influjo definitivo en la decisión, para lograr un efecto reparador del derecho sustancial que ha sido trasgredido con la sentencia del Tribunal, o lo que es igual, debería poderse vaticinar, ex ante, con un amplísimo margen de probabilidad, que el arribo de la prueba decretada oficiosamente cambiaría el sentido del fallo.

Precisamente se ha dicho que los tribunales no pueden apreciar equivocadamente una prueba, si ella no existe en el proceso y que, del mismo modo, no es posible medir el impacto de la omisión del deber de decretar pruebas de oficio, sin un pronóstico sobre cuál sería el aporte que dicha probanza haría para cambiar la convicción que tuvieron los jueces sobre los hechos debatidos en el proceso.

Ahora bien, la posibilidad de decretar pruebas de oficio que asiste al juez, y que la jurisprudencia ha erigido en un verdadero deber, denota que se trata de una actividad las más de las veces necesaria, pero que no se puede tomar como una herramienta para forzar una hipótesis de hecho que se niega a tomar cuerpo. Así, no resulta admisible decretar toda serie de pruebas, sin cuenta ni medida, para averiguar la posible existencia de una información, si nada se puede anticipar sobre su eventual contenido y sus posibles efectos; por ello, es menester que sea plausible, así sea a manera de hipótesis, el juicio en torno a la trascendencia que la prueba tendría sobre el sentido de la decisión esperada.

No puede perderse de vista que el decreto de pruebas de oficio es un precioso instituto a ser usado de modo forzoso por el juez, cuando en el contexto del caso particularmente analizado esa actividad permita superar una zona de penumbra, o sea, que debe existir un grado de certeza previa indicativo de que al superar ese estado de ignorancia sobre una inferencia concreta y determinada, se esclarecerá una verdad que permitirá decidir con sujeción a los dictados de la justicia. Por lo mismo, no representa una actividad heurística despojada de norte, tiempo y medida, sino del hallazgo de un elemento de juicio que ex ante se vislumbra como necesario, y cuyo contenido sea capaz, por sí, para cambiar el curso de la decisión, todo en procura de lograr el restablecimiento del derecho objetivo, reparar el agravio recibido por las partes y hacer efectivo el derecho sustancial, como manda la Constitución en sus artículos 2º y 228.

Desde luego que en ese contexto, no siempre resulta de recibo el ataque a un tribunal por cometer error de derecho como consecuencia de la omisión en el decreto de pruebas de oficio, porque, en todo caso, tal yerro no puede configurarse en el vacío, esto es, no tiene cabida sobre pruebas de contenido o alcance

incierto, sino que -por regla general- su alcance debe aparecer sugerido o insinuado en el expediente, cual acontece con aquéllas que tienen la condición de incompletas. Como tiene dicho la Corte, “admitir que faltar al deber de decretar pruebas de oficio podría implicar un error de derecho, no constando aún, itérase, el requisito de la existencia y la trascendencia de las mismas, no cuadra del todo con la filosofía del recurso de casación, pues el examen de la Corte no se haría ya propiamente de cara a la sentencia cuestionada -como con insistencia suele decirse-, con no más elementos de prueba que los que trae el expediente, sino que la Corte, cual fallador de instancia, se entregaría indebidamente a acopiar otras que por lo pronto no están, renovando el aspecto probatorio del proceso. Memórese que la Corte puede sí decretar pruebas de oficio, pero no como tribunal de casación sino como juzgador de instancia, cuando funge de fallador para dictar la sentencia que ha de reemplazar la que resultó quebrada. Principio que sale maltrecho cuando primero se casa para luego averiguar por la trascendencia de las pruebas.

Con arreglo a lo dicho, pues, difícilmente puede darse en tales eventos un error de derecho. Necesitárase que las especiales circunstancias del pleito permitieran evadir los escollos preanotados, como cuando el respectivo medio de prueba obra de hecho en el expediente, pero el sentenciador pretexto que no es el caso considerado por razones que atañen, por ejemplo, a la aducción o incorporación de pruebas. Evento este que posibilitaría al fallador, precisamente porque la prueba está ante sus ojos, medir la trascendencia de ella en la resolución del juicio; y por ahí derecho podría achacársele la falta de acuciosidad en el deber de decretar pruebas oficiosas. Sería, en verdad, una hipótesis excepcional, tal como lo advirtió la Corte en un caso específico (Cas. Civ. 12 de septiembre de 1994, expediente 4293)” (Sent. Cas. Civ. de 13 de abril de 2005, Exp. No. 1998-0056-02). (CSJ, SC 18 agosto de 2010. Exp.: 2002-00101-01)

De acuerdo con lo anterior, el juez tiene el deber de decretar pruebas de oficio cuando la ley se lo impone, como por ejemplo, tratándose de la prueba genética en los procesos de filiación o impugnación de la paternidad o maternidad; la inspección judicial en los de declaración de pertenencia; el dictamen pericial en los divisorios; las indispensables para condenar en concreto al pago de frutos, intereses, mejoras o perjuicios, etc. De igual modo debe practicarlas para impedir

fallos inhibitorios y evitar nulidades.

