


## MEMORIAL PARA REGISTRAR DR VALENZUELA VALBUENA RV: SUSTENTACION RECURSO DE APELACIÓN PROCESO 2019-27101

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 01/12/2023 16:19

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (392 KB)

SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR VALENZUELA VALBUENA

Cordial Saludo,

**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**

**Secretario Sala Civil**

**Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá**

**Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305**

**Teléfono 423 33 90 Extensión 8349**

**Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

---

**De:** Hernan Arias Vidales <hernanariasabogado@gmail.com>

**Enviado:** viernes, 1 de diciembre de 2023 16:13

**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; rodrigo.cardona@corbeta.com.co <rodrigo.cardona@corbeta.com.co>; saul efrain parra <saulparra56@hotmail.com>

**Asunto:** SUSTENTACION RECURSO DE APELACIÓN PROCESO 2019-27101

**HONORABLES MAGISTRADOS**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL - SALA CIVIL**

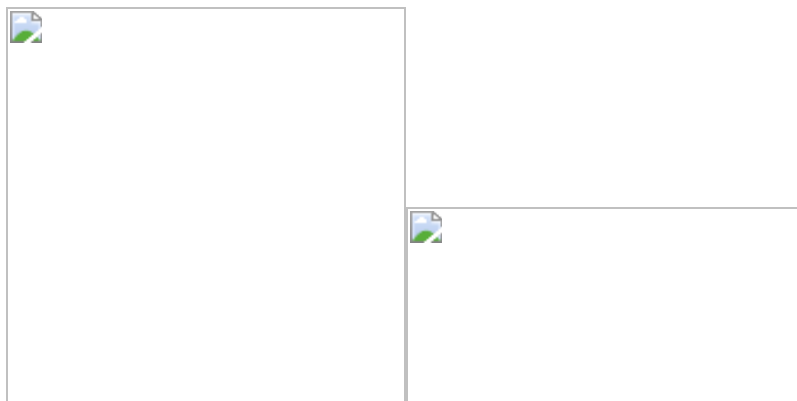
**BOGOTÁ D.C**

**E.S.D****RADICADO: 2019-271-01****DEMANDANTE: MARIA SORLEY GARCÍA ROBLES Y OTROS****DEMANDADO: CLARA ISABEL PINZON DE CASTILLO**

**HERNÁN ARIAS VIDALES**, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado al firmar, abogado en ejercicio, actuando en mi calidad de apoderado de la parte demandante, me permito comedidamente **SUSTENTAR** el recurso de apelación dentro del proceso en mención.

---

**ABOGADO ESPECIALIZADO EN DERECHO PROCESAL.  
ASUNTOS CIVILES, FAMILIA Y COMERCIALES.  
ASESOR Y CONSULTOR.  
CREADOR DE CONTENIDO "PRÁCTICA Y AL DERECHO"  
CARRERA 25 # 39-92 PISO 2 BARRIO LA SOLEDAD BOGOTA D.C.  
3202330797.**



**HERNAN ARIAS VIDALES**  
**ABOGADO**  
**ESPECIALIZADO EN DERECHO PROCESAL.**  
**ASUNTOS CIVILES, COMERCIALES Y DE FAMILIA.**  
**CARRERA 25 NRO 39-92 PISO 2 BARRIO LA SOLEDAD.**  
**3202330797 – 2430535.**  
Correo electrónico [hernanariasabogado@gmail.com](mailto:hernanariasabogado@gmail.com)

Señor  
**HONORABLES MAGISTRADOS**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**  
**SALA CIVIL.**  
**BOGOTA D.C.**

---

**REF. SEGUNDA INSTANCIA DE PROCESO DECLARATIVO DE PERTENENCIA DE MARIA SORLEY GARCIA ROBLES Y BLANCA ROBLES DE GARCIA CONTRA CLARA ISABEL PINZON DE CATILLO. RADICADO 2019-00271-01.**

---

**HERNAN ARIAS VIDALES**, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado al firmar, actuando en mi calidad de apoderado de la parte demandante dentro del proceso en referencia, con comedimiento por medio del presente escrito me permito DENTRO DE LA OPORTUNIDAD LEGAL PARA ELLO, me permito sustentar los precisos reparos dados a la sentencia, para lo cual me permito manifestar lo siguiente:

**FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION A LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El juzgado de instancia procede a negar las pretensiones de la demanda basado su análisis bajo dos situaciones especiales ocurridas en el proceso, llevando a su sentencia en cometer una interpretación errónea y mala aplicación del antecedente jurisprudencial que frente a los procesos de pertenencia deben de prevalecer.

El primer análisis en la sustracción de las consideraciones de la sentencia, tiene que ver con que mis poderdantes **eran tenedoras del inmueble** y no poseedoras, teniendo para ello en razón a que en la promesa de compraventa se había condicionado a que el señor GERARDO VELASQUEZ, fuera este señor quien iniciara el proceso de pertenencia, razón por la cual, da por sentado que las demandantes **NO** podían demandar pues eran meras tenedoras sobre el inmueble por la existencia de dicha clausula en el contrato de promesa.

**CONSIDERACIONES FRENTE A ESTA PRIMERA HIPOTESIS PARA NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**

Señores magistrados la posesión que ejerce una persona, no puede estar supeditada a un contrato, pues lo cierto es que la posesión es un derecho propio

**HERNAN ARIAS VIDALES**  
**ABOGADO**  
**ESPECIALIZADO EN DERECHO PROCESAL.**  
**ASUNTOS CIVILES, COMERCIALES Y DE FAMILIA.**  
**CARRERA 25 NRO 39-92 PISO 2 BARRIO LA SOLEDAD.**  
**3202330797 – 2430535.**  
**Correo electrónico [hernanariasabogado@gmail.com](mailto:hernanariasabogado@gmail.com)**

y autónomo, pues es claro que un tenedor en determinado momento puede convertirse en poseedor, si acredita situaciones particulares que lleven a convertirlo en poseedores. El juez de instancia se soslayó a su atención particular en el contrato de promesa de compraventa, pero pasó por alto, las situaciones particulares que llevaban a que las aquí demandantes fueran poseedoras únicas y exclusivas, pues contrario a lo que afirma el juez de instancia, habiendo las aquí demandantes ya adquirido un 75% de propiedad, era lógico y pertinente que estas mismas se convirtieran en las poseedoras absolutas del inmueble, pues a partir de allí, su animus de poseedoras absolutas empezó a crear su derecho posesorio, y esto debido al justo título inicial con el cual habían comprado parte del inmueble, pero ello NO quería decir que no se convirtieran en poseedoras del inmueble o que su derecho de poseedoras se encontrara obstaculizado por el contrato de promesa de compraventa, pues vuelvo y reitero, existían actos jurídicos que llevan sin duda alguna que la intención de la señoras era empezar a ejercer su posesión absoluta sobre el inmueble, no parcializado como lo pretende el juez en su instancia, por tanto, a partir en que estas compraron el 75% del inmueble, y haber comprado los derechos de posesión del 25%, estas se convertían en poseedoras con ánimo de señora y dueña, pues lo que el derecho posesorio busca es que como lo ha indicado la jurisprudencia, la naturaleza del poseedor NO está en un documento o contrato, si no en su animus interno de ser poseedoras y dueñas de un inmueble a partir en que estas adquieren el inmueble, y su derecho posesorio NO puede quedar supeditado a una cláusula cuando está bajo hechos notorios modula su situación interna y esta se convierte en poseedora única y exclusiva. Ahora bien, resulta inadecuado creer que las demandantes compraron a través de escritura pública el 75% sobre el bien inmueble y pretender que desde esa fecha su derecho posesorio se encontraba supeditado a que un tercero iniciara el proceso, o que se encontraban con mera tenencia del inmueble, cuando quien ha venido ejerciendo su posesión de forma permanente es el comprador que tiene el animus y el corpus, y excluirlo a razón de un contrato de promesa en el cual se condicionó a que un tercero iniciara un proceso, desconoce el verdadero sentido de poseedor quien se reputa dueño y poseedor de un bien y la existencia de un contrato no lo supedita de por vida pues para ello está la interversión del título.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 2518 del Código Civil, por el modo de la prescripción adquisitiva o usucapión se pueden adquirir derechos reales, entre ellos el dominio de los bienes corporales, ya sea muebles o inmuebles, si son poseídos en la forma y por el tiempo previsto en el ordenamiento jurídico. Esta prerrogativa, indicó la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, **está cimentada en la tenencia con ánimo de señor y dueño, sin que en principio sea necesario un título**, evento en el cual se presume la buena fe del poseedor.

El juez de instancia cimenta su fundamento en las condiciones del contrato de promesa, sin embargo, dicho sustento no tiene asidero pues el poseedor NO puede estar condicionado cuando su derecho de posesión lo ha ejercido de forma permanente y en las condiciones y requisitos que se establece para un poseedor,

**HERNAN ARIAS VIDALES**  
**ABOGADO**  
**ESPECIALIZADO EN DERECHO PROCESAL.**  
**ASUNTOS CIVILES, COMERCIALES Y DE FAMILIA.**  
**CARRERA 25 NRO 39-92 PISO 2 BARRIO LA SOLEDAD.**  
**3202330797 – 2430535.**

Correo electrónico [hernanariasabogado@gmail.com](mailto:hernanariasabogado@gmail.com)

más aun, cuando en este escenario las aquí demandantes compraron un inmueble, una propiedad abstracta de un 75% de copropiedad, pero no quiere decir que la posesión fue parcializada, pues a partir en que compran dicho inmueble, es su intención ejercer la posesión permanente e ininterrumpida, fue así que al ser dueñas del inmueble lleva implícito en su derecho de propiedad la posesión del mismo. y a partir de allí, su posesión se continuó ejerciendo de forma permanente e ininterrumpida.

**ARTÍCULO 669. <CONCEPTO DE DOMINIO>.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella **arbitrariamente**, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.

La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.

Es decir señores magistrados, mis mandantes al tener la propiedad inscrita del 75%, era un derecho de dominio sobre la cosa, el comunero puede hacer valer su derecho frente a los demás, por tanto, la propietaria inscrita del otro 25%, nunca ejerció ningún acto, más aun, nunca se postuló al proceso, por tanto, claro era que la comunera nunca había detentado la posesión del predio, contrario a ello fue las demandantes quienes han venido ejerciendo la posesión.

Ahora bien, el honorable magistrado Luis Alonso Rico Puerta salvó su voto y manifestó que hablar de la interversión de la mera tenencia en posesión sugiere que es posible que aquella se transforme en posesión, lo cual no es factible, no solo por razones de índole jurídico, sino por las restricciones lógicas que imponen las delimitadas significaciones e implicaciones de una y otra institución. En su concepto, **es más adecuado sostener que quien inicialmente fue tenedor de un bien debía probar que, en determinado momento, abandonó esa condición precaria** para en adelante autoafirmarse propietario (M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo).

Es así señores magistrados que el juez de instancia no podría deducir que mis mandantes eran tenedoras parciales de la posesión del 25%, pues esto NO podía sobrepasar el verdadero sentido de que la posesión que ejercieron mis poderdantes la hacían en su calidad de propietarias inscritas, y de desconocer que como hecho concomitante el mismo señor GERARDO VELASQUEZ (quien no es propietario del 25%), les había ya transferido la propiedad del 75%, momento desde el cual empezaron a ejercer su posesión, y plantear en la decisión, que de la existencia de esa promesa de compraventa, se debía a una tenencia y no a un derecho posesorio, pues todo lo contrario ya que, desde el mismo momento en que las demandantes compraron el inmueble, esto implícitamente ya les generaba un derecho de dominio y posesión al amparo del Art 669 del C.Civil, y su derecho de acción y demandar estaba en cabeza de ellas y no del señor GERARDO VELASQUEZ, pues la posesión o acción de pertenencia la demanda es quien ha ejercido la posesión con animo de señor y

**HERNAN ARIAS VIDALES**  
**ABOGADO**  
**ESPECIALIZADO EN DERECHO PROCESAL.**  
**ASUNTOS CIVILES, COMERCIALES Y DE FAMILIA.**  
**CARRERA 25 NRO 39-92 PISO 2 BARRIO LA SOLEDAD.**  
**3202330797 – 2430535.**  
**Correo electrónico [hernanariasabogado@gmail.com](mailto:hernanariasabogado@gmail.com)**

dueño, y de creer la existencia de un contrato, puede darse la interversión del título que cambia o modula cualquier situación contractual que exista, más aun, cuando con quien se firmó el contrato de promesa era una persona que se dijo haber ejercido la posesión, mas no ser el propietario inscrito, por tanto, no se le puede reconocer a este tercero como un propietario inscrito, pues además, vuelvo y reitero, nunca se firmó con respecto a la propietaria inscrita del inmueble del 25%, en la cual, si llevaría implícito un reconocimiento de propiedad en cabeza de un tercero copropietario.

Como lo ha dicho la corte “La prescripción de la especie arriba expresada, que fue la que hizo valer el pretense usucapiente, tiene como fundamento esencial la tenencia del bien con ánimo de señor y dueño, que no necesita respaldarse en “título” alguno, en tanto que la buena fe del “poseedor” se presume de derecho, bastándole a éste comprobar que lo estuvo poseyendo en forma ininterrumpida, por el tiempo legalmente exigido, plazo que si en la actualidad es de diez años -artículo 1º de la ley 791 de 2002-, al elegir el actor que se rigiera bajo el imperio de la anterior legislación, le corresponde probar que la ha ejercitado durante veinte anualidades continuas”.

El artículo 762 del Código Civil ha definido la posesión como “...la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño...”, es decir que requiere para su existencia del *animus* y del *corpus*, esto es, el elemento interno, psicológico, la intención del *dominus*, que por escapar a la percepción directa de los sentidos es preciso presumir de la comprobación plena e inequívoca de los actos materiales y externos ejecutados continuamente y por todo el lapso que dure aquélla, que por constituir manifestación visible del señorío, llevan a inferir la intención o voluntad de hacerse dueño, mientras no aparezcan otras circunstancias que demuestren lo contrario, y el elemento externo, esto es, la retención física o material de la cosa. Estos principios deben ser acreditados plenamente por el prescribiente para que esa posesión como presupuesto de la acción, junto con los otros requisitos señalados, lleve al juzgador a declarar la pertenencia deprecada a favor del actor.

Por otra parte, tanto las leyes, como la jurisprudencia y la doctrina, en forma unánime han reiterado que en relación con las cosas, las personas pueden encontrarse en una de tres posiciones, cada una de las cuales tiene diversas consecuencias jurídicas e igualmente le confiere a su titular distintos derechos subjetivos, así: a) Como mero tenedor, cuando simplemente ejerce un poder externo y material sobre el bien reconociendo

**HERNAN ARIAS VIDALES**  
**ABOGADO**  
**ESPECIALIZADO EN DERECHO PROCESAL.**  
**ASUNTOS CIVILES, COMERCIALES Y DE FAMILIA.**  
**CARRERA 25 NRO 39-92 PISO 2 BARRIO LA SOLEDAD.**  
**3202330797 – 2430535.**

Correo electrónico [hernanariasabogado@gmail.com](mailto:hernanariasabogado@gmail.com)

dominio ajeno (art. 775 Código Civil); b) Como poseedor, cuando, además de detentar materialmente “la cosa”, tiene el ánimo de señor y dueño y quien, de conformidad con el artículo 762 *ibídem*, es reputado como tal mientras otro no justifique serlo; c) Como propietario, cuando efectivamente posee un derecho real en ella, con exclusión de todas las demás personas, que lo autoriza para usar, gozar y disfrutar de la misma dentro de la ley y de la función social que a este derecho corresponde (art. 669 C.C.).

De lo expresado anteriormente se concluye que el elemento que distingue la “tenencia”, de la “posesión”, es el *animus*, pues quien detenta el objeto no lo tiene con ese ánimo y reconoce dominio ajeno, mientras que en la segunda, como ya se dijo, requiere de los dos presupuestos, tanto la aprehensión física del bien como de la voluntad de ostentarlo como verdadero dueño.

Señores magistrados, obsérvese como el juez de instancia declara que por la existencia del contrato de promesa de compraventa sobre el 25% mi poderdante era mera tenedora, desconociendo que el mismo tercero señor GERARDO VELASQUEZ en el interrogatorio que rindió, acepta que mis mandantes son las que han pagado el impuesto, aceptaba las condiciones que ellas le imponían sobre el inmueble, y este NO resulta siendo dueño inscrito, si no un supuesto poseedor que había vendido sus derechos, por tanto, son las demandantes quienes han ejercido la posesión y el copropietario inscrito (parte demandada en este proceso), contrario a ello, antes de la compra realizada por las demandantes, la copropietaria nunca había estado en el inmueble ni ejercido algún tipo de derecho posesorio, ni siquiera durante los 10 años de la posesión de mis poderdantes estuvo presente en el inmueble.

Sobre el particular, esta Corporación en sentencia del 15 de septiembre de 1983 dijo: *“Y así como según el artículo 777 del Código Civil, el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión, quien ha reconocido dominio ajeno no puede frente al titular del señorío, trocarse en poseedor, sino desde cuando de manera pública, abierta, franca, le niegue el derecho que antes le reconocía y simultáneamente ejecute actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo de aquél. Los actos clandestinos no pueden tener eficacia para una interversión del título del mero tenedor. Con razón el artículo 2531 del Código Civil exige, a quien alegue la prescripción extraordinaria, la prueba de haber poseído sin clandestinidad”*

*En pronunciamiento posterior sostuvo así mismo la Corte: “La interversión del título de tenedor en poseedor, bien puede originarse en un título o acto proveniente de un tercero o del propio contendor, o también, del frontal desconocimiento del derecho del dueño, mediante la realización de actos de explotación que ciertamente sean indicativos de tener la cosa para sí, o sea, sin*

**HERNAN ARIAS VIDALES**  
**ABOGADO**  
**ESPECIALIZADO EN DERECHO PROCESAL.**  
**ASUNTOS CIVILES, COMERCIALES Y DE FAMILIA.**  
**CARRERA 25 NRO 39-92 PISO 2 BARRIO LA SOLEDAD.**  
**3202330797 – 2430535.**

Correo electrónico [hernanariasabogado@gmail.com](mailto:hernanariasabogado@gmail.com)

*reconocer dominio ajeno. En esta hipótesis, los actos de desconocimiento ejecutados por el original tenedor que ha transformado su título precario en poseedor, han de ser, como lo tiene sentado la doctrina, que contradigan, de manera abierta, franca e inequívoca, el derecho de dominio que sobre la cosa tenga o pueda tener el contendiente opositor, máxime que no se puede subestimar, que de conformidad con los artículos 777 y 780 del Código Civil, la existencia inicial de un título de mera tenencia considera que el tenedor ha seguido detentando la cosa en la misma forma precaria con que se inició en ella". (Sentencia de Casación de 18 de abril de 1989, reiterada en la de 24 de junio de 2005, exp. 0927).*

Es así señores magistrados que mis poderdantes habían empezado a ser poseedoras desde el mismo momento en que a través del acto jurídico compran al señor GERARDO VELASQUEZ EL 75% de la propiedad, y esta propiedad, consecuentemente lleva implícito unos derecho de copropiedad, y el ejercicio de su derecho empezó desde ese momento, pues ingresó sin reconocer al copropietario como dueño, además, que su ingreso se dio de buena fe y con la convicción de haber comprado todo un inmueble, sobre el cual empezó a ejercer su posesión, por ende, es a partir de esa situación en que empiezan a ser poseedoras y no tenedoras en nombre de otro, o si fuere así, esto se devasta pues la posesión de ánimo de señor y dueño y el elemento volitivo va por encima de la propiedad inscrita demandada, o de cualquier otro acto documental anterior. Por ende, las demandantes no solo son dueñas del predio del 75% si no que también son consecuentemente poseedoras sobre el 100% del mismo.

### **FRENTE A NO HABER ACREDITADO LA POSESIÓN Y EL DESCONOCIMIENTO DE LA COPROPIETARIA INSCRITA**

Las aquí demandantes señor juez, su interversion y desconocimiento al copropietario del predio y demandado dentro de este proceso, quien fue representada por curador, se dio desde el mismo momento en que compra el 75% de propiedad, pues la propiedad inscrita del comunero le da unos derechos:

**ARTÍCULO 669. <CONCEPTO DE DOMINIO>.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella **arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.**

La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.

Es decir, que la propiedad de un comunero ingresa a tener prerrogativas de su derecho de posesión, lo cual en el caso sub examine, mis mandantes desconocieron totalmente a la comunera, pues si bien compraron unos derechos posesorios al señor GERARDO VELASQUEZ, lo cierto es que a partir de los actos jurídicos realizados se empezó a desconocer totalmente a la otra



**HERNAN ARIAS VIDALES**  
**ABOGADO**  
**ESPECIALIZADO EN DERECHO PROCESAL.**  
**ASUNTOS CIVILES, COMERCIALES Y DE FAMILIA.**  
**CARRERA 25 NRO 39-92 PISO 2 BARRIO LA SOLEDAD.**  
**3202330797 – 2430535.**  
**Correo electrónico [hernanariasabogado@gmail.com](mailto:hernanariasabogado@gmail.com)**

comunera, por tanto, mal pretende el juez en que debía probar desde cuando las demandantes desconocieron a la comunera, pues de las pruebas se puede extraer que con la escritura de venta y de la compra de derechos posesorios, no solo mis poderdantes si no el tercero, el señor GERARDO VELASQUEZ, habían desconocido íntegramente a dicha comunera, pues de lo contrario, no hubieran realizado acto de venta escriturario y la promesa de compraventa de los derechos posesorios, desde este mismo momento, se rompe esa desvinculación de oposición al otro comunero.

“Tanto la jurisprudencia, como la doctrina, suelen referirse a esas ventajas como atributos del derecho de dominio (atributo de uso –ius utendi–, atributo de explotación –ius fruendi– y atributo de disposición –ius abutendi–): «Como atribuciones de la propiedad se han señalado i. el ius utendi, que consiste en la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir, ii. el ius fruendi o fructus, que es la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación. Finalmente, el derecho de disposición consistente en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien» (CC, C-133/09. En el mismo sentido, CSJ SC, 16 abr. 2008, rad. 2000-00050-01 y CSJ SC12323-2015). 3 Solo en esto serían comparables la comunidad y las sociedades mercantiles, pues todos los socios tienen un derecho abstracto a recibir utilidades, del que no pueden ser privados (art. 150, Código de Comercio), y que, eventualmente, se concretará en una asignación proporcional a sus cuotas de interés o acciones, a menos que válidamente se pacte algo distinto, como ocurriría, a modo de ejemplo, cuando se colocan acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto (arts. 61 y ss., Ley 222 de 1995). Sin embargo, son más las divergencias que los puntos en común entre ambas instituciones jurídicas, lo que torna problemática la analogía propuesta por el legislador”.

Es por razón que mis poderdantes nunca conocieron a la otra comunera, razón suficiente para expresar que desde el momento en que compraron la vivienda del 75%, desconocieron íntegramente a la comunera propietaria inscrita, más aun, cuando esta nunca desplazó algún tipo de acción o recuperación de su inmueble, más aun, su hermano era quien poseía el predio según sus declaraciones y el acto jurídico que se vendió.

No sobra advertir honorables magistrados, que la posesión de mis poderdantes si está establecida probatoriamente, no solo porque es dueña en proindiviso y a partir de ese momento ha venido ocupando el inmueble de lo cual se desprende de la inspección judicial, de los testigos, quienes contrario a lo afirmado por el juez de instancia, sus declaraciones fueron creíbles y quien más que quien es dueña inscrita del predio, sea quien pretenda la pertenencia que aquí nos ocupa.

**HERNAN ARIAS VIDALES**  
**ABOGADO**  
**ESPECIALIZADO EN DERECHO PROCESAL.**  
**ASUNTOS CIVILES, COMERCIALES Y DE FAMILIA.**  
**CARRERA 25 NRO 39-92 PISO 2 BARRIO LA SOLEDAD.**  
**3202330797 – 2430535.**  
Correo electrónico [hernanariasabogado@gmail.com](mailto:hernanariasabogado@gmail.com)

De esta manera dejo sustentado mis reparos por lo cual solicito al despacho se sirva revocar la sentencia y en su defecto conceder las pretensiones de la demanda.