También, como lo ha señalado la jurisprudencia, cuando con posterioridad a la presentación de la demanda sobreviene un hecho que altera o extingue la pretensión inicial y ese hecho es demostrado con una prueba idónea que no ha sido legal y oportunamente incorporada al proceso. (CSJ SC, 12 Sep 1994. Rad. 4293)

Pero, además, debe hacer uso de tal prerrogativa cuando existen elementos de juicio suficientes que indican con gran probabilidad la existencia de un hecho que reviste especial trascendencia para la decisión, de suerte que solo falte completar las pruebas que lo insinúan.

Tratándose de las acciones de grupo, específicamente, el artículo 62 de la Ley 472 de 1998 establece: *“Pruebas. Realizada la audiencia de conciliación, el Juez decretará las pruebas solicitadas y las que de oficio estime pertinentes, y señalará un término de veinte (20) días para que se practiquen, dentro del cual fijará las fechas de las diligencias necesarias. Si la complejidad del proceso lo requiere, dicho término podrá ser prorrogado de oficio o a solicitud de parte, hasta por otro término igual.”*

3. En el caso que se analiza, el Tribunal ordenó la práctica del dictamen pericial que había sido decretado por el juez *a quo* y que no se pudo realizar en la primera instancia. Sin embargo, luego de transcurrido un año y ocho meses de impartida esa orden, ante la desidia de la parte interesada, quien no cumplió con su carga de pagar el porcentaje de los gastos que le correspondía, dio por cerrada la etapa

probatoria y dictó la sentencia respectiva.

Tal medida, naturalmente, no comportó ninguna omisión o error del Tribunal, puesto que éste se ciñó estrictamente a lo estipulado por el artículo 236, numeral 6º, del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor *“si dentro del término señalado no se consignare la suma fijada, se considerará que quien pidió la prueba desiste de ella, a menos que la otra parte provea lo necesario”*.

Luego, si la aludida prueba no se practicó no fue por descuido del juzgador *ad quem*, pues éste dio la orden que le correspondía, procedió a nombrar al auxiliar de la justicia que habría de realizarla y esperó un tiempo más que razonable a que la parte interesada sufragara su parte de las expensas.

Fue, entonces, la parte actora quien descuidó la carga procesal que le correspondía, sin que pudiera obligarse a la administración de justicia y a la contraparte a esperar indefinidamente en el tiempo las consecuencias de la desidia de la convocante. Por ello, al haber ordenado el Tribunal la práctica de la aludida prueba y requerir varias veces a los interesados para que cumplieran con su obligación, sin obtener ninguna respuesta de éstos, no es posible atribuir al sentenciador la ausencia del dictamen requerido.

Mucho menos se puede admitir que el juez plural incumplió la previsión contemplada por el segundo inciso del artículo 30 de la Ley 472 de 1998, porque para poder ordenar la práctica de la prueba con cargo al Fondo para la Defensa de los Intereses Colectivos, la parte interesada debe aducir y probar, al menos, las *“razones de orden económico o técnico”*

que le impiden cumplir con su carga, tal como lo dispone el primer inciso de la referida disposición.

Ahora bien, con relación a la falta de valoración de las noticias que aparecieron en varios diarios de circulación nacional, así como de los testimonios recibidos en el proceso, tal acusación pertenece al ámbito del error de hecho, pues no alude a los requisitos formales de tales medios de prueba sino a su apreciación material, lo que será objeto de análisis en el desarrollo del segundo cargo.

El cargo primero, por tanto, no prospera.

SEGUNDO CARGO

Denunció la infracción indirecta de las mismas normas sustanciales invocadas en el cargo anterior, por error de hecho en la apreciación de las siguientes pruebas:

- Falta de valoración de documentos relativos a una serie de noticias e información periodística, publicados por el diario El Tiempo en la época en que sucedieron los hechos que, en criterio del impugnante, tienen la calidad de notorios.

- Documento emanado de la demandada (folio 145), en el que la empresa confirma a uno de sus usuarios que “*Colombia Móvil ha concentrado todos sus esfuerzos técnicos y humanos en la solución de algunas inconsistencias presentadas en el proceso de activación. En este orden de ideas le confirmaron que los aspectos de activación relacionados con su línea han sido solucionados*”, lo que no es más que un reconocimiento expreso del pésimo servicio

que prestó desde su salida al mercado.

- Documento obrante a folio 33 que contiene la queja que interpuso Edgar Dionisio Fernández Pulido, que prueba que era usuario del servicio celular que prestaba la demandada, por lo cual está legitimado para promover la acción de grupo en nombre de todas las víctimas.

- Interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada, que prueba que para el 4 de febrero de 2004 los usuarios superaban los 500.000 abonados. Confesó que ante el éxito logrado por la empresa en el mercado, la capacidad de la red fue totalmente superada y saturada, pues los consumos superaron con creces los estimativos.

- Testimonio de Andrés Germán Piñeros Cortés, quien reconoció que en los primeros cuatro meses de operaciones, la demandada captó 620.000 usuarios; que tenía capacidad para 798.000 y adquirió una ampliación para 1'500.000; que el lanzamiento de la empresa fue el 14 de noviembre de 2003 y que *“los problemas sobre congestión en la red fueron superados hacia junio de 2007”*, lo que constituye prueba del pésimo servicio prestado; que el sistema y la red fueron saturados, lo que ocasionó que durante ciertas temporadas no tuviera toda la capacidad requerida.

Este testigo reconoció que el presidente de la compañía declaró públicamente que las fallas eran inocultables y por eso se tomó la decisión de disminuir el ritmo de ventas a partir del 15 de febrero, hasta abril, para concentrarse en solucionar los inconvenientes. Ello indica que para la fecha de

su lanzamiento la compañía no estaba preparada para ofrecer un buen servicio.

- Testimonio de Jaime Hernando Malagón Barinas, quien afirmó que la empresa captó 600.000 usuarios y que la capacidad de la red era superior a la base de usuarios suscritos, lo que no es creíble.

- Testimonio de Raúl Ernesto Perilla Forero, quien reconoció que hubo *“algunos inconvenientes normales”* en el lanzamiento de la red; que *“el principal problema presentado fue la presencia de bloqueo en la red (...) caída de llamadas”* por *“una demanda superior a la planeada”* y que *“expertos del Ministerio de Comunicaciones (...) pudieron corroborar la ocurrencia de situaciones de bloqueo”*.

También afirmó que *“el consumo de los usuarios superó lo previsto por los estudios internos y la recomendación de nuestros consultores”*, por lo que *“la compañía realizó compras de recursos adicionales para mejorar la capacidad de la red a finales del año 2003, tales recursos fueron instalados aproximadamente entre marzo y julio de 2004”*.

El Tribunal, al valorar estas declaraciones, no tuvo en cuenta la parcialidad de los testigos hacia la empresa de la que eran empleados, lo que los indujo a falsear la realidad a favor de su empleador.

Todas estas pruebas demuestran los elementos que configuran la responsabilidad contractual que el juzgador de segunda instancia echó de menos, esto es el hecho generador del daño, el daño y el nexo de causalidad.

CONSIDERACIONES

1. Con relación al error de hecho, esta Corte ha reiterado que el recurrente no sólo tiene la carga de individualizar los medios de convicción sobre los cuales afirma que recae el equívoco, sino que, además, debe demostrar de qué manera se generó la supuesta preterición o cercenamiento, lo que deberá señalar de manera manifiesta; de tal suerte que la valoración realizada por el sentenciador se muestre ostensiblemente contraevidente, absurda, alejada de la realidad del proceso o sin ninguna justificación fáctica.

... la prueba de demostrar el error de hecho imputable al juzgador, corresponde exclusivamente al impugnante por mandato del artículo 374 del C. de P. C., pero esa labor no puede reducirse a una simple exposición de puntos de vista antagónicos, fruto de razonamientos o lucubraciones meticulosas y detalladas, porque en tal evento el error dejaría de ser evidente o manifiesto conforme lo exige la ley, caso en el cual la Corte no podría tomar partido distinto al consignado en la sentencia combatida... (Corte Suprema de Justicia. G.J. Tomo LXXVII, pág. 972)

Y, de igual modo, ha afirmado:

No por existir, pues, la posibilidad de que una de las partes traiga del acervo probatorio conclusiones diversas a la del sentenciador, esta última deviene sin más en contraevidente, y de ahí que, cual lo ha puntualizado con insistencia la Corte, sea necesario que la labor del recurrente se encamine a demostrar el error visiblemente grave del juzgador. (Sentencia de 23 de febrero de 2001. Exp. 6399)

«...los jueces de instancia –ha sostenido esta Corporación–, para el cabal ejercicio de su labor, gozan de una discreta autonomía en la valoración de las pruebas, como facultad inherente a la función de

determinar si un hecho alegado es susceptible o no, en razón de su prueba, de subsumirse en la hipótesis legal que el actor o el demandado pretenden. Esa discreta autonomía en la valoración de las pruebas, ha de ser respetada en casación, y por eso es que, conforme ya se indicó, la demostración del error de hecho en la apreciación del caudal probatorio debe hacer patente la equivocación del Tribunal hasta el punto de que dicho error ‘salte a la vista’, como ha sido usual describirlo». (Sentencia de 24 de octubre de 2001. Exp.: 6722)

De ahí que sea necesario singularizar cada uno de los medios de prueba que el sentenciador dejó de considerar o apreció de modo erróneo, para posteriormente hacer una comparación entre lo que manifestó el Tribunal y lo que esas pruebas realmente dicen o dejan de decir, a fin de establecer que la desfiguración material de la realidad es innegable.