Atentamente,



**HERNAN ARIAS VIDALES**  
**C.C. 14.297.233 DE IBAGUE TOLIMA.**  
**TP. 271.568 DEL C.S. DE LA J.**


**HÁV**  
**HERNÁN ÁRIAS VIDALES**  
**ABOGADOS**

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ALVAREZ GOMEZ RV: Rad. No. 110013103047-2021-00627-01 | Proceso verbal promovido por BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A. contra DALLAS MILENIO S.A.S | Sustentación de recurso de apelación**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 28/11/2023 15:05

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (1 MB)

2023-11-28 - BIOMAX - DALLAS MILENIO - Recurso de apelación contra sentencia VF con anexos.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ALVAREZ GOMEZ

Cordial Saludo,

**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**

**Secretario Sala Civil**

**Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá**

**Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305**

**Teléfono 423 33 90 Extensión 8349**

**Email: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

---

**De:** Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Enviado:** martes, 28 de noviembre de 2023 14:57

**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Cc:** jany.montano@ostabogados.com <jany.montano@ostabogados.com>

**Asunto:** RV: Rad. No. 110013103047-2021-00627-01 | Proceso verbal promovido por BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A. contra DALLAS MILENIO S.A.S | Sustentación de recurso de apelación contra sentencia de primera instancia proferida el 28 de julio de 2023

Buenas tardes

Remito por ser de su competencia.

**LAURA MELISSA AVELLANEDA MALAGON***Secretaria Administrativa de la Sala Civil**Tribunal Superior de Bogotá**PBX 6013532666 Ext. 8378**Línea gratuita nacional 018000110194**secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co**Avenida Calle 24A No. 53-28, Of. 305 C**Bogotá D.C.***De:** Jany Montaña Araújo <jany.montano@ostabogados.com>**Enviado:** martes, 28 de noviembre de 2023 11:53**Para:** Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaría General Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <tsbtsgen@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Cc:** Gestion.juridicap1@gmail.com <Gestion.juridicap1@gmail.com>; estaciondallasmilenio@gmail.com <estaciondallasmilenio@gmail.com>; gestion.juridicap7 <gestion.juridicap7@gmail.com>; Juan Felipe Ortiz Quijano <juan.ortiz@ostabogados.com>; adolfo.suarez@ostabogados.com <adolfo.suarez@ostabogados.com>; Diego Alvarez <diego.alvarez@ostabogados.com>; Ana Lucía Zabaleta Manrique <ana.zabaleta@ostabogados.com>**Asunto:** Rad. No. 110013103047-2021-00627-01 | Proceso verbal promovido por BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A. contra DALLAS MILENIO S.A.S | Sustentación de recurso de apelación contra sentencia de primera instancia proferida el 28 de julio de 2023

Señores

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL****M.P.: Marco Antonio Álvarez Gómez****Ref.:** Proceso verbal **BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A.** contra **DALLAS MILENIO S.A.S****Rad.:** 110013103047-**2021-00627-01****Asunto:** Sustentación de recurso de apelación contra sentencia de primera instancia proferida el 28 de julio de 2023

Por instrucciones del doctor **JUAN FELIPE ORTIZ QUIJANO**, a quien se copia en este correo y quien actúa en calidad de apoderado judicial de la sociedad **BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A.**, estando en oportunidad legal para ello, concurrimos al despacho para presentar **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** en contra la sentencia de primera instancia proferida el 28 de julio de 2023 y notificada el 31 de julio de 2023 en el proceso de la referencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, en los términos del documento adjunto.

Se deja constancia que siguiendo los deberes y obligaciones de la Ley 2213 de 2022, se copia en la presente comunicación a la contraparte.

Atentamente,



Señores  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL**  
**M.P.: Marco Antonio Álvarez Gómez**

**Ref.:** Proceso verbal **BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A.** contra **DALLAS MILENIO S.A.S**

**Rad.:** 110013103047-2021-00627-01

**Asunto:** Sustentación de apelación contra sentencia de primera instancia proferida el 28 de julio de 2023

**JUAN FELIPE ORTIZ QUIJANO**, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderado judicial de la sociedad **BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A.**, (en adelante, “BIOMAX”) según poder que obra en el expediente, estando en oportunidad, me permito presentar **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** en contra la sentencia de primera instancia proferida el 28 de julio de 2023 y notificada el 31 de julio de 2023 en el proceso de la referencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, en los siguientes términos:

### **I. PETICIONES**

Con fundamento en las consideraciones y razonamientos que adelante se exponen, de manera respetuosa se solicita al H. Tribunal Superior de Bogotá acceder a las siguientes peticiones:

**PRIMERA: REVOCAR** en su totalidad la sentencia de primera instancia proferida en el 28 de julio de 2023 por las razones que se exponen en el presente escrito.

**SEGUNDA:** Como consecuencia de lo anterior, **CONCEDER** las pretensiones declarativas principales y de condena contenidas en el escrito de demanda.

**SEGUNDA SUBSIDIARIA:** Subsidiariamente, se solicita **CONCEDER** las pretensiones declarativas subsidiarias y de condena contenidas en el escrito de demanda.

**TERCERA:** Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

### **II. LA PROVIDENCIA RECURRIDA**

Mediante sentencia de primera instancia proferida por escrito el 28 de julio de 2023 y notificada el 31 de julio de 2023, el Juzgado 47 Civil del Circuito de Bogotá declaró “*probadas las excepciones de CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES e INEXIGIBILIDAD DE LAS PENALIDADES del precontrato allegado*”.

Así, el *a quo* procedió a negar las pretensiones de la demanda y a condenar en costas y agencias en derecho a mi representada, lo que demuestra el interés para recurrir por medio de apelación.

### **III. REPAROS CONCRETOS CONTRA LA PROVIDENCIA RECURRIDA**

1. Defecto sustantivo en razón de la confusión entre el régimen aplicable a la actividad de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo y el régimen aplicable a las relaciones contractuales entabladas entre distribuidores mayoristas y minoristas.
2. Indebida calificación del negocio jurídico objeto de la controversia e imposición de consideraciones jurídicas y contractuales ajenas a la realidad.
3. Aplicación indebida de las siguientes normas: (i) decreto 4299 de 2005, (ii) artículo 2.2.1.1.2.2.3.90 del Decreto 1073 de 2015 y (iii) del numeral 5º del Artículo 4º de la Resolución 31348 de 2015, por la exigencia de un contrato de suministro no previsto en la norma como presupuesto de cumplimiento de las obligaciones de la parte demandada.

4. Indebida interpretación sobre quién debía adelantar los trámites correspondientes para la obtención de los permisos y licencias ante el Ministerio de Minas, a la luz del régimen aplicable a la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo.
5. Indebida valoración de los elementos de prueba que daban cuenta del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de DALLAS MILENIO.
6. Defecto fáctico de la sentencia recurrida al tener por ciertos hechos que no se encontraron probados y que supuestamente daban lugar a declarar probada la excepción de “*CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES*” y por lo tanto “*INEXIGIBILIDAD DE LAS PENALIDADES*”.
7. Indebida valoración de las circunstancias que daban lugar a la aplicación y exigibilidad de las penalidades contractuales.
8. Carencia de argumentación y análisis en relación con el grupo de pretensiones subsidiarias.

#### **IV. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO Y DE LOS REPAROS CONCRETOS**

##### **1. Defecto sustantivo en razón de la confusión entre el régimen aplicable a la actividad de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo y el régimen aplicable a los negocios jurídicos celebrados entre distribuidores mayoristas y minoristas**

El Código de Petróleos, Decreto Legislativo No. 1056 de 1953, prevé, en su artículo 212, que el transporte y la distribución del petróleo y sus derivados constituyen un servicio público y por ello “[...] las personas o entidades dedicadas a esa actividad deberán ejercitarla de conformidad con los reglamentos que dicte el Gobierno en guarda de los intereses generales”, complementado por la Ley 39 de 1987 al disponer, en su artículo 1º, que “[l]a distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo es un servicio público que se prestará de acuerdo con la ley”.

Igualmente, la Ley 26 de 1989 en su artículo 1 señala que “en razón de la naturaleza del servicio público de la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, fijado por la Ley 39 de 1987, el Gobierno podrá determinar: horarios, precios, márgenes de comercialización, calidad, calibraciones, condiciones de seguridad, relaciones contractuales y demás condiciones que influyen en la mejor prestación de ese servicio público”.

Por su parte, el artículo 61 de la Ley 812 de 2003 establece que intervienen en esa actividad “los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, con la excepción del gas licuado de petróleo, solamente serán el Refinador, el Importador, el Almacenador, el Distribuidor Mayorista, el transportador, el Distribuidor Minorista y el Gran Consumidor”.

Asimismo, el Decreto 4299 de 2005 consagra, en su artículo 4, modificado por el artículo 2 del Decreto 1333 de 2007, que es distribuidor mayorista “toda persona natural o jurídica dedicada a ejercer la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, a través de una planta de abastecimiento, la cual entrega dichos productos con destino a la(s) planta(s) de otro(s) distribuidor(es) mayorista(s), a los distribuidores minoristas o al gran consumidor, conforme a lo señalado en el Capítulo V del presente decreto”.

Respecto a la normatividad que regula la actividad de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC5141-2020 del 16 de diciembre de 2020, rad. 11001-31-03-032-2015-00423-01, M.P.: Luis Armando Tolosa, ha indicado que:

*“Esas normas deben ser puestas en contexto, en cada caso, con las estipulaciones particulares que, sin desbordar el orden público y las sanas costumbres, hayan hecho las partes al regular en concreto sus intereses, pues solo así se podrá saber cuál fue su proceder al interior del acto en discusión, a fin de deducir o desvirtuar su responsabilidad civil.*

**Lo anterior, porque es a través de un contrato que las personas habilitadas para la «distribución y comercialización de combustibles derivados del petróleo» regulan la forma**

**y términos en que una de ellas se obliga a proveer a la otra de cualquiera de esos productos en determinadas cantidades y de acuerdo a las condiciones pactadas entre sí; de lo que se sigue que cualquier controversia que se suscite debe ser analizada con base en ese pacto jurídico, siempre que no riña con las previsiones establecidas por el gobierno nacional, al tratarse de un mercado regulado.**

(...)

No sobra decir que la normatividad pública que echa de menos la recurrente alberga unas pautas genéricas tendientes a garantizar el interés general y asegurar la prestación continúa y eficiente de la comercialización y distribución del combustibles derivados del petróleo; luego, **no reemplaza, ni suprime las estipulaciones privadas hechas por los agentes mayoristas al regular sus relaciones en el mercado donde participan; de allí que el desarrollo de esos mandatos reglamentarios está sujeto a lo que acuerden en su esfera privada, los sujetos que ejerzan esa actividad, en cuanto no contravengan dicha legislación.**

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que la regulación legal sobre distribución de combustibles tiende a proteger el interés general y, específicamente, a los consumidores, mientras el contrato privado, que es ley para las partes, regula el de quienes mediante él se vinculan.

Por tanto, aunque tales pautas públicas fijan unas directrices generales para la distribución y comercialización de combustibles derivados del petróleo, las cuales no pueden ser desconocidas por los agentes y demás sujetos autorizados para intervenir en ese mercado regulado, **lo cierto es que en las relaciones comerciales que entre ellos se suscitan en el desempeño de dicha labor rige el principio de la autonomía dispositiva, en cuanto no contravenga ese ordenamiento**". (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

En el mismo sentido, en sentencia del 25 de agosto de 2010, con rad. 11001-03-24-000-2006-00184-01, M.P. María Claudia Rojas, el Consejo de Estado **había declarado la nulidad de la expresión "de suministro" que figure en el texto del Decreto 4299 de 2005**, consignada en el numeral 9 de su artículo 15 y en el numeral 8, literal A) de su artículo 21 puesto que se exigía la existencia de un contrato de suministro entre el distribuidor mayorista y el distribuidor minorista. Dicha declaratoria de nulidad obedeció a que el Consejo de Estado ratificó la libertad contractual y la autonomía de la voluntad como principios rectores de la relación jurídica entre distribuidores mayoristas y minoristas, **por lo que no era correcto jurídicamente exigir una determinada tipología contractual como requisito habilitante para el distribuidor minorista**. Veamos:

*"Según quedó expuesto, el artículo 1° de la Ley 26 de 1989 habilita al ejecutivo para determinar "horarios, precios, márgenes de comercialización, calidad, calibraciones, condiciones de seguridad, relaciones contractuales y demás condiciones que influyen en la mejor prestación de ese servicio público".*

*Ningún reparo para la Sala ofrece el contenido normativo del acto acusado en cuanto el ejecutivo desarrolla la facultad que le confirió el legislador de regular las obligaciones que, indistintamente de la relación contractual, deben acatar el distribuidor mayorista y el distribuidor minorista. **Empero, advierte que en cuanto únicamente contempla en forma exclusiva el contrato de suministro, la normativa sub-examine contraría la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, pues no existe razón jurídicamente atendible para prohibir a los agentes distribuidores de la cadena de combustibles, a regular sus relaciones contractuales mediante la diversidad de modalidades contractuales que contempla el ordenamiento jurídico. En tal virtud, la Sala declarará la nulidad de la expresión "de suministro," en el entendido de que los agentes pueden acordar otras modalidades de regulación de sus relaciones contractuales.**"* (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

De acuerdo con todo lo expuesto, en el marco de la actividad de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, los intervinientes en dicho mercado, el cual es regulado, pueden



celebrar diferentes negocios jurídicos que estarán regidos por las disposiciones civiles y comerciales aplicables dependiendo del tipo de negocio jurídico del que se trate.

Sin embargo, en el presente asunto, salta a la vista que el a-quo de forma errada confunde el régimen aplicable a la actividad de distribución de hidrocarburos con el régimen aplicable a los negocios jurídicos que pueden celebrar los intervinientes en el mercado tal y como se evidencia en la página 9 de la sentencia recurrida. Veamos:

3. Ahora bien, el cumplimiento o incumplimiento del contrato del que aquí se habla, no puede subsumirse con facilidad a las anteriores reglas generales pues de lo que acá se trata es de una negociación especial reglada y también sometida a las leyes que para su existencia se encuentran ampliamente reguladas. Lo que hace más compleja la determinación del incumplimiento de uno u otro contratante.

Nótese cómo el *a quo* afirma que en el presente asunto estamos ante “una negociación especial reglada y también sometida a las leyes que para su existencia se encuentran ampliamente reguladas” lo que en su parecer hace más compleja la determinación del incumplimiento para luego afirmar que no nos encontramos ante un contrato propiamente dicho sino ante unas simples tratativas, lo cual lleva al despacho a realizar una indebida calificación del negocio jurídico objeto de la controversia como se procede a exponer.

No sin antes resaltar que como bien lo señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC5141-2020 del 16 de diciembre de 2020, rad. 11001-31-03-032-2015-00423-01, M.P.: Luis Armando Tolosa “**La responsabilidad civil contractual se asienta sobre la existencia y validez de un pacto ajustado entre dos o más sujetos de derecho, la desatención -total o parcial- de los compromisos adquiridos por uno de ellos o su ejecución defectuosa o tardía, así como la presencia de un detrimento, y el nexo causal entre tal omisión y su resultado.**”

*Así sucede porque tales acuerdos son ley para las partes, quienes, desde el momento de su perfección, deben honrar sus deberes y de no hacerlo tienen que salir a resarcir los daños que de su infracción unilateral deriven para quien sí los cumplió o, cuando menos, se acercó a atenderlos en la forma y términos pactados.*

*Precisamente, en CSJ SC5585-2019, se recordó que:*

*(...) la responsabilidad contractual está edificada sobre los siguientes pilares axiológicos: a) la preexistencia de un vínculo jurídico entre las partes; b) su incumplimiento relevante por quien es demandado; c) la generación de un perjuicio significativo para el actor; y d) la conexión causal entre la referida insatisfacción de los deberes convencionales y el correspondiente daño irrogado. La figura legis se funda en los artículos 1602 a 1617 del Código Civil, consagradorios de la fuerza normativa de los contratos, así como en las estipulaciones convenidas por las partes en cada caso, sin perjuicio de las reglas imperativas, dispositivas y supletorias de la materia” (Subrayas y negrillas fuera del exto).*

Lo anterior es relevante puesto que en el caso que nos concierne el análisis de la responsabilidad contractual no representaba requisitos adicionales o más complejos de los ya decantados en la ley y la jurisprudencia, como lo afirmó el *a quo*, puesto que incluso en el sector de hidrocarburos y de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo deben analizarse los mismos requisitos señalados por la jurisprudencia, de cara a determinar si existió o no incumplimiento de un negocio jurídico suscrito entre dos o más agentes del mercado.

De este modo, en el presente asunto se entabló una demanda mediante la cual se pretendió de forma principal la declaratoria de responsabilidad contractual de la sociedad DALLAS en razón del incumplimiento de las obligaciones que dicha sociedad contrajo en el negocio jurídico celebrado

con mi representada y que las partes denominaron “*Carta de Intención de Futura Negociación de Contrato de Distribución donde operará la Estación de Servicio denominada E.D.S. Dallas Milenio, en Cimitarra (Santander) abanderada con la marca GULF*” y de forma subsidiaria, se solicitó que se declarara que las condiciones suspensivas positivas pactadas en el considerando quinto (5), en la Cláusula CUARTA y en la Cláusula QUINTA del Contrato, resultaron fallidas de conformidad con lo previsto en el artículo 1537 del Código Civil.

En ese contexto y como encontrará probado el Tribunal, este extremo procesal acreditó los elementos propios de la responsabilidad contractual lo que conllevaba a que se declararan procedentes las pretensiones de la demanda como más adelante se procede a exponer.

## **2. En relación con la indebida calificación del negocio jurídico objeto de la controversia e imposición de consideraciones jurídicas y contractuales ajenas a la realidad**

Producto de la confusión jurídica del *a quo* con respecto a la diferenciación entre el régimen aplicable a la actividad de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo y el régimen jurídico aplicable a los negocios celebrados entre los agentes del mercado, el *a quo* realizó una indebida calificación del negocio jurídico objeto de la controversia en tanto el indicó en la página 9 de la sentencia recurrida lo siguiente:

*“(…)*una carta de intención **es una práctica** que tiene como objeto acordar una futura negociación, es decir, invitar a las partes a negociar un contrato futuro **donde las obligaciones principales serán las de negociar de buena fe**, haciendo uso de todos los medios posibles para que el objetivo de las partes de celebrar un contrato se convierta en realidad, siendo la carta de intención un documento esencialmente declarativo que recoge la intención de las partes frente al interés que tienen de propiciar un acuerdo contractual.

*Es un trato preliminar que no está contemplado expresamente en la legislación colombiana pero que se interpretan a la luz de las normas del código civil y de comercio. El artículo 863 de este último reza: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen. Y al tenor del artículo 1282 del Código Civil se dispone que los actos y documentos emitidos en la etapa precontractual servirán para analizar la intención de los contratantes”* (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Luego de ello, el *a quo* realiza nuevamente un resumen del contenido de la demanda y de la contestación de la demanda y sorpresivamente, salta a hacer un análisis descuidado “*de los medios probatorios allegados para la demostración de los hechos expuestos en la contestación de la demanda*” para concluir en la página 12 de la sentencia recurrida que:

*“En el contrato pactado según su nombre como iniciador de un futuro contrato de distribución que se suscribiría entre las partes, bien pronto se establece, de cara a lo aquí verificado, que no es posible establecer ningún incumplimiento a cargo de la demandada, pues como se lee del allegado y lo afirma la propia parte actora en su demanda, **se suscribió como preparatorio, esto es, no se trata acá del contrato de distribución de productos derivados del petróleo, sino apenas de la intención de los contratantes de llevarlo a cabo más adelante.***

*(…)*

*Hasta aquí **el presunto contrato** es apenas una **negociación** en la que ambas partes están interesadas, y es que debe serlo, **porque el contrato a celebrar posterior, que es propiamente el contrato de distribución** será el que requiera la tantas veces mencionada en el proceso, **autorización que expida el Ministerio de Minas y Energía, la que a su vez, solo la expide la mencionada autoridad, bajo la responsabilidad de las obligaciones de los distribuidores mayoristas, como la acá demandante BIOMAX, entre las cuales se encuentra la siguiente**”.*

Saltan de bulto las imprecisiones jurídicas en las que incurre el *a quo* al i) restarle el carácter de contratos a negocios jurídicos preparatorios (como lo puede ser un contrato atípico o un contrato

de promesa) generadores de obligaciones vinculantes para las partes que lo celebran; ii) al trasladarse al terreno de las tratativas y negociaciones que conllevan a hablar de una responsabilidad precontractual y no contractual, responsabilidades diferenciables en el mundo jurídico y que incluso tienen repercusiones diferentes en cuanto a perjuicios resarcibles se trata.

No siendo menores dichas imprecisiones, lo cual da cuenta de un juzgamiento carente de diligencia y acuciosidad, resulta relevante indicar que conforme con el artículo 1602 del Código Civil, *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, norma que tiene arraigo en el denominado principio de la autonomía privada, que, en esencia, se concreta en la facultad que tienen las personas para contratar y determinar libremente el contenido de sus convenios y el alcance de sus obligaciones.

De otro lado, al tenor del artículo 1501 del Código Civil, en cada contrato se distinguen las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales, y precisa la norma que *“Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”*.

Desde esa perspectiva, el contenido del contrato está conformado por sus elementos esenciales (*essentialia negotii*) que son aquellos absolutamente necesarios para su validez y eficacia; los naturales (*naturalia negotii*) referidos a otros que sin ostentar la connotación de esenciales se derivan de disposiciones jurídicas y se integran al negocio, aunque las partes no los incluyan expresamente si no disponen nada en contrario, y los accidentales (*accidentalia negotii*), que aluden a los acuerdos que los intervinientes pueden adicionar para configurar la convención conforme a sus intereses particulares.

Es por la identificación de los elementos esenciales del contrato que el juzgador tiene la facultad de calificarlos independientemente de la denominación o nombre que las partes hayan dado al mismo y en esa labor de calificación puede el juzgador calificar un contrato como típico o atípico, para consiguientemente determinar cuál el régimen aplicable al mismo.

Para el caso concreto, resulta relevante traer a colación lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC2218-2021 del 9 de junio de 2021, MP: Luis Armando Tolasa, sobre los contratos atípicos, a saber:

*“Los contratos atípicos o innominados son aquellos que carecen de regulación normativa, por lo tanto, se originan en la autonomía privada producto de la voluntad y la libertad contractual de las partes, por fuera de modelos tradicionales, dotándolos de contenido obligacional que es ley para ellas en los términos del artículo 1602 del Código Civil.*

*Precisamente ante la falta de regulación legal, cuando se presenten controversias la interpretación de los contratos de esta naturaleza puede generar perplejidades que deban ser resueltas por vía jurisdiccional. Al respecto, por la preponderancia de la autonomía negocial, es evidente que la primera fuente de interpretación se halla en las estipulaciones convencionales, no obstante, si estas lucen contradictorias o ambiguas, es preciso acudir a fuentes supletorias, que pueden buscarse en el régimen general de las obligaciones, o en el modelo contractual típico que más se asemeje al ajustado por los contendientes.*

En el caso concreto, mi representada y la sociedad DALLAS celebraron un negocio jurídico que denominaron *“Carta de Intención de Futura Negociación de Contrato de Distribución donde operará la Estación de Servicio denominada E.D.S. Dallas Milenio, en Cimitarra (Santander) abanderada con la marca GULF”*, como se expuso en la demanda si bien dicho negocio jurídico contenía obligaciones claras y expresa a cargo de las partes suscriptoras del mismo, y si bien, podría considerarse como preparatorio de un contrato posterior, ello no le resta su naturaleza jurídica de contrato generador de obligaciones para las partes, entender lo contrario, como lo hace el a-quo significaría restarle el carácter de contrato por ejemplo al contrato de promesa como contrato preparatorio.

Sin embargo, en el presente asunto nos encontramos ante un negocio jurídico atípico que suele celebrarse en el mercado de hidrocarburos y en el cual resulta predominantes las estipulaciones pactadas por las partes.

De esta forma, tal y como se probó en el proceso y como la misma parte demandada lo admitió en la contestación de la demanda, puesto que se allanó a las pretensiones primera a quinta principales y a la pretensión primera subsidiaria:

- i) En virtud de la Cláusula TERCERA del Contrato suscrito entre las partes, existía una obligación a cargo de DALLAS de gestionar y efectuar todos los trámites de licencias, permisos, autorizaciones y demás documentos requeridos para la operación de la Estación de Servicio Dallas Milenio.
- ii) En virtud de las obligaciones adquiridas a través del Otrosí No. 2 de fecha 31 de mayo de 2016, DALLAS debía destinar lo que las partes denominaron “la inversión” en las adecuaciones de la Estación de Servicio Dallas Milenio o compra de un lote para mejorar el tamaño de la Estación de Servicio.
- iii) De acuerdo con la Cláusula QUINTA del Contrato este se resolvería y quedaría sin valor ni efecto contractual ni legal alguno, si transcurridos seis (6) meses contados a partir de la firma del Contrato, EL DISTRIBUIDOR hubiere realizado todas las gestiones pertinentes en aras de obtener las licencias, permisos y documentos requeridos para que la EDS entre en operación, y esos no han sido resueltos o han sido negados y/o las gestiones han sido infructuosas.
- iv) La obligación en cabeza de DALLAS era gestionar y obtener todas las autorizaciones, licencias y permisos necesarios para la entrada en operación de una estación de servicio, es decir, para fungir como un distribuidor minorista dentro de la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo.
- v) Por ello, en la Cláusula SEXTA del Contrato las partes estipularon que habría lugar a una sanción equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando DALLAS no realizara las gestiones definidas en la Cláusula TERCERA en el plazo pactado.
- vi) Mediante Otrosí No. 1 de fecha 8 de enero de 2016, las partes de común acuerdo, decidieron prorrogar el plazo del Contrato hasta el 8 de julio de 2016, con el fin de que DALLAS lograra obtener los permisos, licencias y documentos para la entrada en operación de la Estación de Servicio.
- vii) El 31 de mayo de 2016, PROLUB, DALLAS y BIOMAX elevaron Acta de Cesión mediante la cual decidieron plasmar las condiciones comerciales que se encontraban vigentes, así como otras consideraciones relacionadas con el cumplimiento del Contrato en las condiciones pactadas (ver Prueba Documental No. 4 de la demanda).

Como podrá corroborar el Tribunal en el contenido contractual allegado como prueba con la demanda presentada y como lo podrá corroborar con los interrogatorios de parte y testimonios practicados en audiencia del 23 de julio de 2023, entre las partes efectivamente se suscribió un contrato con obligaciones claras en cabeza de cada una de ellas y por ello, es que con el presente proceso se ventilan pretensiones que se enmarcan dentro de la responsabilidad contractual y no precontractual como lo sugiere erradamente el a-quo en la sentencia recurrida.

Adicionalmente, nos encontramos ante un negocio jurídico independiente, vinculante para las partes y generador de las obligaciones que las mismas partes adquirieron en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Por tanto, nos encontramos ante un verdadero contrato atípico y no una simple negociación como lo indicó el a-quo.

**3. Aplicación indebida de las siguientes normas: (i) decreto 4299 de 2005, (ii) artículo 2.2.1.1.2.3.90 del Decreto 1073 de 2015 y (iii) del numeral 5º del Artículo 4º de la**

**Resolución 31348 de 2015, por la exigencia de un contrato de suministro no previsto en la norma como presupuesto de cumplimiento de las obligaciones de la parte demandada**

Ahora bien, teniendo claro que nos encontramos ante un contrato atípico en donde prevalecen las estipulaciones de las partes, debía el a-quo analizar si en el marco de dicho contrato existieron los incumplimientos alegados por este extremo procesal.

Frente a ello, se recuerda que este extremo procesal indicó que la parte demandada dentro del trámite de la referencia, incumplió el plazo pactado en la Cláusula QUINTA del contrato objeto de la disputa, ampliado a través de otrosí No. 1, previsto para la obtención de los permisos y licencias necesarios para la operación de la Estación de Servicio y que la fecha la Estación de Servicio se encuentra inactiva y sin operación alguna, habiendo transcurrido aproximadamente seis (6) años desde que se suscribió el negocio jurídico entre las partes, el cual a todas luces se encuentra frustrado.

Dichas afirmaciones, fueron acreditadas por este extremo procesal mediante las pruebas documentales, testimoniales y de interrogatorio de parte practicados en el proceso de la referencia, en especial se resalta la respuesta del 23 de febrero de 2021 emitida por el Ministerio de Minas y Energía, la cual fue contundente en afirmar que no se encontraban registros por parte de la Convocada (ver Prueba Documental No. 15 de la demanda):

En atención a la solicitud presentada mediante escrito del Asunto, para que se le informe "...sí DALLAS DE MILENIO S.A.S., ... representada legalmente por GLADYS AVILA BOLIVAR, ... ha realizado gestiones a efectos de fungir como distribuidor minorista de hidrocarburos y otros derivados del petróleo, debidamente autorizado (incluyendo cualquier trámite ante el SICOM). ... informar si dicha sociedad ha radicado entre el año 2016 y hasta la fecha alguna solicitud de licencias, permisos y/o autorizaciones respecto del establecimiento de comercio denominado Estación de Servicio Dallas Milenio, identificado con matrícula No. 99356 de la Cámara de Comercio de Barrancabermeja, ubicado en la calle 2 No. 3 - 36 en el municipio de Cimitarra - Santander. ...".

Al respecto, nos permitimos señalar que, en primera revisión en área de Correspondencia del Ministerio de Minas y Energía, no se encontró trámite relacionado con los nombres y/o números de identificación aportados.

Ahora bien, se procedió a crear Caso en la Plataforma SICOM con el fin de verificar la existencia de registro -como agente de la cadena de distribución de combustibles- de las personas referidas, obteniéndose del Grupo Análisis SICOM la siguiente solución: "...Nos permitimos informar que se procedió a realizar la búsqueda correspondiente en SICOM LIQUIDOS y SICOM GNCV bajo los números de identificación NIT 9008151501, CC. 63434289 y por el nombre DALLAS DE MILENIO S.A.S y GLADYS AVILA BOLIVAR arrojando un resultado de cero (0) coincidencias, en las plataformas indicadas anteriormente."

Pese a lo anterior, el a-quo haciendo una interpretación contraria a la jurisprudencia señaló en la página 13 de la sentencia recurrida lo siguiente:

*"Hasta aquí el presunto contrato es apenas una negociación en la que ambas partes están interesadas, y es que debe serlo, porque el contrato a celebrar posterior, que es propiamente el contrato de distribución será el que requiera la tantas veces mencionada en el proceso, autorización que expida el Ministerio de Minas y Energía, la que a su vez, solo la expide la mencionada autoridad, bajo la responsabilidad de las obligaciones de los distribuidores mayoristas, como la acá demandante BIOMAX, entre las cuales se encuentra la siguiente: (...)*

*Y es que desde el decreto 4299 de 2005, se exigía la existencia de un contrato de suministro entre el distribuidor mayorista y el minorista pues es obligación de toda persona natural o jurídica que realice la actividad de distribución minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo a través de una estación de servicio demostrar, previamente a la autorización que debe impartir el Ministerio de Minas y Energía que ha celebrado el contrato con un distribuidor mayorista. (en aquella norma se hablaba de contrato de suministro, lo que fue excluido por el Consejo de Estado en análisis de constitucionalidad de los artículos artículos 15.9, 21.A.8, 22.9, 22.11, 22.14,*

21 parágrafos 3, 4 y 5 y 4° en consonancia con el artículo 21 literal D y parágrafos 7, 8 y 9 y con el artículo 23, del Decreto 4299 del 25 de noviembre de 2005)5 (subraya el despacho).

*Luego, esto dirime la cuestión en la que centró el debate probatorio en torno **a quien correspondía tramitar aquella. La licencia o autorización que expide el Ministerio se produce una vez se encuentre acreditado un contrato de distribución que da lugar al suministro de combustible, no antes, ni desde el contrato preparatorio acá allegado. Exigirle a la distribuidora minorista la responsabilidad de tramitar una autorización para poner en marcha el presunto contrato que tampoco se ha celebrado ni siquiera a la fecha, no resulta admisible, menos aún, fundar en ello, un presunto incumplimiento de un contrato de distribución, que por ahora, no existe***” (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Es sorprendente cómo a pesar de citarse la sentencia del 25 de agosto de 2010, Exp: 11001-03-24-000- 2006-00184-0, del Consejo de Estado al relacionarse que “en aquella norma se hablaba de contrato de suministro, lo que fue excluido por el Consejo de Estado en análisis de constitucionalidad de los artículos artículos 15.9, 21.A.8, 22.9, 22.11, 22.14, 21 parágrafos 3, 4 y 5 y 4° en consonancia con el artículo 14 21 literal D y parágrafos 7, 8 y 9 y con el artículo 23, del Decreto 4299 del 25 de noviembre de 2005)”, **el a-quo exige la existencia de un contrato de suministro como presupuesto para que la parte demandada pudiese cumplir con la obligación de tramitar los permisos y licencias correspondientes ante al Ministerio de Minas.**

Se reitera, que en sentencia del 25 de agosto de 2010, con rad. 11001-03-24-000-2006-00184-01, M.P. María Claudia Rojas, el Consejo de Estado había declarado la nulidad de la expresión “de suministro” que figure en el texto del Decreto 4299 de 2005, como es la consignada en el numeral 9 de su artículo 15 y en el numeral 8, literal A) de su artículo 21. Veamos:

*“Según quedó expuesto, el artículo 1° de la Ley 26 de 1989 habilita al ejecutivo para determinar “horarios, precios, márgenes de comercialización, calidad, calibraciones, condiciones de seguridad, relaciones contractuales y demás condiciones que influyen en la mejor prestación de ese servicio público”.*

*Ningún reparo para la Sala ofrece el contenido normativo del acto acusado en cuanto el ejecutivo desarrolla la facultad que le confirió el legislador de regular las obligaciones que, indistintamente de la relación contractual, deben acatar el distribuidor mayorista y el distribuidor minorista. Empero, advierte que en cuanto únicamente contempla en forma exclusiva el contrato de suministro, la normativa sub-examine **contraría la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, pues no existe razón jurídicamente atendible para prohibir a los agentes distribuidores de la cadena de combustibles, a regular sus relaciones contractuales mediante la diversidad de modalidades contractuales que contempla el ordenamiento jurídico. En tal virtud, la Sala declarará la nulidad de la expresión “de suministro,” en el entendido de que los agentes pueden acordar otras modalidades de regulación de sus relaciones contractuales.***” (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

Por tanto, no se puede concluir cosa distinta a que el a-quo no solo realiza una aplicación de un supuesto incluso, EXCLUIDO del Decreto 4229 de 2005 por el Consejo de Estado, sino que además desconoce y desatiende precedente judicial vinculatorio y de obligatorio cumplimiento por tratarse de una sentencia que excluyó del ordenamiento una norma contraria a derecho, la cual tiene efectos erga omnes.

Frente a lo anterior, no puede perderse de vista que la discusión y el planteamiento del *a quo* es anacrónico y trasnochado, pues la exigencia de un “contrato de suministro” ya había sido superada, al punto que el propio Ministerio de Minas y Energía en la reglamentación de los requisitos para la habilitación de los distribuidores minoristas no requiere un contrato de suministro propiamente, sino que en el numeral 5° del Artículo 4° de la Resolución 31348 de 2015, lo requerido por la autoridad es “la prueba de la existencia de un contrato o relación comercial entre el distribuidores minorista y un distribuidor mayorista”.

Tan evidente era la ausencia de exigencia de un contrato de suministro que echó de menos el *a quo*, que desde el año 2015, cuando el Gobierno Nacional compiló las normas aplicables al sector de minas y energía, descartó el requisito que erradamente el juzgado de primera instancia contempló para desechar el incumplimiento de la demandada:

*“ARTÍCULO 2.2.1.1.2.2.3.90. Autorización para ejercer la actividad de distribuidor minorista. Toda persona natural o jurídica que se encuentre interesada en ejercer la actividad de distribuidor minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo en el territorio colombiano, a través de una estación de servicio (automotriz, de aviación, fluvial o marítima) o como comercializador industrial, deberá obtener, previamente, autorización del Ministerio de Minas y Energía o de la autoridad en quien este delegue, para lo cual deberá presentar los siguientes documentos:*

*A. Estación de servicio automotriz:*

*(...)*

*7. Demostrar que ha celebrado contrato de combustibles líquidos derivados del petróleo con un distribuidor mayorista, excepto cuando el solicitante sea también distribuidor mayorista.”*

Para reforzar lo anterior, se indica que el mismo Ministerio de Minas y Energía indicó que para que le sea concedida la autorización a un distribuidor minorista, para la apertura y puesta en funcionamiento de una estación de servicio automotriz basta con la acreditación de una relación comercial existente entre distribuidor minorista y mayorista. Veamos:

Hemos recibido su radicado 1-2023-039044 del 09/08/2023, con asunto “(...) Derecho de Petición de información - Puesta en funcionamiento de una estación de servicio Consulta (...)”.

En cuanto a su solicitud:

*“(...) Respetuosamente, en concordancia con el numeral 7 del literal A del Art. 2.2.1.1.2.2.3.90. del Decreto 1073 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, se sirva indicar cuál es el tipo de contrato requerido para que le sea concedida la autorización a un distribuidor minorista, para la apertura y puesta en funcionamiento de una estación de servicio automotriz. (...)”*

Respecto al tipo de contrato requerido en el numeral 7 del literal A del Artículo 2.2.1.1.2.2.3.90. del Decreto 1073 de 2015, este es un contrato de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo o una relación comercial entre la EDS en calidad de distribuidor minorista y un distribuidor mayorista, excepto cuando el solicitante sea también distribuidor mayorista.

Así las cosas, es evidente que yerra el *a quo* al asumir que el incumplimiento de la demandada estaba sujeto a la existencia de un contrato de suministro, cuando la realidad es que el marco regulatorio de la solicitud de autorización para que DALLAS pudiese fungir como distribuidor minorista solo exigía prueba de la existencia de un contrato o relación comercial, para lo cual bastaba el negocio jurídico objeto de la disputa. De hecho, en las declaraciones de los testigos, estos indicaron al despacho que, en el caso de otros clientes con el mismo esquema contractual, estos ya habían sido habilitados y autorizados por el Ministerio de Minas y Energía, con base en modelo de contrato idénticos al que nos ocupa en esta disputa.

Finalmente, y aún en gracia de discusión, vale la pena comentar que DALLAS jamás solicitó a mi representada colaboración alguna encaminada a la transición hacia un contrato de suministro para poder acreditar los supuestos requisitos de la solicitud autorización ante el Ministerio de Minas y Energía para actuar como distribuidor minorista, lo que demuestra negligencia y culpa de DALLAS en el cumplimiento de las obligaciones que ella misma asumió en el Contrato suscrito con mi representada y que debía ser honrado a la luz de lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil.

#### **4. Indevida interpretación de quién debía adelantar los trámites correspondientes para la obtención de los permisos y licencias ante el Ministerio de Minas**

En ese orden de ideas, y como consecuencia del error antes expuesto, el *a quo* afirma que quien debía adelantar los trámites para la obtención de los permisos y licencias ante el Ministerio de Minas

y Energía era mi representada, en calidad de distribuidor mayorista y no DALLAS, en su calidad de distribuidor minorista.

Frente a la obtención de los permisos y licencias, resulta oportuno comentar que la obligación de la demandada era de aquellas calificadas como de resultado, en el entendido que se obligó a gestionar y obtener todas las autorizaciones, licencias y permisos necesarios para la entrega en operación de una estación de servicio, es decir, para fungir como un distribuidor minorista dentro de la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo.

Esta circunstancia fue aceptada expresamente por el apoderado de la demandada, pues precisamente es el objeto de la pretensión tercera principal, es decir, no existía discusión entre las partes sobre el alcance y magnitud de las obligaciones de DALLAS y ello quedó sentado incluso en la audiencia concentrada realizada el 23 de julio de 2023:

Demanda – Pretensiones	Contestación de la Demanda
<p>3. <b>DECLARAR</b> que en virtud de la Cláusula Tercera del Contrato suscrito entre las partes, existía una obligación a cargo de DALLAS de gestionar y efectuar todos los trámites de licencias, permisos, autorizaciones y demás documentos requeridos para la operación de la Estación de Servicio Dallas Milenio.</p>	<p>“A LA PRETENSIÓN TERCERA: SE ACEPTA”</p>

Para tal fin, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 2.2.1.1.2.2.3.90 del Decreto 1073 de 2015, cualquier persona interesada en fungir como distribuidor minorista a través de una estación de servicio automotriz debe contar con una autorización del Ministerio de Minas y Energía. Veamos:

*“Artículo 2.2.1.1.2.2.3.90. Autorización para ejercer la actividad de distribuidor minorista. Toda persona natural o jurídica que se encuentre **interesada en ejercer la actividad de distribuidor minorista** de combustibles líquidos derivados del petróleo en el territorio colombiano, a través de una estación de servicio (automotriz, de aviación, fluvial o marítima) o como comercializador industrial, **deberá obtener, previamente, autorización del Ministerio de Minas y Energía o de la autoridad en quien este delegue, para lo cual deberá presentar los siguientes documentos: (...)”***

A lo anterior se suma que la demandada, para poder entrar en operación, debía entregar a la Dirección de Hidrocarburos de Ministerio de Minas y Energía la documentación establecida en el Artículo 4º de la Resolución 31348 de 2015 (la cual es incluso citada por la demandada en su contestación), documentación que le serviría para poder registrar ante el Sistema de Información de Combustibles – SICOM-, lo cual DALLAS tampoco realizó. Veamos:

<p>Los agentes de la cadena deberán remitir a la Dirección de Hidrocarburos los siguientes documentos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Certificado de conformidad expedido por un organismo certificador debidamente acreditado ante el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia - ONAC, el cual deberá contener el nombre comercial de la estación de servicio, tal como fue registrada, la dirección, ciudad, departamento, razón social, NIT y fecha de expedición y de vencimiento.</li> <li>2. Licencia de construcción expedida a la estación de servicio automotriz pública.</li> <li>3. Permiso de vertimientos o en su defecto documento emitido por la autoridad ambiental que indique que no se requiere. Adicionalmente, la autoridad ambiental podrá abordar lo referido al plan de contingencia ambiental para el manejo de derrames de hidrocarburos en el permiso de vertimientos. De la misma manera, cuando se presente la solicitud de renovación de un permiso o autorización antes del vencimiento del mismo, este se entenderá prorrogado y serán las autoridades en conjunto con los particulares, los encargados de validar la información para la aprobación respectiva.</li> <li>4. Las estaciones de servicio automotriz públicas deberán entregar concepto técnico de ubicación emitido por el Instituto Nacional de Vías INVIAS o por la Agencia Nacional de Infraestructura, según se trate de vías no concesionadas o de vías concesionadas, en caso de que la estación de servicio se ubique en carreteras a cargo de la Nación. Si no se encuentra en vías nacionales debe anexar la certificación que para el efecto expida la autoridad competente.</li> <li>5. Las estaciones de servicio automotriz y fluvial públicas, deberán entregar prueba de la existencia de un contrato o relación comercial entre el distribuidor minorista y un distribuidor mayorista, excepto cuando el solicitante sea a la vez el distribuidor mayorista.</li> <li>6. Póliza de responsabilidad civil extracontractual en los términos señalados en la Sección 2 – Distribución de Combustibles del Decreto 1073 de 2015 o la norma que la modifique o sustituya.</li> </ol>
---



Con respecto a la cuestión de a quién le corresponde adelantar los trámites para la obtención de los permisos y licencias correspondientes ante el Ministerio de Minas y Energía dicha entidad ha señalado que:

Respecto a lo establecido en los citados numerales **3 y 4**, sobre los cuales versa su “Derecho de Petición de Información”, le informamos que **la solicitud** de la “Licencia de construcción y permisos y/o autorizaciones ambientales correspondientes, expedidos para la respectiva estación de servicio por las autoridades competentes si estas así lo requieren”, así como el, “Concepto técnico de ubicación del Instituto Nacional de Vías (Invias) o de la Agencia Nacional de Infraestructura...”, **están a cargo de la persona natural o jurídica interesada en obtener la autorización para ejercer la actividad de distribuidor minorista**, tal como lo establece el ARTÍCULO 2.2.1.1.2.2,3.90., del Decreto 1073 de 2015, que al pie de la letra dice:

**ARTÍCULO 2.2.1.1.2.2,3.90. Autorización para ejercer la actividad de distribuidor minorista.** “Toda persona natural o jurídica que se encuentre interesada en ejercer la actividad de distribuidor minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo en el territorio colombiano, a través de una estación de servicio (automotriz, de aviación, fluvial o marítima) o como comercializador industrial, deberá obtener, previamente, autorización del Ministerio de Minas y Energía o de la autoridad en quien este delegue, para lo cual deberá presentar los siguientes documentos:”

“(...)”

“3. Licencia de construcción y permisos y/o autorizaciones ambientales correspondientes, expedidos para la respectiva estación de servicio por las autoridades competentes si estas así lo requieren.”

Se concluye entonces que en virtud de la ley y del Contrato quien debía adelantar los trámites pertinentes para obtener los permisos y licencias correspondientes ante el Ministerio de Minas, era la demanda DALLAS, quien en la contestación de la demanda invocó que a pesar de la supuesta diligencia con la que adelantó sus trámites para la obtención de permisos y licencias, la no obtención de las licencias y permisos las atribuyó sin ninguna clase de fundamento al supuesto incumplimiento a la alegada ausencia apoyo para la realización de tales trámites, sin que hubiese acreditado su dicho de cara a una negación indefinida realizada por mi representada y por demás acreditada en el proceso.

**5. Indevida valoración de los elementos de prueba que daban cuenta del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de DALLAS MILENIO**

En el proceso se acreditó (a través de negación indefinida del supuesto de hecho y a través de la carencia de prueba que refutara dicha negación indefinida) que la parte demandada, en los años que llevan de relación jurídico contractual, no ha requerido a mi representada en busca de apoyo alguno para la obtención de los mismos, inclusive, dicho argumento resulta alejado de la realidad, toda vez que, ha sido BIOMAX en más de una ocasión quien requirió a la demandada con el propósito de tener conocimiento acerca de los retrasos en los plazos fijados, el estado de las licencias y autorizaciones, entre otros temas de interés, tal como se evidencia en correos del 12 de enero de 2017, 18 de enero de 2017 y 13 de febrero de 2017 (Pruebas Documentales No. 10, 11 y 12 de la demanda) los cuales, a la fecha, no han sido respondidos.

Incluso, mi representada procedió a consultar con el Ministerio de Minas y Energía sobre la autorización de DALLAS para operar como distribuidor minorista o las gestiones realizadas ante dicha entidad, y su respuesta fue contundente en afirmar que no se encontraban registros por parte de la demandada (Ver comunicación del 23 de febrero de 2021 del Ministerio de Minas y Energía – Prueba Documental No. 15 de la demanda):

En atención a la solicitud presentada mediante escrito del Asunto, para que se le informe "...si DALLAS DE MILENIO S.A.S., ... representada legalmente por GLADYS AVILA BOLIVAR, ... ha realizado gestiones a efectos de fungir como distribuidor minorista de hidrocarburos y otros derivados del petróleo, debidamente autorizado (incluyendo cualquier trámite ante el SICOM). ... informar si dicha sociedad ha radicado entre el año 2016 y hasta la fecha alguna solicitud de licencias, permisos y/o autorizaciones respecto del establecimiento de comercio denominado Estación de Servicio Dallas Milenio, identificado con matrícula No. 99356 de la Cámara de Comercio de Barrancabermeja, ubicado en la calle 2 No. 3 – 36 en el municipio de Cimitarra – Santander. ...".

Al respecto, nos permitimos señalar que, en primera revisión en área de Correspondencia del Ministerio de Minas y Energía, no se encontró trámite relacionado con los nombres y/o números de identificación aportados.

Ahora bien, se procedió a crear Caso en la Plataforma SICOM con el fin de verificar la existencia de registro -como agente de la cadena de distribución de combustibles- de las personas referidas, obteniéndose del Grupo Análisis SICOM la siguiente solución: "...Nos permitimos informar que se procedió a realizar la búsqueda correspondiente en SICOM LIQUIDOS y SICOM GNCV bajo los números de identificación NIT 9008151501, CC. 63434289 y por el nombre DALLAS DE MILENIO S.A.S y GLADYS AVILA BOLIVAR arrojando un resultado de cero (0) coincidencias, en las plataformas indicadas anteriormente."