De manera que cualquier razonamiento dirigido a volver a examinar la situación fáctica, por mostrar el recurrente una simple divergencia frente a la voluntad crítica del fallador, resultará estéril si no se deja al descubierto la magnitud y trascendencia del error que se produjo en la valoración de todos los elementos de prueba en los que se sustentó la decisión.

2. El documento que contiene la queja que interpuso Edgar Dionisio Fernández Pulido –que en criterio del recurrente prueba que está legitimado para promover la acción de grupo en nombre de todas las víctimas–, carece de la aptitud de desvirtuar la sentencia recurrida, dado que la legitimación de los actores no fue un tema abordado por el Tribunal, pues éste expresamente afirmó que no fue un punto

objeto de la apelación.

A tal respecto es preciso memorar que el eje central de la decisión recurrida fue la falta de demostración de los elementos que estructuran la responsabilidad contractual, específicamente el incumplimiento del convenio y el daño producido a los demandantes, por lo que la argumentación encaminada a desvirtuar tal conclusión tiene que limitarse a ese mismo contexto. Por ello, resulta inane traer al ámbito de la casación un tópico que no fue ni tuvo la virtualidad de ser el fundamento del fallo acusado.

3. En lo que respecta a las noticias divulgadas en diarios de circulación nacional, es cierto que en ellas el representante de la empresa admitió la existencia de fallas en la red, pero este hecho no fue considerado por el Tribunal como relevante para establecer el incumplimiento contractual, dado que los errores presentados fueron inconvenientes habituales en el lanzamiento de una red de telefonía móvil celular.

Para arribar a esa conclusión, el *ad quem* tuvo en cuenta el conjunto de pruebas recopiladas en el proceso, como las mediciones de caídas de llamadas que estuvieron por debajo de los estándares indicados por el Ministerio de Comunicaciones, tal como lo corroboró el testigo Raúl Ernesto Perilla. Fue por ello que esa entidad archivó la investigación que inició contra Colombia Móvil, al inferir que los problemas presentados fueron propios de una red nueva que requería un período normal de estabilización. [Folio 143, c. Tribunal]

Para el sentenciador colegiado fue irrelevante el contenido de las noticias periodísticas porque la presencia de

fallas en el servicio no se puso en discusión, pero según los estándares de los expertos, las mismas no tuvieron la aptitud suficiente para ser consideradas de gravedad o indicativas de un incumplimiento contractual, ni mucho menos de la magnitud del daño ocasionado a los usuarios, sin que esta conclusión fuera desvirtuada por el recurrente.

Lo mismo cabe afirmar del documento emanado de la demandada (folio 145) en el que la empresa confirma a uno de sus usuarios que se presentaron fallas en la prestación del servicio, lo cual –se reitera– no fue desconocido por el sentenciador; sin embargo, la sola presencia de caídas en las llamadas no fue una situación constitutiva de incumplimiento contractual según el criterio de los expertos.

Esta misma conclusión extrajo el Tribunal del interrogatorio absuelto por el representante legal de la demandada, quien no negó que ante el éxito logrado por la empresa en el mercado, la capacidad de la red fue superada por el número de usuarios que adquirieron el servicio. Esa circunstancia fue corroborada por los testigos Germán Piñeros Cortés y Raúl Ernesto Perilla Forero, quienes reconocieron que hubo algunos inconvenientes normales en el lanzamiento de la red. Sin embargo, de estas declaraciones no puede inferirse que hubo incumplimiento contractual, porque como lo concluyó la investigación realizada por el Ministerio de Comunicaciones, no se sobrepasaron los estándares establecidos para una situación regular de lanzamiento de una nueva red.

Ninguna de las acusaciones de estirpe probatoria

elaboradas por el recurrente tuvo la aptitud de refutar las conclusiones a las que arribó el Tribunal, porque al analizar todas las pruebas de manera individual y en conjunto, no es posible establecer la existencia de un error evidente y trascendente en el contenido que aquéllas indicaron.

Por todas estas consideraciones, no prospera el cargo examinado.

En tal virtud, se condenará en costas del recurso extraordinario a la parte impugnante.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el diecinueve de diciembre de dos mil doce por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso de la referencia.

Costas del recurso extraordinario a cargo de la parte impugnante. Tásense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$6.000.000.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

JESÚS VALL DE RUTÉN RUÍZ