De hecho, la parte demandada admitió su incumplimiento, pero de manera superficial y conveniente pretendió trasladar su conducta negligente a BIOMAX, para lo cual sugirió que no pudo obtener la autorización del Ministerio de Minas y Energía, pues no contaba con un contrato de suministro con una mayorista, en este caso con BIOMAX. Tal manifestación que también hace el a-quo en la sentencia recurrida, resulta del todo desatinada, pues como se lee en el numeral 5º del Artículo 4º de la Resolución 31348 de 2015, lo requerido por la autoridad es *"la prueba de la existencia de un contrato o relación comercial entre el distribuidores minorista y un distribuidor mayorista"*.

En el presente asunto, es evidente e incontrovertido que entre BIOMAX (distribuidor mayorista) y DALLAS (distribuidor minorista) existía un contrato y una relación comercial, que perfectamente satisfacía el estándar y el requisito legal para que la demandada se acreditara ante el Ministerio de Minas y Energía. Por lo tanto, la argumentación propuesta además de infundada pretende mimetizar el incumplimiento de DALLAS de sus obligaciones contractuales. Aun en gracia de discusión, es del caso resaltar, como quedó probado en el proceso, que la demandada jamás solicitó colaboración alguna a BIOMAX, por lo que es apenas natural que no haya prueba de ello en el expediente.

Como lo admitió la demandada al allanarse a las pretensiones primera y segunda principal, entre BIOMAX y DALLAS existe un contrato en vigor, el cual satisfacía el requerimiento legal para obtener la autorización del Ministerio de Minas y Energía, razón por la cual, no existe justificación alguna para avalar la poco diligente conducta de la demandada y su fracaso en el cumplimiento de su obligación de gestionar los permisos y autorizaciones y peor aún es que el a-quo hubiese avalado dicha posición con base a planteamientos alejados de la realidad jurídica y procesal.

Posteriormente, en el presente asunto y en cumplimiento del requerimiento hecho por el a-quo, mi representada anexó las constancias de verificación interna dentro de la compañía, realizada por el área de correspondencia, expuesta en la cadena de correos solicitados por el representante legal de mi poderdante, en las que se da cuenta que nunca se allegaron los documentos referidos por el apoderado del extremo demandado, correspondientes a los planes de vertimiento y contingencias de la sociedad demandada.

A ello, se suma que, en la declaración de la testigo Diana Camargo llevada a cabo en audiencia del 23 de julio de 2023, la misma indicó que:

*"03:13:46 Diana C.C.S.: Eh, cuando adquirimos esos derechos y obligaciones, lo que la compañía adquirió fue el derecho, la posición contractual que era ejercida por parte de Perú y ahora es ejercida por BIOMAX en su calidad de distribuidor mayorista para el caso puntual,*

lo que hicimos fue suscribir un contrato, un acuerdo comercial en donde se plasmaron las condiciones comerciales de un negocio.

03:14:09 Diana C.C.S.: Pendiente al abanderamiento y al suministro de combustibles de la estación de servicio a las Miley. Dentro de esas condiciones contractuales, como es habitual en el negocio de nosotros, se pactó la entrega de una suma de dinero que para el negocio concreto se encontraba supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos legales y normativos y regulatorios para que la estación de servicio pudiera funcionar, además de otras condiciones comerciales propias de nuestra actividad. Entiendo que pues los requisitos, el contractuales nunca fueron cumplidos por parte de la sociedad. Dallas Milenio entre esos, la obtención de los permisos y autorizaciones de parte del Ministerio para poder operar como agentes de la cadena de distribución y, por lo tanto, no se dio cumplimiento a las obligaciones previstas en el acuerdo comercial por parte de la sociedad”.

“03:24:28 Juan F.O.(.: Para diana, le agradezco mucho por esa Amplia ilustración sobre el tema, Eh, yo quiero, quiero empezar preguntándole por la parte más fácil para mí que no soy experto en el tema. Lo primero es sin ese código, si con o sin esa autorización de la que estamos hablando era posible para BIOMAX venderle combustible a la Estación Dallas Milenio.

03:24:50 Diana C.C.S.: No, no era posible porque de haberlo hecho estaríamos incumpliendo unos requisitos de norma para llevar a cabo las ventas a través del SICOM.

03:24:59 Juan F.O.(.: Perfecto. Los segundos. Quiero preguntarle si usted hablaba de un checklist y un número tal vez era utilizado la estación checklist.

Esa es esos requisitos que están previstos en la ley. ¿Y esos requisitos? Digamos que alguno de ellos depende en refiriéndome al distribuidor minorista, es decir Dallas milenio, depende directamente del distribuidor mayorista, o esos son, digamos requisitos que debe cumplir el distrito minorista.

03:25:22 Diana C.C.S.: Son requisitos que debe cumplir el distribuidor minorista, que debe estar encargado de propender por cada uno de sus permisos, tal vez en el requisito en el que nosotros estamos involucrados, que es por un requisito de norma, es en la suscripción de contratos o acuerdos comerciales para el suministro de combustible y el abanderamiento o la exhibición de la marca por parte del distribuidor minorista dentro de la estación de servicio.

03:25:59 Juan F.O.(.: ¿Doctora diana y en su experiencia, discúlpeme?

03:26:01 Diana C.C.S.: Tranquilo, no, no, no, perdón.

03:26:02 Juan F.O.(.: No le le le pregunto esa experiencia y conocimiento que el documento o el acuerdo que tenía suscrito Dalas guion con biomasa era un documento suficiente para acreditar esa relación contractual entre distribuir mayorista y minorista. Efectos de la obtención del permiso.

03:26:18 Diana C.C.S.: Es un documento suficiente en la medida que el documento plantea condiciones comerciales. La regulación, a pesar de que en algún momento por allá en el año 2005, determinaba que se tenía que suscribir contratos de suministro en virtud de un análisis que hizo el Consejo de Estado a través de una jurisprudencia que se emitió, determinó que utilizar la palabra suministro, contrato de suministro era coartar la libertad contractual de parte de la de, pues, de los particulares que celebran cualquier tipo de acuerdo para el abastecimiento de combustibles. Tanto es así que esto ha tenido una evolución dentro de la misma autoridad.

03:26:57 Diana C.C.S.: Una evolución donde hace 10 años 11 años, el Ministerio no concebía que la oferta comercial de suministro fuera un documento válido para poder demostrar la

*existencia de esa relación contractual y a partir de los pronunciamientos que ha existido de parte de las autoridades judiciales y a partir de esta, de de, pues de de un trabajo que se ha venido haciendo conjuntamente con toda la cadena de distribución, se le ha logrado determinar a la autoridad que no solamente el contrato, que dijera contrato de suministro.*

*03:29:22 Juan F.O.(: Muchas gracias. Doctora diana, también aprovechando unos de su experiencia, quisiera que usted declara el despacho desde el punto de vista, digamos, de permisos y licencias. ¿Cuáles son los permisos y licencias ambientales que se requieren y cuáles son los permisos o autorizaciones regulatorias? Ya desde el punto de vista del Ministerio, digamos, de la cadena de lo que usted nos ha explicado, esperamos ilustra el despacho sobre eso, gracias.*

*03:29:45 Diana C.C.S.: Bueno, dentro de los permisos que prevé la regulación para la autorización de una estación de servicio está la presentación del certificado de existencia y representación legal, la presentación de estatutos, la presentación del certificado de conformidad que les menciona, ahorita que es como el visto bueno técnico de las instalaciones que se hace por parte de un organismo certificador avalado por la unam y ahora con el cumplimiento de la inspección que se hace de cumplimiento de los requisitos previstos en el reglamento técnico”.*

Con todo ello, queda claro que las pruebas documentales, testimoniales y los interrogatorios practicados en el proceso, dan cuenta del incumplimiento por parte de DALLAS de tramitar todos los permisos y licencias que resultan necesarios para poder operar la Estación de Servicio y de igual forma, quedó probado que la demandada nunca requirió a mi representada ningún documento o apoyo que necesitara para hacer la obtención de las licencias y permisos correspondientes.

**6. Defecto fáctico de la sentencia recurrida al tener por ciertos hechos que no se encontraron probados y que supuestamente daban lugar a declarar probada la excepción de “CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES” y por lo tanto “INEXIGIBILIDAD DE LAS PENALIDADES”**

En la página 14 de la sentencia recurrida, el a-quo afirmó que **“como se dejó ver en los medios de prueba anteriormente expuestos, allegados por la pasiva, es un hecho probado que la parte demandada sí efectuó tareas conducentes a la materialización de la negociación, no tiene vínculo con ningún otro mayorista, procedió a prometer el inmueble en venta e hipotecarlo en favor de la aquí demandante cedida, y logró entre otros asuntos, la aprobación de un plan de contingencias y la operación de almacenamiento de combustible gasolina, ACPM, gasolina extra; todo lo cual deriva en la demostración de las excepciones formuladas como “CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES” y por lo tanto “INEXIGIBILIDAD DE LAS PENALIDADES”, por dos razones: no se probó incumplimiento de la sociedad DALLAS MILENIO S.A.S. ni siquiera respecto de las condiciones precontractuales frente a las cuales por el contrario ha obrado de buena fe, y segundo, la sanción por incumplimiento consignada en la cláusula sexta no se configura, pues está concebida para la retractación del negocio, lo cual no ha ocurrido y conserva la sociedad demandada su derecho al retracto y de otro lado, la sociedad DALLAS si comprobó haber efectuado por lo menos las gestiones que en cuanto a su actividad de minorista le atañen, razón que refuerza la no ocurrencia de incumplimiento, a cargo de la pasiva.**

*Así las cosas, las súplicas de la demanda serán desestimadas y por el contrario el Despacho declara probadas las exceptivas propuestas como CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES y la de INEXIGIBILIDAD DE LAS PENALIDADES por lo expuesto en esta sentencia”.*

Los medios de prueba a los cuales hace referencia el a-quo los menciona en la página 12 de la sentencia recurrida y consisten en los siguientes:

*“En efecto, la pasiva allegó una serie de documentales entre las que se relevan el Auto SAO No. 00263 del 19 de mayo de 2016, expedido por la Corporación Autónoma*

*Regional de Santander, por medio del cual se apertura el trámite ante esa corporación de un plan de contingencia para manejo integral de sustancias químicas y residuos que en puridad no contiene relación alguna con el contrato y si se adelantó tal gestión para el predio donde funcionaría la estación de servicio; consignaciones del 30 de noviembre de 2015, recibo por auditoria de otorgamiento EDS LÍQUIDOS, Orden de compra de servicios aceptando propuesta comercial y oferta mercantil de servicios, factura de COLMETRIK a cargo de la estación de servicios dallas milenio s.a.s. por concepto de una calibración caudal ;en recipiente volumétrico metálico de 5 galones serie 20108; consignación de Bancolombia por valor de \$4.919.500 del 26 de abril de 2016, recibos de pago de materiales, terminación de cobro coactivo en contra de la Estación de servicios Dallas Milenio S.A.S.; certificación de la secretaría de Gobierno del Municipio de Cimitarra Santander en la que se hace constar que al mes de marzo de 2021 el establecimiento denominado “Dallas Milenio” ubicado en al calle 2 No. 3-36 del barrio Centro de ese municipio, no se encontraba ejerciendo actividad comercial “y se encuentra cerrado”, formulario de solicitud de vertimientos ante la Corporación Autónoma Regional de Santander que data del 28 de marzo de 2017; promesa de contrato de compraventa de un lote de terreno suscrito entre la promitente vendedora, LILIANA AVILA BOLIVAR y la representante legal de DALLAS MILENIO S.A.S., la señora GLADYS ÁVILA BOLÍVAR, escritura pública de hipoteca del 28 de septiembre de 2015 de DALLAS MILENIO S.A.S a PROLUB COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES S.A.; póliza de seguro; Resolución DGL No. 000717 del 21 de julio de 2016, por la cual se aprueba un plan de contingencias y se dictan otras disposiciones, entre ellas la operación de almacenamiento de combustible gasolina, ACPM, gasolina extra”.*

Frente a ello, se resalta al Tribunal que:

- i) El auto SAO No. 00263 del 19 de mayo de 2016, expedido por la Corporación Autónoma Regional de Santander, simplemente da cuenta de la apertura de un trámite de un plan de contingencia para manejo integral de sustancias químicas y residuos cuya prueba de culminación exitosa no se allegó.
- ii) Las consignaciones del 30 de noviembre de 2015, recibo por auditoria de otorgamiento EDS LÍQUIDOS, orden de compra de servicios aceptando propuesta comercial y oferta mercantil de servicios, factura de COLMETRIK a cargo de la estación de servicios DALLAS MILENIO S.A.S. por concepto de una calibración caudal en recipiente volumétrico metálico de 5 galones serie 20108; consignación de Bancolombia por valor de \$4.919.500 del 26 de abril de 2016, recibos de pago de materiales, terminación de cobro coactivo en contra de la Estación de servicios Dallas Milenio S.A.S., no dan cuenta que lo contenido en dichas “facturas” y “recibos” estuviese destinado a la adecuación de la Estación de Servicio, de hecho la misma nunca entró en funcionamiento como lo admite la misma parte demandada.
- iii) La certificación de la secretaría de Gobierno del Municipio de Cimitarra Santander en la que se hace constar que al mes de marzo de 2021 el establecimiento denominado “Dallas Milenio” ubicado en al calle 2 No. 3-36 del barrio Centro de ese municipio, no se encontraba ejerciendo actividad comercial “y se encuentra cerrado” da cuenta de la posición de mi representada consistente en que la Estación de Servicio sobre la cual se pretendía celebrar un futuro contrato de suministro no se encuentra funcionando, por conductas negligentes de obtención de permisos y licencias atribuibles a la parte demandada y por tanto, el negocio jurídico celebrado vio frustrada su causa y debe resolverse.

Se recuerda que ante el incumplimiento del deudor de una obligación de resultado, su culpa se presume y le corresponde a este acreditar que dicho incumplimiento se debió a una causa extraña respecto de la cual debe acreditar su ocurrencia y requisitos decantados por la jurisprudencia.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia **SC1819-2019** del 28 de mayo de 2019 indicó que:

*“Debe insistirse en que la presunción de culpa en la responsabilidad civil contractual no encuentra cabida por criterios como el de la guarda de la cosa, o el ejercicio de actividad peligrosa, propios de la extracontractual; **sino por la existencia de una obligación especial de resultado, máxime si corresponde a una clasificada como de seguridad. De manera que, existiendo ésta, su incumplimiento da lugar a presumir culpa del contratante omisivo.** En este aspecto se hace rectificación doctrinaria pertinente, según lo dispone el artículo 375 C. P. C.”*

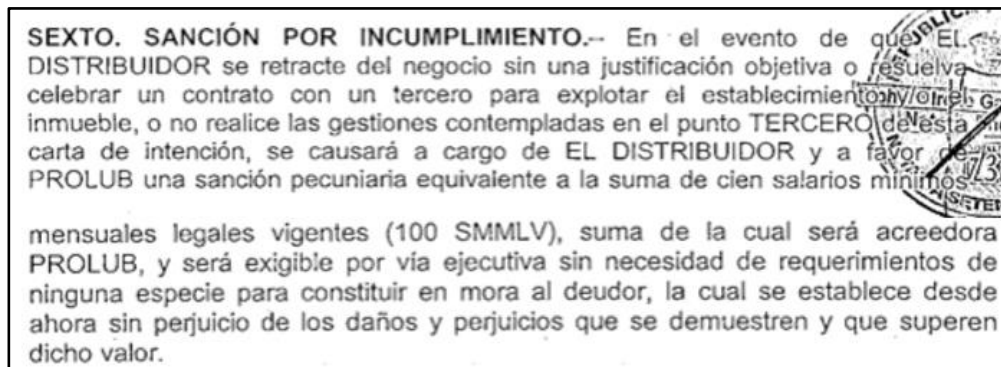
Por tanto, ante el acreditado y admitido incumplimiento de la obligación de obtención de los permisos y licencias necesarios para operar la estación de servicio, le correspondía a DALLAS acreditar una causa extraña para poder liberarse de la responsabilidad endilgada, lo cual no ocurrió en el proceso de la referencia.

### **7. Procedencia de la exigibilidad de las penalidades**

Manifiesta el a-quo que BIOMAX no está facultada para el cobro de penalidades, de conformidad con lo establecido en la cláusula 5° del contrato objeto de la disputa (Prueba Documental No.1 de la demanda), la cual establece lo siguiente:

*“Si transcurridos seis (6) meses contados a partir de la firma de la presente carta de intención, EL DISTRIBUIDOR hubiere realizado todas las gestiones pertinentes en aras de obtener las licencias, permisos y documentos requeridos para que la EDS entre en operación, y esos no han sido resueltos o han sido negados y/o las gestiones han sido infructuosas, la presente carta de intención se resolverá y quedará sin valor ni efecto contractual ni legal alguno, sin que haya lugar a hacer efectivas penalidades para cualquiera de las partes.*

A pesar de lo anterior, se pasa por alto que la Cláusula SEXTA del referido contrato las partes estipularon que habría lugar a la sanción, cuando DALLAS no realice las gestiones definidas en la Cláusula TERCERA, lo cual efectivamente ocurrió. Veamos:



**SIXTO. SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.**-- En el evento de que EL DISTRIBUIDOR se retracte del negocio sin una justificación objetiva o resuelva celebrar un contrato con un tercero para explotar el establecimiento inmueble, o no realice las gestiones contempladas en el punto TERCERO de esta carta de intención, se causará a cargo de EL DISTRIBUIDOR y a favor de PROLUB una sanción pecuniaria equivalente a la suma de cien salarios mínimos mensuales legales vigentes (100 SMMLV), suma de la cual será acreedora PROLUB, y será exigible por vía ejecutiva sin necesidad de requerimientos de ninguna especie para constituir en mora al deudor, la cual se establece desde ahora sin perjuicio de los daños y perjuicios que se demuestren y que superen dicho valor.

Así las cosas, es de precisar que el pasado 2 de febrero de 2021, se radicó ante el Ministerio de Minas y Energía derecho de petición (que obra como prueba documental No. 15 de la demanda) por medio del cual se le solicitó a dicha entidad, indicar:

1. Indicar si DALLAS había realizado gestiones a efecto de fungir como distribuidor minorista de hidrocarburos y otros derivados del petróleo, debidamente autorizado, incluyendo cualquier trámite ante el SICOM.
2. Adicionalmente, se solicitó al Ministerio de Minas y Energía, indicar si entre el 2016 y el 2021 se había radicado solicitud alguna de licencias, permisos y/o autorizaciones respecto del establecimiento de comercio denominado como “Estación de Servicio Dallas Milenio”.

Así las cosas, en respuesta del 23 de febrero de 2021, el Ministerio de Minas y Energía, manifestó lo siguiente:

*“Al respecto, nos permitimos señalar que, en primera revisión en área de Correspondencia del Ministerio de Minas y Energía, **no se encontró trámite relacionado con los nombres y/o números de identificación aportados.**”*

*Ahora bien, se procedió a crear Caso en la Plataforma SICOM con el fin de verificar la existencia de registro -como agente de la cadena de distribución de combustibles- de las personas referidas, obteniéndose del Grupo Análisis SICOM la siguiente solución: “...Nos permitimos informar que se procedió a realizar la búsqueda correspondiente en SICOM LIQUIDOS y SICOM GNCV bajo los números de identificación NIT 9008151501, CC. 63434289 y por el nombre DALLAS DE MILENIO S.A.S y GLADYS AVILA BOLIVAR **arrojando un resultado de cero (0) coincidencias, en las plataformas indicadas anteriormente.**” (negrilla y subraya fuera del texto original)*

Como quedó plenamente explicado, el registro en el SICOM, según lo dispuesto en el numeral 5º del Artículo 4º de la Resolución 31348 de 2015, requiere entre otras cosas, “la prueba de la existencia de un contrato o relación comercial entre el distribuidores minorista y un distribuidor mayorista”, el cual efectivamente existe en el presente caso, y corresponde al contrato que objeto del proceso. Nótese que no existe discusión entre las partes sobre la existencia de una relación contractual y comercial entre estas, al punto que mi representada incluso entregó a la demandada la suma de \$90.000.000.

En refuerzo de lo anterior, es preciso comentar que el registro en el SICOM es la consecuencia de que una determinada persona hubiese recibido autorización por parte del Ministerio de Minas y Energía para actuar como agente de la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo (en este caso DALLAS como distribuidor minorista). Sin embargo, en el presente se aprecia que la demandada no realizó las gestiones tendientes a obtener de dicha autorización, pues de haberlo tramitado, el registro en el SICOM habría sido una consecuencia necesaria, lo que descarta el fútil planteamiento de la parte demandada. De lo anterior da cuenta el parágrafo 1º del Artículo 4º de la Resolución 31348 de 2015, que indica que para el registro basta con el oficio de la Dirección de Hidrocarburos al operador del SICOM comunicando al operador del SICOM sobre la autorización de determinada persona:

**Parágrafo 1.** Los distribuidores minoristas a través de estación de servicio automotriz y fluvial pública, deberán cumplir con los requisitos establecidos en la Sección 2 – Distribución de Combustibles del Decreto 1073 de 2015, y para su registro en el SICOM sólo bastará el oficio enviado por la Dirección de Hidrocarburos al operador del SICOM.

Sin perjuicio de lo anterior, es oportuno destacar que la demandada no ha demostrado el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por las normas pertinentes para la autorización de un distribuidor minorista, entre los que se destacan los siguientes (Artículo 2.2.1.1.2.2.3.90 del Decreto 1073 de 2015 – ver también Artículo 4º de la Resolución 31348 de 2015):

- (i) Certificado de conformidad expedido por un organismo de certificación debidamente acreditado por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia- ONAC (numeral 6º del Artículo 2.2.1.1.2.2.3.90 del Decreto 1073 de 2015). En relación con este aspecto, la demandada no allegó ninguna prueba de este certificado, y se limitó a aportar una aceptación de una “oferta mercantil” para realizar un proceso de certificación, sin que este documento satisfaga el requerimiento legal y sin que ello sea prueba de que efectivamente la certificación fue debidamente otorgada por ICONTEC.
- (ii) Concepto técnico de ubicación del Instituto Nacional de Vías (Invías) o de la Agencia Nacional de Infraestructura (numeral 4º del Artículo 2.2.1.1.2.2.3.90 del Decreto 1073 de 2015). En relación con este requisito la demandada no hace referencia o alusión alguna.

Por lo anterior, tenemos que la parte demandada dentro del trámite de la referencia, incumplió el plazo pactado en la cláusula QUINTA del contrato objeto de la disputa, ampliado a través de otrosí No. 1 (Prueba Documental No. 3 de la demanda) por lo tanto, no estaba llamada a prosperar la excepción de inexigibilidad de penalidades propuesta por la demandada.

Frente a lo anterior, es del caso recalcar que el contrato en cuestión previó dos escenarios que el a quo nuevamente confunde. Por una parte, el escenario de la cláusula QUINTA, que supone una condición resolutoria expresa ante la falta respuesta de las autoridades. Por otra parte, el escenario de incumplimiento contractual por inejecución o ejecución imperfecta de las obligaciones de DALLAS, en lo que atañe a su obligación principal de obtener todas las licencias y permisos para operar la estación de servicio.

A la luz de lo anterior, se pasa por alto que la razón real por la que no se lograron las autorizaciones de las entidades competentes fue por la inacción y falta de diligencia de DALLAS y no por el simple discurrir el tiempo.

De acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil *“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*.

Respecto a la condicionalidad de la cláusula penal, el artículo 1595 del Código Civil señala:

*“Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva.*

*Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse”*.

En reciente providencia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia recalcó la naturaleza *polifuncional* de la cláusula penal, en cuanto puede tener diversas finalidades:

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

*En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una «obligación accesoria», en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación; igualmente, constituye una «obligación condicional», porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la «obligación principal»; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos (...).*

La estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación principal; en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de comprobar dicha culpa (artículo 1604 del Código Civil); en tercer lugar, evita la controversia sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor.

El profesor Hernando Morales Molina explica las anteriores afirmaciones en estos términos:

*“LA: CLÁUSULA PENAL. “””” “Esta norma (artículo 1594 del c.c.) implica: a) Que antes de la mora del deudor puede el acreedor demandar el cumplimiento de la obligación principal, si fuere exigible, pues opera la regla general de la exigibilidad para ejecutar; b) Que después de la mora, que es indispensable para cobrar perjuicios, el acreedor no puede pedir al tiempo la obligación principal y la cláusula penal, sino una u otra, pues se cobraría dos veces la obligación, o sea en su objeto inicial y en su equivalente en dinero, salvo: 1. Que se trate de cláusula penal moratoria*



*y no compensatoria; 2. Que se haya estipulado la compatibilidad entre la pena y la obligación principal, o sea que aquella sea mera garant" a."*

Según lo anteriormente expuesto, se deduce que independientemente del tipo de cláusula penal ante la cual nos encontremos, los requisitos para que la misma pueda exigirse son los siguientes:

1. Que quien solicita la cláusula penal sea el contratante cumplido.
2. Que exista un incumplimiento grave o esencial por parte del deudor a quien se le exige la cláusula penal.
3. Que el deudor de la obligación incumplida se encuentre constituido en mora.

Siendo que la calidad de contratante cumplido de BIOMAX y la calidad de contratante incumplido de DALLAS se abordó previamente, se procede abordar a continuación el requisito de constitución en mora, el cual se encuentra acreditado en el presente proceso.

### **Constitución en mora del deudor**

Frente a la mora, la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

*“¿Qué es la mora? Es un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias jurídicas. No todo incumplimiento produce mora; pero sí toda mora supone un incumplimiento. Los efectos del incumplimiento son unos, los de la mora son otros. En consecuencia, lo que el artículo 1609 dice es que en los contratos bilaterales si ambos han incumplido, de ninguno se podrán predicar los efectos que surgen de la mora, únicamente se les pueden aplicar los efectos propios del incumplimiento. **¿Cuáles son los efectos de la mora? Tres, a saber: 1) Permite cobrar perjuicios (C.C., arts. 1610 y 1615) 2) Hace exigible la cláusula penal (C.C., arts. 1594 y 1595); y 3) Invierte el fenómeno de la carga del riesgo sobreviniente respecto de la cosa debida (art. 1731 y 1733)**”.*

Para saber cuándo el deudor se encuentra constituido en mora, se debe consultar el artículo 1608 del Código Civil que señala:

*“El deudor está en mora:*

*1o.) **Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado;** salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.*

*2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.*

*3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.*

Según dicha norma, y por resultar relevante para el caso en disputa, en el marco de las obligaciones sometidas a plazo, el deudor se encuentra en mora una vez vencido el plazo y en el marco de las obligaciones sometidas a condición, para que el deudor sea constituido en mora es necesario el requerimiento judicial previo.

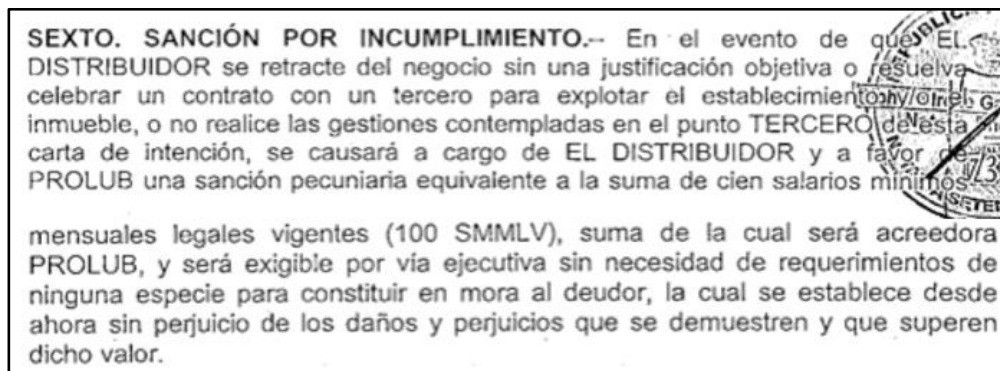
Aterrizando al caso concreto, tenemos que de conformidad por lo acordado por las partes en la cláusula QUINTA del Contrato DALLAS tenía máximo 6 meses para gestionar y obtener respuesta de los perjuicios y licencias para operar la estación de servicio. Dicho plazo se vencía el 8 de julio de 2016 de acuerdo con el otrosí suscrito el 8 de enero de 2016, sin que a dicha fecha se hubiese realizado gestiones eficientes por parte DALLAS para obtener los permisos y licencias, tal y como se acreditó en el proceso, por lo cual resulta procedente que la misma sea condenada al pago de la cláusula penal pactada en el Contrato.

### **8. Carencia de argumentación y análisis en relación con el grupo de pretensiones subsidiarias**

Como podrá observar el Tribunal, en el presenta asunto el a-quo indicó en la sentencia recurrida que *“no se probó incumplimiento de la sociedad DALLAS MILENIO S.A.S. ni siquiera respecto de las*

condiciones precontractuales frente a las cuales por el contrario ha obrado de buena fe, y segundo, la sanción por incumplimiento consignada en la cláusula sexta no se configura, pues está concebida para la **retractación del negocio**, lo cual no ha ocurrido y **conserva la sociedad demandada su derecho al retracto** y de otro lado, la sociedad DALLAS si comprobó haber efectuado por lo menos las gestiones que en cuanto a su actividad de minorista le atañen, razón que refuerza la no ocurrencia de incumplimiento, a cargo de la pasiva”.

Volviendo con ello, la Cláusula Sexta del Contrato no solo contemplaba un evento de retracto sino también una sanción en caso de que no se hubiesen realizado las gestiones contempladas en la Cláusula Tercera:



SEXTO. SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.-- En el evento de que EL DISTRIBUIDOR se retracte del negocio sin una justificación objetiva o resuelva celebrar un contrato con un tercero para explotar el establecimiento inmueble, o no realice las gestiones contempladas en el punto TERCERO de esta carta de intención, se causará a cargo de EL DISTRIBUIDOR y a favor de PROLUB una sanción pecuniaria equivalente a la suma de cien salarios mínimos mensuales legales vigentes (100 SMMLV), suma de la cual será acreedora PROLUB, y será exigible por vía ejecutiva sin necesidad de requerimientos de ninguna especie para constituir en mora al deudor, la cual se establece desde ahora sin perjuicio de los daños y perjuicios que se demuestren y que superen dicho valor.

En este punto resultan relevantes el grupo de pretensiones subsidiarias asociadas al fallo de la condición pactada y la declaratoria de resolución del contrato con los efectos correspondientes. Ello, puesto que como lo reza el artículo 1537 del Código Civil colombiano **“Si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida. A la misma regla se sujetan las condiciones cuyo sentido y el modo de cumplirlas son enteramente ininteligibles. (...)”**.

A su vez, según el artículo 1539 del Código Civil **“Se reputa haber fallado la condición positiva o haberse cumplido la negativa, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse y no se ha verificado”**.

Si una condición positiva no se cumple, la misma debe tenerse por fallida y por tanto, resulta procedente la resolución del vínculo jurídico y por consiguiente, debe procederse con las restituciones mutas de acuerdo con lo regulado en la ley.

En el caso concreto, el a-quo deja vigente una relación jurídica en el marco de la cual resultaron fallidas las condiciones positivas que las partes acordaron y en el marco de la cual resultó frustrado el interés de mi representada de manera grave, puesto que con el dinero que desembolsó no se cumplió la finalidad a la cual estaba destinado, esto es, la adecuación de la Estación de Servicio. En ese orden de ideas, el estatus quo de la relación objeto de la controversia es que la parte demandada tiene en su patrimonio el dinero que le fue desembolsado por mi representada y ha rentabilizado el mismo a lo largo de los años, en detrimentos de los intereses contractuales y patrimoniales de mi presentada.

Respecto a ello, Dr. Fernando Hinistrosa señaló que:

*“Del deudor moroso cabe esperar un cumplimiento tardío o, quizá con mayor propiedad: estando el deudor en mora, pueden subsistir el interés del acreedor en la prestación específica y la posibilidad de esta, y así vendría la ejecución espontánea o forzada in natura, como también la indemnización de perjuicios, que no podrían ser otros que los moratorios (art. 1615 c.c.).*

*Es claro el derecho del acreedor de rehusar una prestación tardía y reclamar su equivalente pecuniario y la indemnización de perjuicios recibidos por el incumplimiento del deudor, **siempre y cuando su interés haya desaparecido. Es decir, el deudor, valga la expresión, tiene derecho a cumplir tardíamente, a condición de que subsista el interés del acreedor en la prestación in natura.** Es este uno de los casos en que se ha de apreciar el interés*

legítimo de cada una de las partes de la relación jurídica temperadamente, teniendo en cuenta la sanción del abuso del derecho (art. 830 c.co.).

**A dicho propósito es conveniente tener en cuenta que cuando el plazo es esencial, o sea, cuando el interés del acreedor se inserta en un determinado tiempo, transcurrido el cual ya no le sirve o no le es útil la prestación (decae su interés), mal podría el deudor pretender un pago válido extemporáneo.** Situación que también se presenta cuando la mora del deudor le otorga poderes extraordinarios o pretensiones adicionales al acreedor: tales los casos de la acción resolutoria en los llamados contratos bilaterales o de prestaciones correlativas, especialmente en el de venta (arts. 1546 y 1930 c.c. y 870 c.co.), y del pacto comisorio (art. 1937 c.c.), en donde no puede el deudor pretender válidamente que el acreedor le reciba a deshoras o intentar en esa misma forma un pago por consignación, alegando mora creditoris (arts. 1656 ss. c.c. y 437 c.p.c.)”.

De igual forma, en un proceso similar al presente, la Corte Suprema de Justicia mantuvo su postura con respecto a la frustración de la finalidad del contrato al momento de pretender la acción resolutoria del mismo, donde se profirió lo siguiente:

*“Como se puede observar, la jurisprudencia vigente de la Corporación considera que el cumplimiento tardío o extemporáneo de la obligación no impide que el contratante cumplido pueda ejercer la acción resolutoria del contrato, particularmente cuando el plazo pactado –y desatendido– se pueda considerar esencial, esto es, en aquellos casos en los que la ejecución de la prestación con posterioridad a una cierta oportunidad sea ya inútil al acreedor en cuanto que **su interés en el derecho de crédito ha sido definitivamente lesionado, o cuando el incumplimiento genera una frustración del fin práctico perseguido por las partes en el negocio,** o, por último, cuando se pueda observar un razonable interés en la resolución del contrato”*

Fíjese entonces que, obviando el factor de que no existe sustento jurídico que soporte el fallo emitido por el a-quo, la frustración de la finalidad del Contrato es un elemento fundamental para determinar la procedencia de la acción resolutoria, por lo que, en el presente caso, desde ninguna óptica o aproximación jurídica es posible dejar atadas a las partes en in vínculo que perdió su finalidad y causa.

Conforme a lo anterior, y sin perder de vista que existen múltiples pruebas y razonamientos que soportan la viabilidad de las pretensiones, de manera subsidiaria, es innegable la viabilidad de las pretensiones subsidiarias, pues en efecto la condición expresa pactada por las partes falló, lo que amerita otorgarle a dicha situación las consecuencias jurídicas y patrimoniales solicitadas en la demanda.

De esta forma, se deja planteado la sustentación al recurso de apelación interpuesto y se invita al H. Tribunal para que se revisen los argumentos planteados en el marco del proceso, en especial en los alegatos de conclusión expuestos en audiencia llevada a cabo en el marco del proceso en donde se plantearon las razones por las cuales resultaban procedentes las pretensiones elevadas por este extremo procesal.

Atentamente,



**JUAN FELIPE ORTIZ QUIJANO**

**C.C.: 1.110.475.869**

**T.P.: 214.239 del C.S. de la J.**



Código validación comunicación: 15045  
Número de expediente: 2023000217E  
Código de validación expediente: a652d

Código Dependencia: 3100  
Acceso: Reservado (), Público (x), Clasificado ()

Bogotá, D.C.

Señor

**Juan Felipe Ortiz Quijano**

juan.ortiz@ostabogados.com

Bogotá, D.C.

Asunto: RDP - Respuesta a consulta Rad 1-2023-039044 del 09/08/2023.

Respetados señores:

Hemos recibido su radicado 1-2023-039044 del 09/08/2023, con asunto “(...) *Derecho de Petición de información - Puesta en funcionamiento de una estación de servicio Consulta (...)*”.

En cuanto a su solicitud:

*“(...) Respetuosamente, en concordancia con el numeral 7 del literal A. del Art. 2.2.1.1.2.2.3.90. del Decreto 1073 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, se sirva indicar cuál es el tipo de contrato requerido para que le sea concedida la autorización a un distribuidor minorista, para la apertura y puesta en funcionamiento de una estación de servicio automotriz. (...)”*

Respecto al tipo de contrato requerido en el numeral 7 del literal A del Artículo 2.2.1.1.2.2.3.90. del Decreto 1073 de 2015, este es un contrato de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo o una relación comercial entre la EDS en calidad de distribuidor minorista y un distribuidor mayorista, excepto cuando el solicitante sea también distribuidor mayorista.

Esperamos haber dado respuesta a su solicitud y atentos estaremos a las inquietudes que al respecto se puedan presentar.

**Ministerio de Minas y Energía**

Reporte cualquier irregularidad en el correo electrónico [lineaetica@minenergia.gov.co](mailto:lineaetica@minenergia.gov.co)

Dirección: Calle 43 No.57 – 31 CAN, Bogotá D.C., Colombia

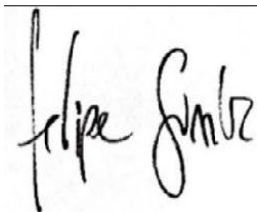
Conmutador: (60) +1 220 0300

Línea Gratuita: 01 8000 910 180





Cordialmente,



Felipe González Penagos  
Director Técnico  
Dirección de Hidrocarburos

Documento firmado electrónicamente amparado en las disposiciones referidas por la Ley 527 de 1999.

Radicado Padre: 1-2023-039044

Anexos: N/A

Elaboró: John Jairo Caicedo Caicedo

Revisó: Luisa Fernanda Paris Jaramillo

Aprobó: Felipe González Penagos



Código validación comunicación: 7d9f3  
Número de expediente: 2023000035E  
Código de validación expediente: 69bdc

Código Dependencia: 3100  
Acceso: Reservado (), Público (x), Clasificado ()

Bogotá, D.C.

Doctor

**Juan Felipe Ortiz Quijano**

juan.ortiz@ostabogados.com

Bogotá, D.C.

Asunto: RDP-Derecho de Petición de Información, 1-2023-039052

Atento saludo,

Hemos recibido su radicado No. 1-2023-039052, agosto 08 de 2023, con asunto: **“Derecho de Petición de información”** y en el cual manifiesta: *“JUAN FELIPE ORTIZ QUIJANO, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con Cédula de Ciudadanía número 1.110.475.869 y tarjeta profesional número 214.239 del Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio de lo establecido en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia y en la Ley 1755 de 2015, me dirijo respetuosamente a su despacho para formular DERECHO DE PETICIÓN en los siguientes términos:”*

#### **“I. PETICIÓN”**

**“Respetuosamente, en concordancia con la normativa relativa al Sector de Minas y Energía, y a la práctica dentro del sector de manejo y distribución de Hidrocarburos, se sirva indicar en quién recae la carga de la solicitud de permisos y autorizaciones dispuestos en el Art. 2.2.1.1.2.2.3.90. del Decreto 1073 de 2015, para ejercer la actividad de distribuidor minorista.”**

**“(...)”**

#### **“IV. NOTIFICACIÓN”**

*“De la respuesta del Derecho de Petición, recibiré notificación en la Avenida Carrera 19 #114-09 de la ciudad de Bogotá D.C. o a través del correo electrónico [juan.ortiz@ostabogados.com](mailto:juan.ortiz@ostabogados.com).”*

**Ministerio de Minas y Energía**

Reporte cualquier irregularidad en el correo electrónico [lineaetica@minenergia.gov.co](mailto:lineaetica@minenergia.gov.co)

Dirección: Calle 43 No.57 – 31 CAN, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (60) +1 220 0300

Línea Gratuita: 01 8000 910 180





En atención a su petición y con base en los fundamentes del mismo, hacemos referencia de manera puntual a los numerales **3. y 4.**, del artículo 2.2.1.1.2.2.3.90. del Decreto 1073 de 2015, que al pie de la letra dicen:

**3. Licencia de construcción y permisos y/o autorizaciones ambientales correspondientes, expedidos para la respectiva estación de servicio por las autoridades competentes si estas así lo requieren.**

**4. Concepto técnico de ubicación del Instituto Nacional de Vías (Inviás) o de la Agencia Nacional de Infraestructura, según se trate de vías no concesionadas o de vías concesionadas, respectivamente, en caso de que la estación de servicio se ubique en carreteras a cargo de la Nación, para lo cual deberá presentar ante la entidad que corresponda la petición, de acuerdo con el formato previamente diseñado por el Ministerio de Transporte, con el plano de localización en planta general de la estación de servicio, a escala 1:250.**

Respecto a lo establecido en los citados numerales **3 y 4**, sobre los cuales versa su “Derecho de Petición de Información”, le informamos que **la solicitud** de la “Licencia de construcción y permisos y/o autorizaciones ambientales correspondientes, expedidos para la respectiva estación de servicio por las autoridades competentes si estas así lo requieren”, así como el, “Concepto técnico de ubicación del Instituto Nacional de Vías (Inviás) o de la Agencia Nacional de Infraestructura...”, **están a cargo de la persona natural o jurídica interesada en obtener la autorización para ejercer la actividad de distribuidor minorista**, tal como lo establece el ARTÍCULO 2.2.1.1.2.2,3.90., del Decreto 1073 de 2015, que al pie de la letra dice:

**ARTÍCULO 2.2.1.1.2.2,3.90. Autorización para ejercer la actividad de distribuidor minorista.** “Toda persona natural o jurídica que se encuentre interesada en ejercer la actividad de distribuidor minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo en el territorio colombiano, a través de una estación de servicio (automotriz, de aviación, fluvial o marítima) o como comercializador industrial, deberá obtener, previamente, autorización del Ministerio de Minas y Energía o de la autoridad en quien este delegue, para lo cual deberá presentar los siguientes documentos:”

“(...)”

“3. Licencia de construcción y permisos y/o autorizaciones ambientales correspondientes, expedidos para la respectiva estación de servicio por las autoridades competentes si estas así lo requieren.”

Con el propósito de dar mayor claridad, respecto al numeral 3., además de la Licencia de Construcción que emita la autoridad competente (Curaduría, oficina de planeación



o de Infraestructura, entre otras y según corresponda, con apego a las normas que rigen en la materia); se contempla entre los permisos o autorizaciones ambientales: El permiso de vertimientos o el concepto de la autoridad ambiental de la Jurisdicción en caso de no requerir dicho permiso).

*“4. Concepto técnico de ubicación del Instituto Nacional de Vías (Invías) o de la Agencia Nacional de Infraestructura, según se trate de vías no concesionadas o de vías concesionadas, respectivamente, en caso de que la estación de servicio se ubique en carreteras a cargo de la Nación, para lo cual deberá presentar ante la entidad que corresponda la petición, de acuerdo con el formato previamente diseñado por el Ministerio de Transporte, con el plano de localización en planta general de la estación de servicio, a escala 1:250.”*

“(…)”

Esperamos haber podido dar respuesta a su solicitud y estaremos atentos para resolver cualquier inquietud al respecto, a través de los siguientes canales:

Teléfono Conmutador: (601) 220 0300

Línea Gratuita: 01-8000-910-180

Correo Institucional: [menergia@minenergia.gov.co](mailto:menergia@minenergia.gov.co)

Cordialmente,



Felipe González Penagos  
Director Técnico  
Dirección de Hidrocarburos

Documento firmado electrónicamente amparado en las disposiciones referidas por la Ley 527 de 1999.

Radicado Padre: 1-2023-039052

Anexos: N/A

**Ministerio de Minas y Energía**

Reporte cualquier irregularidad en el correo electrónico [lineaetica@minenergia.gov.co](mailto:lineaetica@minenergia.gov.co)

Dirección: Calle 43 No.57 – 31 CAN, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (60) +1 220 0300

Línea Gratuita: 01 8000 910 180








Elaboró: Omar Mauricio Monroy Cubides  
Revisó: Luisa Fernanda Paris Jaramillo  
Aprobó: Felipe González Penagos

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS RV: 110013103-002-2015-00107-03 GSS EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL  
contra PERENCO COLOMBIA LIMITED RECURSO DE REPOSICION**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 28/11/2023 9:37

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (164 KB)

reposicion tribunal fAJ.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS

Cordial Saludo,

**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**

**Secretario Sala Civil**

**Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá**

**Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305**

**Teléfono 423 33 90 Extensión 8349**

**Email: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

---

**De:** JOHN F. BAYONA M. <jbayonamolano@hotmail.com>

**Enviado:** martes, 28 de noviembre de 2023 9:12

**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Cc:** carlosedolinales@gmail.com <carlosedolinales@gmail.com>

**Asunto:** RV: 110013103-002-2015-00107-03 GSS EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL contra PERENCO COLOMBIA LIMITED RECURSO DE REPOSICION

*DOCTORA*

*ANGELA MARIA PELAEZ ARENAS*

*MAGISTRADA PONENTE*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D-C-  
SALA CIVIL  
E,S,D,**

**RADICACION No 11001-3103-002-2015-00107-03**

**DEMANDANTE: GEOFÍSICA SISTEMAS Y SOLUCIONES S. A. G S S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**

**DEMANDADO PERENCO COLOMBIA LIMITED**

**Asunto: RECURSO DE REPOSICION**

**Respetada Doctora:**

*JOHN FERNANDO BAYONA MOLANO obrando en mi calidad de apoderado de la sociedad PERENCO COLOMBIA LIMITED, acudo a su Despacho, y dentro del termino legal a presentar RECURSO DE REPOSICION contra su providencia notificada en el estado del 28 de Noviembre de 2023 para que sea REVOCADA en su totalidad*

**JOHN FERNANDO BAYONA MOLANO**  
**[jbayonamolano@hotmail.com](mailto:jbayonamolano@hotmail.com)**  
**+573114747952**



**DOCTORA  
ANGELA MARIA PELAEZ ARENAS  
MAGISTRADA PONENTE  
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D-C-  
SALA CIVIL  
E,S,D,**

*RADICACION No 11001-3103-002-2015-00107-03*

*DEMANDANTE: GEOFÍSICA SISTEMAS Y SOLUCIONES S. A. G S S. EN LIQUIDACIÓN  
JUDICIAL*

*DEMANDADO PERENCO COLOMBIA LIMITED*

*Asunto: recurso de reposición contra providencia declara desierto recurso*

Respetada Doctora:

JOHN FERNANDO BAYONA MOLANO obrando en mi calidad de apoderado de la sociedad PERENCO COLOMBIA LIMITED, por el presente me permito presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN** contra su providencia por la cual se declara desierto el recurso de APELACION debidamente interpuesto.:

Fundamento mi recurso de reposición en lo siguiente:

1. Mediante providencia notificada hoy 28 de Noviembre de 2023, se declara desierto el recurso de apelación con fundamento en la constancia secretarial.
2. Al presentar el recurso de apelación ante el despacho que profirió la sentencia, se hizo mediante escrito enviado al correo electrónico y **la parte cumplió con la carga procesal de sustentar oportunamente y por escrito el recurso precisando de manera detallada y clara, uno a uno los reparos concretos que se le hace a la sentencia y desarrollando cada uno de los criterios,** como consta en el escrito contentivo del recurso obrante en el expediente con radicado del 14 de Julio de 2022.
3. Dentro del término otorgado por el Tribunal Superior, se **ratificó la sustentación del recurso** que fue oportunamente presentada como consta de la constancia de recibo de la secretaria del Honorable Tribunal y que incorporó el DOCUMENTO SUSTENTARIO. Sin embargo y **de tiempo atrás** (prematuramente) la parte había presentado el mismo documento **como sustento de la apelación** y que se encuentra de **manera efectiva al alcance del Honorable Tribunal**. Es decir que la sustentación **se hizo con anterioridad al límite temporal** señalado, pues se

cumplió cabalmente con el acto procesal aludido.

4. Respecto a la inquietud del apoderado se ha señalado jurisprudencialmente lo siguiente:

*“...Aplicando estos preceptos, el alto tribunal resolvió una tutela en la que precisó que el juzgado otorgó preferencia a las formalidades sobre el derecho sustancial, al rechazar por supuestamente extemporaneo, el memorial que contenía el escrito de alzada , recibido en el correo institucional del despacho **dos minutos después de la hora legalmente establecida**, sin estudiar las circunstancias concretas de la defensa **con lo cual incurrió en defecto procedimental por exceso ritual manifiesto**.*

*Se agrega entonces que la Corte Constitucional, en sentencia T-201/15 explicó que determinaciones similares podrían exigirse en obstáculo para el acceso a la administración de justicia, entre otras razones por:*

***(i) aplicar objetivamente disposiciones administrativas y procesales que, en casos singulares, se opondrían a la vigencia de derechos los fundamentales en vilo; (ii) exigir el cumplimiento irrestricto de requisitos formales, aunque en determinadas circunstancias puedan constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esta situación se encuentre comprobada o (iii) incurrir en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas.***

***Entonces, el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta por que el Juez no acata el mandamiento de dar prevalencia al derecho sustancial, situación que lo lleva a denegar justicia o vulnerar el derecho al acceso a la justicia o vulnerar el derecho de acceso a la misma, concluyo la sala. (M.P. FERNANDO LEON BOLAÑOS PALACIOS)***

*Debemos tener en cuenta los argumentos utilizados por la H. Corte Suprema de Justicia sobre la decisión del uso de las herramientas tecnológicas las cuales deben garantizar el acceso a la administración de la Justicia a los usuarios, de manera que, se hace necesario atender el derecho sustancial del ciudadano por encima del procesal, en aras de evitar un exceso ritual manifiesto,*

*desconociendo con ello las obligaciones del operador judicial de facilitar el acercamiento del ciudadano a los diferentes medios establecidos para impulsar los procesos, a fin de obtener una verdadera y real justicia.*

*La Honorable Corte, recordó que el exceso de ritual manifiesto se presentan cuando el operador judicial concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficiencia del derecho sustancial, convirtiendo su actuar en un acto de denegación de justicia por : 1) dejar de inaplicar disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto. 2) exigir el cumplimiento de los requisitos formales de forma irreflexiva, en determinadas circunstancias pueden constituir cargas imposibles de cumplir por las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada. 3) incurrir en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas.*

*En otras palabras, el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta porque el Juez no acata el mandato de dar prevalencia al derecho sustancial, situación que lo lleva a denegar o vulnerar el derecho al acceso a la administración de justicia.*

Como es en este caso en concreto, donde el sistema de radicación de memoriales por medio de los correos electrónicos asignados por la rama judicial más en concretó el del H. Tribunal Superior Sala Civil de Bogotá, recibió el correo radicado por este apoderado dentro del término y reporto el ingreso del mismo en la bandeja de dicho correo el día 10 de noviembre del año 2023, a las 5.02, debemos tener en cuenta varias circunstancias, como son cantidad de correos que las plataformas virtuales reciben en un mismo instante los cuales no pueden ingresar todos al mismo tiempo, de igual forma debemos recordar los problemas de conectividad, intermitencia y demás problemas de conexión que se ha tenido a lo largo de la implementación de la virtualidad y no solo en materia judicial sino en todos los campos donde la información se recibe virtualmente.

Por lo tanto, el apoderado de la parte demandante no puede pretender que dicho recurso sea declarado desierto dado se cumplió con todas y cada una de las ritualidades dadas dentro del término para la presentación del mismo, y es

así como recalco que el correo ingreso a la bandeja de entrada de receptor informando con su mensaje instantáneo que el mismo fue recibido.

Otra sería el caso que el correo del receptor a esa hora que recalca el apoderado de la parte demandante estuviese cerrado, dicho correo se hubiese rebotado estaríamos en un escenario diferente pues no se tendría ninguna confirmación positiva sobre dicho el ingreso positivo.

5. Al respecto ha señalado la Honorable Corte Suprema De Justicia en sentencia STC5790-2021 Radicación nº 11001-02-03-000-2021-00975-00 (Aprobado en sesión de doce de mayo de dos mil veintiuno) Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintiuno (2021). Con ponencia del magistrado OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE lo siguiente:

“

*(.....) Sin embargo, una nueva mirada del tema impone abordar la problemática anunciada desde el plano constitucional, teniendo en cuenta que el nuevo panorama – escritural- en que transitan las fases de la apelación en virtud del mencionado Decreto impone una revisión más reflexiva a fin de determinar si de verdad resulta proporcional declarar la deserción, cuando de todos modos el impugnante cumplió la carga argumentativa con anticipación al término previsto en el artículo 14 de esa normatividad.*

*El Código General del Proceso estableció que el impugnante debe cumplir tres cargas a fin de que el superior examine la cuestión decidida: i) interponer la apelación, ii) formular los reparos concretos ante el juez de primera instancia y iii) sustentar el recurso ante el superior, (CSJ STC3969-2018, STC7113-2018, STC6359-2020, entre otras); estructura que cambió con la entrada en rigor del artículo 14 del Decreto 806 de 2020.*

*La modificación realmente radicó en la forma de recaudo de los argumentos del recurrente para los casos que no requieren la práctica de pruebas, esto es, ya no será oralmente y en audiencia, sino de manera escrita y dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admite el recurso o niega la práctica de pruebas.*

*En ese sentido quedó consignado en la parte motiva del Decreto al indicarse que*

*(...) se regula la segunda instancia en materia civil y familia para que esta se pueda tramitar, en los casos en que no se decreten pruebas en segunda instancia, sin que tenga que adelantarse la audiencia para la sustentación del recurso, y por el contrario la sustentación, su traslado y sentencia se hará a través de documentos aportados por medios electrónicos.*

En consonancia con ello, se dispuso en el artículo 14:

*El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así: Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalados en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes. Ejecutoriada el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto. Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practicarán, se escucharán alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso (se enfatiza).*

Significa que la percepción directa, la inmediación, el debate hablado, así como los otros tantos matices y beneficios que le son propios al régimen de oralidad, **ya no son predicables en un contexto guiado por la escrituralidad.**

Téngase en cuenta que en el pasado se resaltó que

*(...) las normas imponen con cimiento en la oralidad la necesidad de la presencia de los sujetos en la audiencia y de su intervención no sólo para la satisfacción del señalado método sino para garantizar el derecho de defensa y de contradicción, garantías indispensables en el entorno procesal cuyo propósito está enderezado a la justicia (CSJ STC8300, 2019, entre otras).*

Lo que estaba en sintonía con el artículo 3º del Código General del Proceso, según el cual «[l]as actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva», al igual que con el numeral 6º del artículo 107, que señala cómo «[l]as intervenciones orales no podrán ser sustituidas por escritos».

Por ende, la tesis de la Sala recreada sobre el ambiente de la palabra hablada para justificar la deserción del recurso en ese escenario por la ausencia del apelante a la audiencia contiene unos elementos filosóficos **diferentes a la problemática surgida en un entorno gobernado por la escritura, como lo reglamenta el susodicho Decreto.**

Desde esa lógica, a pesar de que las condiciones de tiempo y modo establecidas en el artículo 14 del Decreto 806 se muestran estimables frente a libertad de configuración del legislador, a la hora de observar la temática en el plano supralegal y en relación con los casos concretos, no



es admisible la aplicación automática e irreflexiva de la sanción que contempla la norma en el caso de que se sustente por escrito de forma prematura, esto es antes de que inicie el conteo de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admite el recurso o niega la práctica de pruebas; pues, esa tarea debe estar soportada en un análisis ponderado en aras de establecer si las particularidades del caso permiten concluir que la sustentación anticipada era suficiente para la resolución de la alzada, sin que lo adelantado en esa gestión conlleve a sancionar al litigante de forma tan drástica como es el cercenamiento de la segunda instancia.

En efecto, **en el panorama actual (escrito) la desatención de la parte en relación con el momento preliminar en que sustenta su inconformidad no muestra implicaciones mayores que justifiquen la abstención del ad quem de decidir de fondo, ya que, como la misiva contentiva de dicha sustentación ya está al alcance del juez, resulta excesivo aplicar sin detenimiento la deserción.**

Dicho en otras palabras, sin duda cuando el recurrente aporta el escrito de sustentación antes de la oportunidad contemplada en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 actúa de forma deficiente, lo que es censurable en la medida en que desatiente el mandato legal; no obstante, dada la naturaleza del error y su eventual intrascendencia frente a la carga de sustentar la alzada, es desproporcionado que se le sancione con la pérdida del derecho constitucional a impugnar la decisión que finiquitó la primera instancia

Ciertamente los falladores están llamados acatar y hacer cumplir las formas prescritas por el legislador, como las que se han impuesto para sustentar el recurso de apelación –por escrito y en un momento específico-, de modo que no pueden desconocerlas. Pero también lo es que no las pueden exigir irreflexivamente, pues no son simples ritualidades desprovistas de sentido, sino medios destinados para dotar de validez y eficacia los actos procesales designados a hacer efectivos los derechos de las partes, en este caso, el de impugnar las providencias judiciales. Por eso, el artículo 11 del estatuto adjetivo, que irradia todas las reglas del procedimiento, demanda al juez que, al interpretarlas, tenga en cuenta que

*(...) el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. **El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.***

En armonía con ello, se ha insistido en que

*(...) [e]l respeto por las formas propias de cada juicio no implica, en manera alguna que los ritos procesales sean un fin en sí mismos, todo lo contrario, la primacía de lo sustancial, impone*

que los procedimientos sirvan como medio para lograr la efectividad de la administración de justicia y de los derechos subjetivos de quienes someten sus conflictos a ella. “No se trata de avalar el desconocimiento absoluto de la ritualidad procesal, pero tampoco de que el funcionario judicial atienda de manera tan rigurosa a esas formalidades, pues apareja un «excesivo ritual manifiesto» que sacrifica prerrogativas constitucionales para salvaguardar la forma (CSJ STC7543- 2020).

Por ese camino importa destacar, **que esta Corporación en casos que guardan cierta similitud con el presente, ha puntualizado:**

(...) Dado que, como la presentación de la demanda de casación, en la dinámica propia de ese recurso, es la manera idónea de sustentar la impugnación, esa actividad, al haberse realizado antes del traslado que la ley señala para el efecto, simplemente fue previa, si se quiere anticipada, por lo que en el caso concreto, tal conducta no determina que esté viciada por extemporaneidad. Lo anterior por cuanto, si con el hecho de llegar la demanda a la Corte antes de correrse el traslado al recurrente para que sustente su recurso no se causa dilación en los trámites, ni se sorprende a la contraparte, ni se vulneran sus derechos, ni implica acortamiento de los términos, mal podría privilegiarse la sola ritualidad con desmedro del derecho sustancial (Art. 228 C.P), para desatender una opugnación ya sustentada cuyo fin principal es el de unificar la jurisprudencia patria, realizar el derecho objetivo y reparar los agravios inferidos a los sujetos procesales con la sentencia combatida (AC 28 Jul. 2014. Rad. No. 2006-000394-01) (Se resalta. CSJ STC15797-2014).

Ahora, **no es que la Corte se esté contradiciendo con las pautas que trazó en vigencia del Código General del Proceso en virtud de la carga del recurrente de sustentar ante el superior y en audiencia, pues allá, en el contexto de la oralidad y de la prohibición de sustituir las intervenciones orales por escrito, no lucía desmesurado sancionar al recurrente con la deserción del recurso, puesto que al no existir otro momento en el que el censor podía proponer sus argumentos de inconformidad verbalmente, el no asistir a la vista pública destinada para el efecto conllevaba la no sustentación del acto de impugnación; pero, en estos tiempos, en el panorama de la escritura, cuando la formalidad a la que está ligada el ejercicio del derecho fundamental a la doble instancia y de impugnación ha cumplido su finalidad, pese a su cumplimiento imperfecto por parte del recurrente, la imposición de esa consecuencia parece desproporcionada.** En suma, el recurso de apelación de sentencias, en vigencia del Decreto 806 de 2020, deberá sustentarse ante el superior por escrito y dentro del término de traslado indicado en el artículo 14 de esa norma. Toda sustentación posterior a ese lapso o la omisión del acto procesal desemboca, sin duda, en la deserción de la opugnación. **Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de aquellas que se realicen con anterioridad a ese límite temporal, comoquiera que, aun cuando resulta ser una actuación inesperada y errada del censor, de todos modos se cumple con el acto procesal aludido y el juzgador de segundo grado, en últimas, ya conoce de los argumentos de inconformidad que le dan competencia para resolver,**

JOHN FERNANDO BAYONA MOLANO  
[jbayonamolano@hotmail.com](mailto:jbayonamolano@hotmail.com)  
+573114747952



**sin que ello implique ninguna afectación a los derechos del no recurrente, pues el apelante no guardó silencio, no superó los términos establecidos para el efecto, así como «no se causa dilación en los trámites, ni se sorprende a la contraparte, ni se vulneran sus derechos, ni implica acortamiento de los términos». Lo contrario, provoca incurrir en un exceso ritual manifiesto en el asunto concreto. (subrayado y resaltado nuestro.**

Reitero que la sustentación del recurso de alzada se hizo al presentar el recurso de apelación y se cumplió con la carga procesal impuesta.

Solicito:

REVOCAR su decisión y en su lugar resolver la APELACION interpuesta.

Atte:

JOHN FERNANDO BAYONA MOLANO  
C.C.Nº 79'263.709 DE BOGOTA  
T.P.Nº 51770 C.S.J.  
Email. [jbayonamolano@hotmail.com](mailto:jbayonamolano@hotmail.com)  
Cel 3114747952

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO RICO RV: Rad. 11001-3199-003-2022-02598-01.


Asunto: Sustentación Recurso de Apelación

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 28/11/2023 16:35

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (2 MB)

sustentacion apelacion.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO RICO

Cordial Saludo,

**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**

**Secretario Sala Civil**

**Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá**

**Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305**

**Teléfono 423 33 90 Extensión 8349**

**Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

---

**De:** HERRERA Y ASOCIADOS ABOGADOS <herreraabogados@hotmail.com>

**Enviado:** martes, 28 de noviembre de 2023 16:30

**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Cc:** Juan Ricardo Prieto Pelaez <jprieto@prietopelaez.com>

**Asunto:** Rad. 11001-3199-003-2022-02598-01. Asunto: Sustentación Recurso de Apelación

Proceso verbal de EMPRESA DE TRANSPORTE INTEGRADO DE BOGOTÁ S.A.S. contra ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA. (Apelación de sentencia). Rad. 11001-3199-003-2022-02598-01.

Asunto: Sustentación Recurso de Apelación

Atentamente,

**FRANCISCO IGNACIO HERRERA GUTIÉRREZ**

T.P. 55.660 del C.S. de la J.

Señores Magistrados  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
Sala Civil de Decisión  
E. S. D.

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

**Ref.:** Proceso verbal de **EMPRESA DE TRANSPORTE INTEGRADO DE BOGOTÁ S.A.S.** contra **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.** (Apelación de sentencia). **Rad.** 11001-3199-003-2022-02598-01.  
Asunto: Sustentación Recurso de Apelación

**FRANCISCO IGNACIO HERRERA GUTIÉRREZ,** obrando en mi condición de apoderado de la parte demandante dentro del proceso distinguido con el número que se cita en la referencia, de manera atenta me dirijo a Usted, estando dentro del término concedido en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, con el objeto de sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que puso fin a la primera instancia, tomando como base los reparos concretos presentados contra la decisión, tanto en la audiencia de lectura de fallo que se llevó a cabo el día 8 de agosto de 2023, del minuto 43:54 al 55:12, como en el escrito presentado ante la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera que obra a derivado 142 del expediente de la primera instancia, de la siguiente forma:

**LA PROVIDENCIA RECURRIDA:**

Me he permitido hacer una transcripción libre de la parte pertinente de la providencia recurrida, que se encuentra en el

derivado 139 del expediente de la primera instancia, en los siguientes términos:

«... en ese sentido conforme se desprende de las citadas documentales las circunstancias objeto de certificación por las autoridades deviene de la misma información suministrada por la entidad demandante en donde informa que conocen las conjeturadas novedades acaecidas en desarrollo de las protestas no se encuentra acreditado en el plenario las condiciones, causa y la atribución de las personas que realizaron el evento por el cual se reclama, encontrando que la única referencia sobre el particular deviene de manera general del dicho de la misma parte actora y el dictamen pericial rendido frente al cual se debe resaltar que como el mismo perito reconoció el momento de surtir la contradicción frente a pregunta de la compañía de seguros, indicó, se le pregunta a qué hace referencia a usted cuando afirma en su dictamen que hubo unos vehículos que fueron vandalizados? Y responde porque pues lo afirmo es porque en el momento en que yo me voy a las oficinas de ETIB, los funcionarios que me atendieron con los que tuve la obtención de la firma de la información, pues me mencionaron que le sucedió, era que estos vehículos que relacionaron ahí en el cuadro fueron o sufrieron ataques de las manifestaciones que hubo en el año 2021. ¿Si entonces que estos vehículos pues sufrieron cada uno de diferentes tipos de ataques que fueron vandalizados, OK, entonces para que quede claro, esa información de que los vehículos fueron vandalizados fue porque uno de los funcionarios de ETIB le dijeron a usted eso es correcto? Se le pregunta y responde el perito. Sí, correcto y adicional, porque dentro de la información que recibí en

algunos casos. Entre los soportes que me relacionaron habían (sic) fotografías de estos vehículos, OK? Elemento que se debe valorar con las respuestas otorgadas por la misma parte en el interrogatorio rendido bajo la gravedad de juramento, en donde se no se tenía presente en las circunstancias de tiempo y lugar en que se presentaron los eventos de determinados vehículos o la razón por la cual no se incluían algunos en la denuncia presentada, siendo constante la información en las respuestas. Presentadas al formato Excel y al listado remitido y en relación con los automotores de los cuales se tenía conocimiento, sólo se pudo precisar la existencia de un daño, pero no quién constataba los daños o elementos relacionados con los daños de lo anterior, pese a que se encuentra acreditada la existencia de afectaciones a alguno de los vehículos de propiedad de la hoy demandante. De conformidad con el registro fotográfico, allegado a pesar de la discusión que pudiera presentarse sobre las condiciones del soporte contable de las facturas y el soporte del dictamen perito de las mismas. No se puede concluir que fueran por hechos provenientes de huelga asonadas amotinamientos conmociones civiles y/o terrorismo, este último cometido por grupos subversivos. Como lo prevé la póliza, encontrando que el único soporte deviene del mismo dicho del representante, sumado a lo anterior, se debe llamar la atención que en el presente caso se relacionan diferentes vehículos, afectaciones a causa de diferentes eventos transcurridos en un lapso de tiempo en diferentes zonas, sin que se encuentre claridad sobre las condiciones de cada uno de ellos. Falta de claridad que a su vez se soporta con las variaciones que se ha presentado en relación de los bienes reclamados en el curso de la reclamación extrajudicial e incluso el dictamen pericial

allegado y que no permite tener certeza de las condiciones en que se presentaron las afectaciones. ... lo anterior, se ve a su vez tener presente que en el marco de la contrata de la contradicción del dictamen, atendiendo que uno de los objetivos del mismo correspondía a la verificación física y de los documentos que soportaban las reparaciones que se le hicieron a los vehículos siniestrados, a la relación de los vehículos siniestrados, que efectivamente esas reparaciones estuvieran sustentadas con documentos legales que existiera. En la contabilidad de la compañía, como lo reconociera el perito en audiencia y frente a los cuales indicó, ya para efectos de determinar los soportes de las reparaciones de los buses siniestrados, tuve acceso a cada una de las facturas que soportaban el costo, pues del mantenimiento a la orden interna e interna, pues. Que generó ETIB al respectivo proveedor el documento de entrada a la contabilidad y el documento de soporte de la causación del contable, que es el que soporta, pues con esos documentos se soporta que efectivamente los documentos primero, pues eran documentos legales que eran facturas electrónicas que cumplían los requisitos que exigía la ley. Segundo, pues. Que hacían parte integral de la contabilidad tercero que se podrían relacionar cada factura a qué vehículo correspondía tuvo acceso a toda esa información de manera detallada frente al segundo punto, qué tipo de análisis hizo? E frente al segundo, lo que se hizo fue la compañía, nos entregó la relación de los vehículos identificados tanto con placa como con un código interno que maneja de identificación. Tanto la compañía como Transmilenio, entonces cada vehículo tenía esa identificación, su placa y su código interno y con ese código se procedió a verificar la orden del taller donde estaba el vehículo. La



factura que relaciona a esa orden al momento que el proveedor cobraba el registro de la entrada al costo de la parte contable y la causación del registro de la parte contable. Esos cuatro documentos por cada vehículo se podía identificar. Se procedió entonces a verificar cada uno de esos cuatro documentos por todos los 200 y pico de vehículos, verificando la orden de mantenimiento de reparación, que era lo que le iba a cambiar o reparar al bus verificándola contra la factura del proveedor, contra la orden, contra la solicitud que hizo contra la entrada al patio de taller. Y contra el registro contable, una una vehículo por vehículo se hizo la verificación de los cuatro documentos que los que soporta en la contabilidad de esa de esta compañía en el proceso interno, contable y de reconocimiento de costo o gasto de este tipo de operación. Situación que sin desconocer la libertad probatoria que poseen las partes y a pesar de la carga de la parte en el sentido de demostrar la ocurrencia de cada uno de los siniestros en el marco de la póliza, el amparo objeto de reclamo, de conformidad con las condiciones establecidas para la licitación que deriva en la expedición de la póliza, base de reclamación. Nos encuentra elemento que soporte la existencia del siniestro. En tanto que solo se encuentran manifestación del actor en un cuadro Excel por ellos elaborado y el representante legal en la denuncia sobre los daños presentados a los vehículos sin poder identificar de manera individualizada cada uno de los daños y las afectaciones por medio de los documentos para cada caso. Al respecto se debe insistir o debe insistir la delegatura. Que el amparo reclamado, pérdida total de vehículos por daño requiere la destrucción total del vehículo, como se como consecuencia de un acto o de un hecho amparados según las

condiciones de la póliza, siendo estos 2 provenientes de huelga asonadas amotinamientos conmociones civiles Y/O terrorismo o terrorismo, esto último cometido por grupos subversivos. Elemento que debe ser objeto de demostración por el asegurado beneficiario como parte de la acreditación de la ocurrencia del siniestro en los términos del artículo 1077, que ya citamos el evento, que no se evidencia se hubiera acreditado en la etapa prejudicial o también, o tampoco en el curso de la presente actuación. O lo dicho, en precedencia no está acreditada la autoría del hecho generador del siniestro por uno de los grupos subversivos o la existencia de huelga asonadas, amotinamientos o conmociones civiles conforme a las condiciones del amparo. Le asiste razón a la compañía demandada aseguradora solidaria respecto de las excepciones que llamó no cumplimiento de los requisitos. Para la procedencia en la indemnización, no demostración de la ocurrencia, cuantía, inexistencia de incumplimiento contractual por parte de la aseguradora solidaria de Colombia. Ausencia, obligación indemnizatoria por parte de las aseguradoras solidaria de Colombia, límite al valor asegurado y deducible, las cuales al tener la virtualidad llevar al traste de todas las pretensiones de la demanda releva a esta delegatura de estudiar otros medios exceptivos ello en aplicación de lo previsto en el artículo 282 del código general del proceso resultó así en lo que tiene que ver con la procedencia de las pretensiones».

#### **LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO:**

#### **INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO POR LOS ARTÍCULOS 280, 281 Y 282 DEL CÓDIGO GENERAL DEL**

## **PROCESO – CARENCIA ABSOLUTA DE RIGOR EN LA EXPEDICIÓN DE LA SENTENCIA:**

Las disposiciones referidas en el título, obligan a fallador de primera instancia a observar con todo rigor una serie de conductas dentro de la sentencia que se dicte al agotar la instancia, que fundamentalmente se relacionan con el cabal ejercicio del derecho de defensa, las que se echan de menos en la providencia recurrida, que al final termina por tomar una decisión sin cumplir con tales previsiones.

Sea lo primero manifestar, como resulta evidente de la simple lectura de las pretensiones de la demanda, que se presentaron dos grandes grupos de ellas, acumulables conforme lo permite el artículo 88 del C.G.P., a saber:

1. Las relacionadas con la afectación de la **cobertura de pérdida parcial por daños y lucro cesante** de los vehículos enlistados en las respectivas pretensiones.
2. La relacionada con la afectación de la **cobertura de pérdida total por daños y lucro cesante** del vehículo de placas ESK860.

En atención a lo anotado y conforme lo ordenan las disposiciones citadas, la sentencia ha debido *«contener decisión expresa y clara sobre **cada una** de las pretensiones de la demanda, las excepciones cuando proceda decidir sobre ellas ...»*, conducta que se echa de menos en la decisión recurrida, que contiene una mezcla de conceptos, sin distinguir cuáles se refieren a las pretensiones de pérdidas

parciales de los diversos vehículos y cuáles a la de pérdida total del rodante de placas ESK860. La sentencia no señala con claridad y precisión las razones por las cuales ninguna de las pretensiones de la demanda estuvo llamada a prosperar, análisis que ha debido hacer de forma independiente.

De otra parte, adolece también de claridad la decisión en punto a la resolución sobre excepciones en los términos del artículo 282 del C.G.P., pues en uno de sus apartes da a entender, sin señalarlo claramente, que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar por cuanto a criterio del fallador no se demostró la ocurrencia del siniestro para ninguna de las pretensiones, lo que no sustenta de ninguna forma, pero en otro aparte aparentemente también indica que no se demostró la cuantía de la pérdida, lo cual resultaría improcedente en razón a que *«Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes»*. En efecto, si lo que el sentenciador quiso significar en la providencia es que las pretensiones de la demanda no prosperaron por la falta de demostración de la ocurrencia del siniestro, como aparentemente fue lo que aconteció, no era posible que se pronunciara sobre los demás aspectos materia del litigio, ya que con base en ese criterio –así sea errado como se demostrará adelante– ha debido proceder sin más consideraciones a desestimar las pretensiones de la demanda, declarando la prosperidad parcial de la excepción que la parte demandada denominó **«D. NO DEMOSTRACIÓN DE LA OCURRENCIA Y LA CUANTIA»**, solo en el aparte que intituló **«EN CUANTO A LA NO DEMOSTRACIÓN DE LA OCURRENCIA»**, como la ley se lo ordena (inc. 3 art. 282

C.G.P.). Si como en efecto ocurrió el *a quo* consideró –se repite–, así haya sido de manera errónea, que el demandante no logró demostrar la ocurrencia del siniestro, su proceder adecuado en los términos legales ha debido ser simplemente declarar probada esa excepción, absteniéndose de continuar con cualquier consideración, ya que la prosperidad de ella ha debido conducir a rechazar todas las demás.

No obstante la claridad de lo expuesto, con posterioridad declaró probadas todas las excepciones propuestas por la parte demandada, lo que constituye una flagrante vulneración de la norma en dos sentidos:

1. Si lo que consideró, como al parecer ocurrió, es que la parte demandante no logró demostrar la ocurrencia del siniestro, así lo ha debido expresar en la sentencia, sin declarar la prosperidad de todas las excepciones presentadas por la parte demandada, como en efecto lo hizo.

2. Si lo que adicionalmente consideró es que no se logró probar tampoco la cuantía de la pérdida así lo ha debido declarar en la sentencia, haciendo referencia a las razones por las cuales creyó que tal carga no se cumplió, aspecto que se echa de menos en el fallo, pues en él no aparece un sustento en tal sentido.

3. No hay en la decisión ninguna referencia expresa relacionada con las pretensiones de lucro cesante.

### **OSTENSIBLE VULNERACIÓN DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 176 DEL C.G.P. QUEBRANTANDO LAS NORMAS**

**DEL DEBIDO PROCESO EN PERJUICIO DE LA PARTE DEMANDANTE Y, EN TODO CASO, DE LO PRECEPTUADO POR EL ARTÍCULO 170 IB.:**

La Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, al tomar la decisión que puso fin a la primera instancia dentro de la presente acción, transgredió manifiestamente lo dispuesto por el artículo 176 del C.G.P., por no haber apreciado las pruebas obrantes en el plenario en su conjunto, «*de acuerdo con las reglas de la sana crítica*», otorgando valor probatorio a uno sólo de los documentos que integran el expediente, sin exponer razonadamente el mérito que le asignó a dicho documento y sin indicar expresamente la razón por la cual no estimó, para la toma la decisión, otros documentos y pruebas que igualmente se encuentran incorporados en debida forma en el plenario, que demuestran todo lo contrario a lo **aparentemente** dicho en un único documento al que, sin exponer razonadamente sus motivos, le asignó un valor probatorio del que además carece.

En efecto, la decisión impugnada se basa exclusivamente en el Oficio GS-2022-063195-MEBOG-SETRA-1.10 de febrero 10 de 2022, suscrito por el **Comandante Servicio Transporte Masivo de la Policía Metropolitana de Bogotá** (en adelante “la PMB”), aportado por la demandada como anexo a la contestación de la demanda y que señala:

Señor  
JUAN RICARDO PRIETO PELÁEZ  
notificaciones@grupotranspeltex.com  
jrprieto@grupotranspeltex.com  
Bogotá D.C.

Asunto: respuesta ticket 150194-20220112

De manera atenta y en atención a la petición allegada al Grupo Servicio Transporte masivo, con el ánimo de brindar una respuesta oportuna a la misma, de acuerdo a lo señalado en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia y la ley 1755 del 30 de junio de 2015, "por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", me permito dar respuesta a lo peticionado en los siguientes términos:

Petición:

“...”

1. Se sirvan indicar que documentos y/o pruebas se analizaron por parte de la POLICÍA NACIONAL para constatar que efectivamente cada uno de los vehículos de la Empresa LA SOCIEDAD ETIB, fueron objeto de vandalismo y daños a bien ajeno durante de las manifestaciones del paro nacional.
2. Se sirvan indicar, como obtuvo la POLICÍA NACIONAL, la certeza que los vehículos de la sociedad ETIB SAS, relacionados en el informe del 3 de noviembre de 2021, fueron "vandalizados" y averiados, con ocasión de las manifestaciones del Paro Nacional.
3. A que se hace referencia en el informe del 3 de noviembre de 2021, cuando se indica que los vehículos fueron "VANDALIZADOS".
4. Se sirvan indicar si los sujetos que causaron los daños a los vehículos, se encuentran identificados y si se conoce, si pertenecen a un grupo delictivo determinado.
5. Se sirvan indicar si la POLICÍA NACIONAL tiene evidencia FOTOGRÁFICA O DOCUMENTAL de los daños sufridos por los vehículos?
6. Se sirvan indicar si nombre de las personas que le reportaron a la POLICÍA NACIONAL, que los vehículos de la SOCIEDAD ETIB habían sufrido daños con ocasión de las manifestaciones del Paro Nacional y si la Policía Nacional, constata o verifica tal información.
7. Se sirvan precisar, de qué forma o por qué medio, LA SOCIEDAD ETIB, puso en conocimiento de la POLICÍA NACIONAL, que sus diferentes vehículos, habían sido averiados, con ocasión de las manifestaciones del paro nacional.
8. Se sirvan indicar el nombre de los agentes de la POLICÍA NACIONAL que recibieron la información de los daños ocasionados a los vehículos de la empresa LA SOCIEDAD ETIB.
9. Se sirvan indicar si algún miembro de la POLICÍA Nacional, tuvo la oportunidad de verificar personalmente los daños sufridos a los vehículos de LA SOCIEDAD ETIB y en caso afirmativo, se sirvan indicar los nombres y el cargo.
10. Se sirvan indicar cuando LA SOCIEDAD ETIB, le indicó a la POLICÍA NACIONAL, copia del documento en virtud del cual, el Coronel JOSÉ OSCAR JARAMILLO NIÑO, Comandante del Servicio de Transporte Masivo

IDS-OF-0001  
VER: 4

Página 1 de 2

Aprobación: 30-08-2021

de la Policía Metropolitana, le informo al Brigadier General ELIECER CAMACHO JIMÉNEZ, que diferentes vehículos del CONSORCIO, habían sido vandalizados con ocasión de las manifestaciones del paro nacional.  
11. Se sirvan indicar si EL LA SOCIEDAD ETIB, puso en conocimiento de la POLICÍA NACIONAL, de forma individual los daños sufridos a cada uno de los vehículos y si se realizó un solo comunicado en donde se puso en conocimiento los daños a todos los vehículos?  
12. Se sirvan indicar si la POLICÍA NACIONAL, conoció las denuncias presentadas ante las autoridades competentes, donde se encuentran especificados los bienes relacionados ante la POLICÍA, así como los daños ocasionados a los mismos. (...)"

En aras de brindar una respuesta oportuna a su petición, nos permitimos poner en conocimiento que una vez verificado el acervo documental que reposa en las instalaciones de la unidad, se evidenció soporte para el caso que nos atañe, y los datos referidos a los vehículos de la empresa LA SOCIEDAD ETIB (...). Los cuáles fueron entregados a través del correo electrónico juridico@viti.gov.co, donde daba a conocer las conjeturadas novedades acaecidas en desarrollo de las protestas masivas del Paro Nacional, que empezaron el 28 de abril y continuaron hasta el mes de junio del año 2021, con vehículos de la empresa LA SOCIEDAD ETIB. Las mismas que fueron remitidas mediante comunicación oficial GS-2021-475558-MEBOG de fecha 03 de noviembre de 2021, al señor Mayor General ELIECER CAMACHO JIMÉNEZ, Comandante Policía Metropolitana de Bogotá, para conocimiento y tramites que se considerara pertinentes, documentos anexos a la presente respuesta.

Teniendo en cuenta lo anterior, es pertinente indicar que por parte del Grupo Servicio Transporte Masivo - Transmilenio, no existe pronunciamiento alguno respecto a dichas novedades, toda vez que, de acuerdo a la misión institucional la Policía Nacional despliega dispositivos en los portales y estaciones de mayor afluencia para evitar bloqueos y afectaciones al transporte público, realizando actividades de prevención, disuasión y control, actividades propias del servicio de Policía.

Finalmente, en nombre de la Policía Nacional le manifestamos que estamos prestos a atender sus inquietudes o requerimientos de manera eficiente y oportuna, esperamos haber resuelto su inquietud de forma satisfactoria.

Atentamente,

  
Teniente Coronel VADER ALBERTO LLERENA RIVAS  
Comandante Servicio Transporte Masivo  
Asesora: PT Miguel Camacho Jimenez  
Asesora: T. Juan Carlos Lopez  
Prestos de Servicio: OCELOPE  
Unidad Operativa Comandante  
Av. El Dorado 69-76  
Edificio Elemento, Torre 1, Piso 2  
correo: transmilenio@policia.gov.co  
www.policia.gov.co



IDS-OF-0001  
VER: 4

Página 2 de 2

Aprobación: 30-08-2021

Al señalado documento, sin exponer razonadamente el motivo por el cual le asignó el mérito que la llevó a tomar la decisión, La Delegatura le otorgó un alcance demostrativo que no tiene, por las siguientes razones:

1. El documento señala que para su elaboración fue verificado **solamente «el acervo documental que reposa en las instalaciones de la unidad»**, es decir que para la respuesta solo se tuvo en cuenta la documental obrante en la Policía de Transmilenio, no en todas las dependencias de la PMB.

2. No obstante lo anterior, claramente señala que «se evidenció soporte para el caso que nos atañe», es decir que, con prescindencia de quién las haya remitido, las evidencias reposan en poder de la Policía de Transmilenio. Al parecer lo que pretendía el fallador de instancia era obtener una declaración juramentada de la Policía de Transmilenio en la que aseverara, sin asomo de duda, que había percibido directamente todos y cada uno de los daños sufridos por

todos y cada uno de los rodantes, lo que obviamente es imposible. Sin embargo, se repite, en dicho documento se afirma que existen soportes de los daños en poder de la Policía de Transmilenio.

3. Como se observa, el oficio citado contiene información, contrario a lo que sostiene la sentencia, en la cual «*se evidenció soporte para el caso que nos atañe*».

4. De acuerdo con lo anterior, es evidente que el documento sobre el cual se basó la decisión de tener por no demostrada la ocurrencia del siniestro se interpretó de forma inadecuada, pues en manera alguna permite llegar a la mentada conclusión.

5. Se insiste en que en la sentencia nunca hubo un análisis relacionado con el reclamo atinente al rodante de Placas ESK860 (Pretensión segunda principal y sus consecuenciales).

Sin perjuicio de la claridad de lo expuesto, además, La Delegatura omitió, sin justificación alguna, considerar las demás pruebas que obran en el plenario, de las cuales se desprende, en su integridad, apreciándolas en su conjunto, que sí se encuentra demostrada la ocurrencia del siniestro así:


1. El oficio antes referido, suscrito por el Comandante Servicio Transporte Masivo de la Policía Metropolitana de Bogotá, que es la dependencia de la PMB que se dedica de forma exclusiva a atender los asuntos relacionados con la




operación de Transmilenio, (ver [Directorio de la Policía Metropolitana de Bogotá - Policía Nacional \(policia.gov.co\)](#)), aportado por la demandada en la contestación de la demanda.

2. Oficio GS-2021-473558-MEBOG de noviembre 3 de 2021 enviado por el Comandante Servicio Transporte Masivo de la Policía Metropolitana de Bogotá Grupo Transporte Masivo Transmilenio al Comandante de la PMB, en el cual se lee:

GS-2021-473558-MEBOG



**MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**  
**POLICÍA NACIONAL**  
**METROPOLITANA DE BOGOTÁ**  
**GRUPO TRANSPORTE MASIVO TRANSMILENIO**



ACREDITADO  
**ONAC**  
ORGANISMO NACIONAL DE  
ACREDITACIÓN DE COLOMBIA  
CEA-4.1 - 10 V-01  
28-ECD-003

COMAN-SETRA - 29.57

Bogotá, D.C., 03 de noviembre de 2021


Brigadier General  
ELIECER CAMACHO JIMENEZ  
Comandante Policía Metropolitana  
AV CARACAS 6 05  
Bogotá, D.C.

Asunto: informe de novedades vehículos Etib

En atención a los diferentes hechos de vandalismo y daño en bien ajeno, de manera atenta y respetuosa me permito presentar a mi General, el balance de dichos hechos propiciados por ciudadanos a los diferentes vehículos de la empresa Etib, enviado a este comando mediante correo [juridicocivil.ajusta@gmail.com](mailto:juridicocivil.ajusta@gmail.com), con ocasión de las manifestaciones del Paro Nacional del mes de abril hasta el mes de junio del presente año los cuales anexo archivo, con su debido denuncia.

Lo anterior para conocimiento de mi General y fines que estime pertinentes.

Atentamente,




FIRMA DIGITAL

Firmado digitalmente por:  
Nombre: Jose Oscar Jaramillo Niño  
Grado: Coronel  
Cargo: Comandante Servicio Transporte Masivo  
Cédula: 79528774  
Dependencia: Grupo Transporte Masivo Transmilenio  
Unidad: Metropolitana De Bogota  
Correo: jose.jaramillo@correo.policia.gov.co  
3/11/2021 4:39:17 p. m.

Anexo: si

AV EL DORADO  
Teléfono: 0312203000 ext 2101  
[mebog.transmilenio@policia.gov.co](mailto:mebog.transmilenio@policia.gov.co)  
[www.policia.gov.co](http://www.policia.gov.co)



INFORMACIÓN PÚBLICA

Página 1 de 1

Dentro del archivo que se anuncia como anexo, como se evidencia de los documentos que obran en el plenario, se encuentra toda la información, vehículo por vehículo, con la descripción de lo ocurrido, como se evidencia del siguiente ejemplo:

ETIB										
N°	FECHA	HORA	DIRECCIÓN	JURISDICCION	CHASIS	MOTOR	DENUNCIA	MOVIL	PLACA	DAÑO
1	8/05/2021	19:08:00	calle 59 con autopista sur	Bosa	**YV3R6U920FA169618*	*D7E*11635728*	Fiscalia General de la Nacion 110016099069202154717	BO-0112	WLT988	Vidrios Leva Fijos Largos Costado Izquierdo
2	22/05/2021	6:58:00	carrera 77m con calle 65 a sur	Bosa	**YV3R6U925FA169596*	*D7E*11635560*	Fiscalia General de la Nacion 110016099069202154717	BO-0122	WMK097	1. Vidrio Puerta #2 Y Vidrio Leva Fijo #4 Costado Derecho.
3	20/05/2021	18:51:00	calle 59 sur con transversal 77 g bis	Bosa	**YV3R6U929FA169360*	*D7E*11627634*	Fiscalia General de la Nacion 110016099069202154717	BO-0126	WMK051	Vidrio Leva Fijo #4 Costado Derecho
4	13/05/2021	18:49:00	autopista sur con diagonal 34	Bosa	**YV3R6U929FA169522*	*D7E*11634076*	Fiscalia General de la Nacion 110016099069202154717	BO-0135	WMK054	1. Vidrio #1 Puerta 3
5	17/06/2021	8:54:00	Autopista sur con Avenida teneros	Bosa	**YV3R6U920FA169599*	*D7E*11635563*	Fiscalia General de la Nacion 110016102027202104839	BO-0139	WMK059	Leva #3 Lado derecha Rota
6	22/05/2021	3:40:00	Avenida Carrera 86 con Calle 53 sur	Bosa	**YV3R6U923FA169631*	*D7E*11635726*	Fiscalia General de la Nacion 110016099069202154717	BO-0149	WMK084	Vidrio Puerta #2
7	14/05/2021	18:32:00	autopista sur con calle 59 sur	Bosa	**YV3R6U925FA169954*	FA169954CM	Fiscalia General de la Nacion 110016099069202154717	BO-0188	WMK108	Daño En Tablero Izquierdo
8	10/06/2021	No determinada	Sin identificar pues el vehículo no se detuvo en el lugar de los hechos para evitar daños mayores.	No determinada	**YV3R6U928FA169799*	*D7E*11647881*	Fiscalia General de la Nacion 110016102027202104839		WMK099	Vidrio puerta 3 hoja 2
9	4/05/2021	No determinada	Sin identificar pues el vehículo no se detuvo en el lugar de los hechos para evitar daños mayores.	No determinada	9GCNPR71288011345	532986	Estacion URI KENNEDY 110016101538202101742	Z70-0002	VE0670	Vidrio Puerta
10	13/05/2021	17:48:00	avenida boyaca con calle 6	Kennedy	9GCNPR71XAB174069	736805	Fiscalia General de la Nacion 110016099069202154717	Z70-0100	VFA827	Vidrio Corredera Puerta Obuz
11	28/04/2021	No determinada	Sin identificar pues el vehículo no se detuvo en el lugar de los hechos para evitar daños mayores.	No determinada	9GCNKR55498107855	672641	Estacion URI KENNEDY 110016101538202101742	Z70-0129	VEV399	Vidrio Panorámico
12	13/05/2021	17:58:00	CARRERA 87C CON CALLE 69B SUR	Bosa	9GCNKR55998121959	722757	Fiscalia General de la Nacion 110016099069202154717	Z70-0173	VEX863	Vidrio Correderas Y Emergencia Derechos
13	25/05/2021	13:56:00	Autopista sur con carrera 72d	Bosa	**8BV6U926FE361594*	*D7E*111718420*	Fiscalia General de la Nacion 110016102027202104839	Z70-7230	WMN255	Vidrio Leva # 4 Izquierdo
14	26/05/2021	9:37:00	diagonal 73 d sur transversal 79 d	Bosa	**YV3R6U92XFA169867*	*D7E*11649585*	Fiscalia General de la Nacion 110016102027202104839	BO-0172	WMK105	Panorámico Delantero
15	27/05/2021	18:44:00	autopista sur con calle 59 sur	Bosa	**YV3R6U920FA169831*	*D7E*11648371*	Fiscalia General de la Nacion 110016102027202104839	BO-0177	WMK111	Vidrio rutero lateral
16	6/06/2021	15:08:00	Avenida carrera 86 con calle 46 sur	Bosa	**YV3R6U929FA169830*	*D7E*11648510*	Fiscalia General de la Nacion 110016102027202104839	BO-0180	WMK114	Vidrio vigia lateral derecho
17	10/05/2021	No determinada	Sin identificar pues el vehículo no se detuvo en el lugar de los hechos para evitar daños mayores.	No determinada	9GCNPR71598115894	675089	Fiscalia General de la Nacion 110016099069202154717	Z70-0216	VEW060	Vidrios Corredera Usuarios Ventada #2 Derecha
18	8/05/2021	6:49:00	avenida 1 de mayo con calle 42 sur	Kennedy	9GCNKR55298005504	666978	Fiscalia General de la Nacion 110016099069202154717	Z70-0217	SMX986	Vidrio Corredera Puerta Obuz

3. Fotografías que obran en el plenario, anexas al dictamen pericial, en los cuales constan los daños de los vehículos:

En los señalados documentos, anexas a la demanda y al dictamen pericial, se evidencia que todos y cada uno de los vehículos fueron dañados durante los actos vandálicos ocurridos en la ciudad de Bogotá. [Facturas y documentos soportes Mviles Vandalizados](#). Las fotografías se encuentran a continuación de cada factura que demuestra la cuantía de la pérdida.

4. La denuncia presentada bajo la gravedad del juramento el día 6 de mayo de 2021 a la hora de las 16:35:53, ante la MEBOG SALA DE DENUNCIAS - ESTACION URI KENNEDY de Bogotá, en la cual mi mandante denunció ante la autoridad competente los hechos en los cuales fueron vandalizados los vehículos descritos en las PRETENSIONES PRIMERA Y SEGUNDA PRINCIPALES de la demanda, que obra en el expediente, denuncia que quedó radicada bajo el número único 110016101538202101742, número asignado en SIEDCO: 28511636.

5. Dictamen pericial presentado por el demandante, con el cual se acreditó la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida. En este punto no sobra recordar, porque parece no tenerlo claro el *a quo*, que **la prueba es el dictamen pericial** que contiene el documento a analizar en la sentencia y no las respuestas que el perito dé en la audiencia de contradicción. En la audiencia que se llevó a cabo dentro del proceso, el apoderado de la demandada le formuló un interrogatorio al perito en el que no pudo desvirtuar las conclusiones del dictamen que, se repite, son las plasmadas en el informe escrito, del que claramente se evidencia tanto la ocurrencia del siniestro como la cuantía de la pérdida.

En efecto, en este dictamen, el perito indica cómo obtuvo la información que lo llevó a concluir que los vehículos materia de la experticia fueron efectivamente los dañados en los siniestros, verbigracia cuando señala lo siguiente, para llegar a tal conclusión:

Es importante precisar que la demostración de que esos fueron los vehículos siniestrados en los actos vandálicos que se presentaron en la ciudad de Bogotá entre el 28 de abril y el 4 de mayo de 2021, se efectúa de la siguiente forma, según lo verificado directamente por el suscrito:

La información se genera de las bases de datos extraída de los aplicativos GestSae y ReportSae. Estos aplicativos son los autorizados por el ente gestor (Transmilenio) para el manejo de toda la operación del sistema integrado.

El procedimiento para generar los reportes "Notas de seguridad y tabla de asignación":

Tabla de asignación: Se ingresa al aplicativo ReportSAe (Usuario y contraseña autorizados), Se dirige a la pestaña informe datos - Datos brutos - se selecciona el componente (Zonal) se elige la fecha y en el selector de Opciones se escoge la opción "Tabla asignación".

Notas de Seguridad: Se ingresa al aplicativo GestSae (Usuario y contraseña autorizados), desde la pestaña Informes - Seguridad - Convivencia - Detalles de eventos

Es de anotar que el ingreso al señalado aplicativo es restringido, es decir, no es posible que sea consultado por cualquier persona, sino que solamente puede ser accesado por el operador, en este caso ETIB, lo que significa que, para efectos de su consulta, si así lo desea el Despacho o la parte demandada, debe hacerse en las dependencias de ETIB.

También resulta pertinente precisar que, una vez ingresada la información al aplicativo, por parte de Transmilenio, la misma no puede ser modificada por nadie, lo que implica que corresponde exclusivamente a los vehículos vandalizados en las fechas indicadas.

Lo anterior lo observó el suscrito perito por percepción directa y es aclarado en correo electrónico recibido de ETIB, así:

De: abelardo.torres@etib.com.co  
Fecha: 7 de jun. de 2023, 5:44 PM -0500  
Para: 'Jimer Fernandez' <jimer.fernandez@etib.com.co>  
Cc: 'Helman Medina' <helman.medina@etib.com.co>  
Asunto: RE: INFORMACION VEHICULOS AFECTADOS.XLSX

Buenas tardes

Cordial saludo:


La presente información se presentó por medio de la información que se genera de las bases de datos extraído de los aplicativos GestSae y ReportSae. Estos aplicativos son los autorizados por el ente gestor para el manejo de toda la operación del sistema integrado.

El procedimiento para generar los reportes "Notas de seguridad y tabla de asignación":

Tabla de asignación : Se ingresa al aplicativo ReportSAe (Usuario y contraseña autorizados). Se dirige a la pestaña informe datos → Datos brutos → se selecciona el componente (Zonal) se elige la fecha y en el selector de Opciones se escoge la opción "Tabla asignación".

Notas de Seguridad: Se ingresa al aplicativo GestSae (Usuario y contraseña autorizados), desde la pestaña Informes → Seguridad → Convivencia → Detalles de eventos

Cordialmente,

 **Abeldardo Torres Pérez**  
Jefe de Centro de Control  
E-mail: abelardo.torres@etib.com.co  
Autopista Sur # 64B-70  
Bogotá D.C., Colombia



De: abelardo.torres@etib.com.co [mailto:abelardo.torres@etib.com.co]

Enviado el: miércoles, 7 de junio de 2023 2:31 p. m.

Para: 'Jimer Fernandez' <jimer.fernandez@etib.com.co>


CC: 'Helman Medina' <helman.medina@etib.com.co>

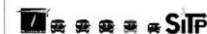
Asunto: RE: INFORMACION VEHICULOS AFECTADOS.XLSX

Ing,

Adjunto archivo con el dato de la placa WGL210.

Cordialmente,

 **Abeldardo Torres Pérez**  
Jefe de Centro de Control  
E-mail: abelardo.torres@etib.com.co  
Autopista Sur # 64B-70  
Bogotá D.C., Colombia



De: abelardo.torres@etib.com.co [mailto:abelardo.torres@etib.com.co]

Enviado el: miércoles, 7 de junio de 2023 12:43 p. m.

Para: 'Jimer Fernandez' <jimer.fernandez@etib.com.co>

CC: 'Helman Medina' <helman.medina@etib.com.co>

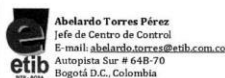
Asunto: RE: INFORMACION VEHICULOS AFECTADOS.XLSX

Buenas tardes,

Doctor se realiza la verificación de las novedades de vandalismos más cercanos a la fecha inicial, los que se relacionan en las últimas columnas del documento adjunto.

Quedo atento a sus comentarios.

Cordialmente,



**De:** Jimer Fernandez [mailto:jimer.fernandez@etib.com.co]  
**Enviado el:** miércoles, 7 de junio de 2023 12:02 p. m.  
**Para:** abelarado.torres@etib.com.co  
**CC:** "Helman Medina" <helman.medina@etib.com.co>  
**Asunto:** INFORMACION VEHICULOS AFECTADOS.XLSX  
**Importancia:** Alta

Buenos días Abelardo

Solicitamos incluir la fecha de siniestro por vandalismo de esos carros. Esta informacion se requiere de carácter urgente máximo 2 pm.

Cordialmente,

Jimer Fernandez  
ETIB SAS

Es evidente que en el dictamen se señala con toda claridad la forma en la que se concluyó por parte del perito cuáles fueron los vehículos siniestrados, conclusión que no fue desvirtuada en el curso del proceso. La Delegatura, de forma claramente sesgada, solo tomó como base para dictar la sentencia las respuestas del perito al interrogatorio formulado por el apoderado de la demandada, pero para nada consideró las dadas al hecho por el suscrito, en el interrogatorio, en el cual a partir de la hora 1:41:14 de la audiencia que se llevó a cabo el 26 de julio de 2023, explicó detalladamente cómo hizo para determinar que esos vehículos incluidos en el dictamen fueron los realmente averiados; pero esa parte del interrogatorio no fue considerada en la sentencia: sólo la que convenía para concluir que supuestamente no se había demostrado la ocurrencia del siniestro sin presentar, como es su obligación legal, la sustentación de los motivos por los cuales el dictamen pericial no fue considerado.

Frente a las preguntas formuladas por el suscrito, el Señor Perito manifestó:

«FRANCISCO HERRERA: Vamos ahora a hablar de lo siguiente: yo creo que usted recuerda bien su dictamen, no creo haya necesidad de ponérselo al frente. Y aquí lo que le quiero preguntar es por que nos explique qué es la plataforma GEST SAE.

FERNANDO REYES: Esa plataforma doctor Francisco es una plataforma en donde Transmilenio lleva el control de los vehículos que están operando de cada de cada operador, o sea, a través de esa plataforma es que verifica efectivamente Transmilenio que los vehículos están en circulación. La plataforma no es del operador, la plataforma es de Transmilenio, por lo tanto, lo único que el operador tiene acceso a esa plataforma, es a reportes de consulta es lo único. Lo que el operador puede hacer entrar y consultar información, bajar archivos de tipo de consulta cuando necesita conocer algún tipo de información. Sin embargo, inclusive dentro del mismo, de la misma estructura del operador es restringido el acceso a esa a esa plataforma, la parte administrativa no tiene, por ejemplo, acceso a esa plataforma y si requiere información la tiene que solicitar a otra área la compañía.

FRANCISCO HERRERA: ¿Cuando un vehículo de un operador, en este caso de ETIB deja de circular, esa información se carga a esa plataforma?

FERNANDO REYES: A través de la plataforma pueden verificar que efectivamente el vehículo no salió a circulación. Porque no queda reportado.

FRANCISCO HERRERA: ¿Y en esa plataforma se puede verificar la razón por la cual ese vehículo dejó de circular?

FERNANDO REYES: Eso sí, no sabría decirle. Le puedo decir que la cantidad de información que baja la plataforma es bastante grandes, o sea, la información que genera esa plataforma es bastante grande, sin conocerla, porque pues yo no lo operé sino simplemente pedí una información para el tema de los buses que estaban operando para poder calcular el lucro cesante. Yo podría decir que es posible que quede incorporada esa información ahí, pero pues no lo puedo asegurar porque es bastante la información, inclusive son bastante pesados los archivos y tienen que trabajarse en Excel, pues para poder depurarlo dependiendo de lo que uno necesite.

*FRANCISCO HERRERA: ¿A ese reporte que usted me está haciendo referencia es el que se denomina Report SAE?*

*FERNANDO REYES: Sí que ese es uno de los reportes que ellos generaron y que ayudaron a pues a depurar para, pues por lo menos para lo que yo, para la información que yo necesitaba, que era conocer los vehículos que están en circulación.*

*FRANCISCO HERRERA: Para calcular, para verificar que los vehículos sobre los cuales usted calculó el lucro no estuvieran circulando, ¿usted tuvo la información, obtuvo la información de ese reporte?*

*FERNANDO REYES: Sí, de ese reporte se obtuvo los vehículos que estaban circulando en los dos meses que yo tomé como base para el cálculo para efecto de poder calcular los promedios.*

*FRANCISCO HERRERA: Y en relación con cada vehículo, en particular de los que integraron el siniestro, ¿usted como hizo para determinar que esos vehículos sí fueron efectivamente vandalizados en las protestas, o no, cómo hizo para determinar qué esos sí hubieran sido y no otros?*

*FERNANDO REYES: uno pues solicité la información directamente a los señores de ETIB; dos porque se verificó que en la plataforma esta de GEST SAE y en REPORT GEST SAE en el periodo en que decían que el vehículo no había estado operando y en las fechas que mostraba la orden de taller que había entrado al patio, pues que efectivamente esos días no estuviera en circulación, entonces con eso, pues se verificó que efectivamente el vehículo estaba en el en el patio taller.*

*FRANCISCO HERRERA: ¿Usted revisó por cada vehículo las planillas de salida de cada uno de ellos el día en que salió a prestar su servicio y que supuestamente fue vandalizado?*

*FERNANDO REYES: La planilla salida no, se verificó en ese archivo del reporte del GEST SAE que el vehículo había salido a operar.*

*FRANCISCO HERRERA: Ok. ¿Y el reingreso el vehículo*

*estaba en esa planilla, en ese reporte, perdón, en ese informe, en esa plataforma?*

*FERNANDO REYES: No, eso sí, no lo verifique don Francisco, verifiqué que había salido a operar el día de la fecha de los en los periodos del siniestro.*

*FRANCISCO HERRERA: Correcto. ¿Y esa verificación que usted hizo contra la salida de los vehículos se confrontó con las planillas y documentos en los que costaba los arreglos del vehículo, la entrada al patio taller?*

*FERNANDO REYES: Correcto.*

*FRANCISCO HERRERA: O sea, ¿verificó que el vehículo saliera a operar el día y verificó que ese mismo vehículo entrara al patio taller para reparación al patio taller?*

*FERNANDO REYES: correcto».<sup>1</sup>*

Como se observa, en su declaración juramentada el Señor Perito explicó con toda suficiencia la forma en la que determinó, uno a uno, cuáles habían sido los vehículos averiados en las protestas cuya reparación se reclama en este litigio, con lo cual quedó claramente demostrada la ocurrencia del siniestro.

Sobre esa base, la conclusión es que la prueba documental y pericial debe ser apreciada, como la ley lo indica, bajo las reglas de la sana crítica y en conjunto con las demás obrantes en el plenario, de todas las cuales se evidencia que los vehículos asegurados sí fueron dañados por los manifestantes.

No puede el fallador, con base en una interpretación sesgada, incompleta e inconexa de las disposiciones legales en materia

---

<sup>1</sup> El aparte de la declaración del perito puede observarse en el siguiente enlace:  
[https://1drv.ms/v/s!AsLYjK41TV4KjttJ\\_gj1-Amu18Solw?e=hQmxeK](https://1drv.ms/v/s!AsLYjK41TV4KjttJ_gj1-Amu18Solw?e=hQmxeK)



probatoria, desconocer el principio contenido en el artículo 176 del C.P.G., de cuya aplicación se desprende, con toda claridad, que los vehículos asegurados sí fueron dañados al amparo de los actos vandálicos ocurridos en la ciudad de Bogotá.

Antes que nada el juzgador debe orientar su análisis probatorio hacia la ponderación probatoria con base en principios de lógica elemental. Es un hecho notorio que hubo unas manifestaciones en la ciudad de Bogotá, uno de cuyos objetivos principales fue la destrucción de los buses del sistema que integran el servicio de transporte masivo; se demostró que los rodantes de propiedad de mi mandante salieron a circular por la ciudad en los mismos días a prestar el servicio de transporte público y que los mismos días en los que ocurrieron ambas circunstancias (los disturbios y el rodaje) los mismos vehículos resultaron averiados. Con todos los hechos señalados, que se encuentran acreditados con suficiencia dentro del plenario, ¿no resulta muy razonable inferir que los daños fueron causados por los actos vandálicos? Ese razonamiento, además, es la simple aplicación de lo dispuesto por los artículos 240 y 242 del C.G.P., al regular la prueba indiciaria.

En el análisis de la prueba indiciaria, regida por las normas rituales (Arts. 240, 241 y 242) del Código General del Proceso, se deben considerar los siguientes aspectos clave:

1. **Debida Probanza del Hecho Indicado (Art. 240 C.G.P.):** El hecho que se pretende como indicio debe estar debidamente probado en el proceso.

**2. Valoración Conjunta de Indicios (Art. 242 C.G.P.):** El juez apreciará los indicios considerando su gravedad, concordancia y convergencia. Además, evaluará su relación con otras pruebas presentes en el proceso.

Estos elementos son fundamentales para una adecuada evaluación de la prueba indiciaria en el contexto legal establecido.

En la prueba por indicios, se destacan tres elementos esenciales: (a) un hecho, el cual indica y debe estar plenamente probado para autorizar la inducción; (b) otro hecho, el indicado; y (c) una relación de causalidad, concomitancia o conexión entre ambos.

Para que los indicios constituyan plena prueba, deben cumplir con ciertos requisitos. Estos deben ser plurales, graves, precisos y conexos entre sí, según jurisprudencia consolidada, entre ellas la Sentencia de la Corte Suprema del 30 de octubre de 1935, 23 de julio de 1929, 1º de diciembre de 1938, 26 de octubre de 1939 (M.P.: Lequerica, F.), 6 de noviembre de 1943 (M.P.: Hinestrosa, R.), y 6 de mayo de 1957, entre otros casos relevantes.

Esta condición de pluralidad, gravedad, precisión y conexidad entre los indicios es esencial para que, en conjunto, puedan considerarse como prueba plena en el proceso judicial.

En nuestro sistema probatorio, se admite el uso de pruebas circunstanciales en situaciones en las que la ley no exige una prueba escrita específica. La prueba de indicios busca ser

suficiente para generar en la mente del juez una convicción plena. Esta modalidad de prueba se fundamenta en una operación mental, en el juicio del ser humano. En la prueba indiciaria, la base de la convicción se encuentra en el raciocinio. La ley confía al criterio y conciencia del juez la apreciación de las cualidades de gravedad, precisión y conexión que deben tener los indicios, sin más restricciones que la subordinación a las reglas generales de sana crítica en materia de pruebas.

Es común que cada hecho índice carezca, por sí solo, de la fuerza necesaria para establecer la convicción, a menos que el juez se encuentre ante un indicio necesario. En esta circunstancia excepcional, la conexión indiscutible y directa con el hecho investigado hace innecesaria cualquier otra investigación. Sin embargo, en la mayoría de los casos, es la concatenación de varios hechos índices, agrupados y respaldados mutuamente, lo que sustenta el criterio del juez para llegar con certeza a la convicción de que el hecho indicado realmente tuvo lugar.

Por lo tanto, todo indicio no necesario, cuando se evalúa por sí mismo, requiere un análisis valorativo en relación con otros hechos que, de manera aislada, tampoco probarían nada. La consideración de destruir cada hecho indicador debido a una falta de relación necesaria con el hecho investigado sería equivalente a eliminar la prueba por indicios. Esto se basa en la premisa de que el indicio, cuando se considera por separado, no es necesario y, por sí mismo, no demuestra nada de manera concluyente. Este enfoque fue respaldado por la Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema

del 20 de marzo de 1959 (M.P. José Hernández Arbeláez)<sup>2</sup> y se ha reiterado en casos posteriores, como en la Sentencia SC3771 - 2022.<sup>3</sup>

Así las cosas, como puede verse, en el presente asunto de todas las pruebas obrantes en el plenario no puede concluirse que no se logró demostrar la ocurrencia del siniestro, pues la apreciación de las pruebas en su conjunto evidencia exactamente lo contrario, como ha quedado demostrado en las líneas precedentes.

De otra parte, para que el medio exceptivo propuesto por la demandada hubiera tenido vocación de prosperidad, demandaba de esta una actividad diferente a la simple enunciación; era necesario, para que el medio propuesto deviniera exitoso, que el proponente hubiera demostrado de manera fehaciente que los vehículos hubieran resultado averiados en eventos distintos a los vandálicos que son los cubiertos por la póliza, es decir, que le correspondía al demandado desvirtuar la prueba ya obrante en el proceso, bajo un único expediente de demostrar que los daños ocurrieron en circunstancias de tiempo, modo y/o lugar distintas a las exigidas en el contrato de seguro para brindar cobertura, demostración que se echa de menos en el plenario por la simple y sencilla razón de que los daños reclamados sí ocurrieron al amparo de los lamentables actos vandálicos ocurridos durante las protestas populares que acontecieron en la ciudad de Bogotá.

De otra parte, especial mención merece el caso de la

---

<sup>2</sup> <https://1drv.ms/b/s!AsLYjK41TV4KjttZNxwktHjZx-p8Cw?e=uKEmqR>

<sup>3</sup> [SC3771-2022-2008-00634-01.pdf](https://cortesuprema.gov.co/SC3771-2022-2008-00634-01.pdf) (cortesuprema.gov.co)

PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL Y SUS CONSECUENCIALES, relacionadas con el siniestro que afectó el rodante de placas ESK860, frente al cual se aportaron todas las pruebas exigidas por la póliza para demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, tanto en la reclamación extrajudicial como en el presente proceso, aspecto al que ni siquiera se refirió la sentencia impugnada como fue antes demostrado.

En efecto, en relación con esta pretensión, se demostró la ocurrencia del siniestro con todos los documentos que obran en el expediente y que se pueden consultar en el enlace [2022122317 - OneDrive \(sharepoint.com\)](https://2022122317-OneDrive-sharepoint.com) del expediente digital, aunado a la prueba contundente de tal hecho, que consiste en el video <https://1drv.ms/v/s!AsLYjK41TV4KhMhQfuNulJJ7HiG8cQ?e=VQYpOJ> que también obra en el expediente.

A pesar de lo anteriormente expuesto, ninguna referencia se hizo en la sentencia impugnada a la demostración de la ocurrencia del siniestro de este rodante.

Con prescindencia de la claridad de lo señalado, en caso de duda, La Delegatura estaba en la obligación de actuar conforme se lo ordena el artículo 170 del C.G.P., norma de carácter imperativo, a cuyo tenor *«El juez **deberá** decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y **antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de controversia**»*. La transcrita no es una disposición cuya aplicación quede a la discreción del juez; es un precepto de obligatoria atención

para el decisor cuando sea necesaria su utilización a fin de esclarecer los hechos objeto de la controversia. Es razonablemente posible pensar, en este caso, que los daños de los rodantes en los hechos vandálicos ocurridos al amparo de la protesta social no es una «invención» del demandante, máxime cuando de todas las pruebas que obran en el expediente es razonable inferir que en efecto los automotores asegurados fueron dañados por los manifestantes.

En relación con este punto, no sobra traer a colación que existen tres precedentes jurisprudenciales de esa Corporación, en los que, en igual número de casos idénticos (no similares) al presente, se ha admitido que las mismas pruebas obrantes en este proceso (no similares), han sido suficientes para acreditar la ocurrencia del siniestro, tal y como se presentan a continuación:

1. **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C., Sala Civil, Magistrado Ponente: MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ,** Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veintitrés (2023), Ref: Proceso verbal No. 110013199003202102166 02 de ETIB vs. ASEGURADORA SOLIDARIA. La sentencia se puede consultar en el siguiente enlace: [sentencia segunda instancia.pdf](#). Dicha providencia confirmó la de primera instancia, proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, que se puede consultar en el siguiente enlace: <https://1drv.ms/b/s!AsLYjK41TV4KiMpsKiIXDvYv4yDVZA?e=Rs57g1>.

2. **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C., Sala Civil,**

**Magistrada Ponente: CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA,** Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022), Ref: Proceso verbal No. 110013199003202102609 02 de MASIVO BOGOTÁ vs. ASEGURADORA SOLIDARIA. La sentencia se puede consultar en el siguiente enlace: [https://1drv.ms/b/s!AsLYjK41TV4Kiol\\_5wACgR\\_vLDdkaA?e=gM0JQ1](https://1drv.ms/b/s!AsLYjK41TV4Kiol_5wACgR_vLDdkaA?e=gM0JQ1). Dicha providencia confirmó la de primera instancia, proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, que se puede consultar en el siguiente enlace: <https://1drv.ms/b/s!AsLYjK41TV4KiMYsorVEmGoyEnfC3Q?e=af1jYk>.

3. **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C., Sala Civil,**  
**Magistrado Ponente: OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA,** Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de dos mil veintitrés (2023), Ref: Proceso verbal No. 110013199003202103972 02 de MASIVO CAPITAL vs. ASEGURADORA SOLIDARIA. La sentencia se puede consultar en el siguiente enlace: <https://1drv.ms/b/s!AsLYjK41TV4KjIMjSDQCDeyV5edCng?e=IHtl7z>. Dicha providencia confirmó la de primera instancia, proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, que se puede consultar en el siguiente enlace: <https://1drv.ms/b/s!AsLYjK41TV4KjIVymI1FSk8xzv0HEA?e=tmdw64>.

Sobre este último precedente resulta pertinente aclarar que la sentencia de primera instancia desestimó las pretensiones de la demanda por idénticas razones a las que esgrimió en el presente proceso, es decir, por cuanto

supuestamente no se había logrado demostrar la ocurrencia del siniestro. Frente al recurso interpuesto frente a la providencia en mención, la Sala decidió confirmar la providencia impugnada, pero por razones diferentes a las esgrimidas en la primera instancia, señalando expresamente que con las pruebas aportadas, idénticas a las de este proceso (documentales y dictamen pericial de igual contenido), sí se había logrado demostrar la ocurrencia del siniestro. La decisión se confirma por una supuesta falta de demostración de la cuantía de la pérdida, tal y como se evidencia de la siguiente transcripción:

Sentencia de primera instancia:

El aparte pertinente se puede consultar en el siguiente enlace:

[https://1drv.ms/v/s!AsLYjK41TV4KjtwLhMdbUx\\_me06EcA?e=xGag1k](https://1drv.ms/v/s!AsLYjK41TV4KjtwLhMdbUx_me06EcA?e=xGag1k). A continuación se presenta una transcripción libre de lo dicho en la audiencia:

*«de conformidad con el citado marco, encontrándose definido el marco de controversia, cuál es el problema jurídico, se encuentra que la parte actora, con el fin de acreditar su carga frente a la ocurrencia del siniestro, como se evidencia del escrito de reclamación con fecha 16 de diciembre del año 2021, soporta la misma, entre otras, en el certificado de tradición del automotor, tarjeta de propiedad, copia de licencia de tránsito del automotor, y al respecto pues se tiene la documental respectiva que así lo refiere, donde se trae los siguientes numerales: factura de compraventa de vehículo, certificado de la Dian, declaración de importación, paz y salvo impuestos de rodamiento, copia del Soat, copia de la tarjeta de operación, constancia del Comandante de Policía de Servicios de Transporte Masivo Transmilenio, certificado tradición expedido por el Sim, fotocopia de la tarjeta de propiedad, copia de la denuncia penal por los hechos*



mencionados, informe técnico de servicio FMT55 en el cual se determina la pérdida total, declaración juramentada donde manifiesta que el vehículo no cuenta con póliza de seguros que ampare el siniestro, presentado avalúo comercial del vehículo de placas WGK 058 el cual tiene las mismas características del vehículo siniestrado, siendo el caso resaltar que con ocasión del mentado evento el 7 de mayo de 2021 se formula y reposa noticia número XXXXX por el delito de daños en bien ajeno constancia de agravación, en dónde se relaciona de los hechos lo siguiente: fecha de comisión de los hechos el 4 de mayo de 2021 y en la parte relativa a los sucesos se señala lo siguiente: Nombre es Germán Eduardo del Río Fonseca, mayor de edad, domiciliado y residente en Bogotá, se pone el número de identificación, para la presente diligencia actúo a mi condición de representante legal de Masivo Capital SAS, con domicilio en Bogotá, donde se coloca su NIT tal y como consta en el certificado de existencia de dicha organización, en su condición de agente operador dentro del esquema del Sistema Integrado de Transporte Público SITP de esta ciudad capital, presta servicio público esencial de transporte de pasajeros por todo Bogotá en virtud de las resoluciones XXXX y bajo las cuales fueron adjudicadas las zonas de Kennedy y Suba Oriental, respectivamente, de la Licitación Pública XXXX, para lo cual se suscribieron los contratos de concesión número XXXX y con Transmilenio en adelante TMSA en su calidad de ente gestor del sistema y refiere: el día 4 de mayo de 2021 el Bus distinguido con placas WGI 613 número de interno Z25-7003 está cumpliendo la ruta 39 tabla 17 viaje 7. El conductor en adelante operador asignado tiene el código emitido por Transmilenio número XXX señor John Alexander Daza Montiel, quién realizó llamado en adelante fonía ... indicando que se encontraba a la altura de la carrera 86 con diagonal tercera reportando que quedó bloqueado en la Glorieta de la Avenida Américas con Avenida Ciudad de Cali, a lo cual la empresa le indica que el desvío el trazado de ruta se encuentra activado y se le indaga por qué no lo tomó, a lo cual responde que en el momento no había novedad por eso decidió continuar, pero al llegar al cruce del semáforo dicha vía se le atraviesan unos muchachos en bicicleta; seguido a esto otros individuos en bicicleta bloquean el paso al móvil manifestándole que y hago énfasis que no puede seguir porque van a realizar pero al lugar llegan más sujetos quiénes le dicen al operador que el móvil se queda en ese

lugar. Indica que sobre las 21:07 sujetos encapuchados de manera violenta procedieron a violentar la puerta de ingreso delantera del bus, amenazaron con palos y cuchillos y sometieron al conductor del bus, y procedieron a romper todos los vidrios del vehículo e incendiarlo con el uso de botellas de gasolina y antorchas. Entonces luego se le pregunta: informe a la presente diligencia judicial si existen datos y ubicación de las personas que causan los daños y contesta: no tengo ningún tipo de información de las personas que perpetraron este hecho ilícito. Al respecto es del caso tener de presente que cómo se evidencia de la respuesta emitida por el Ministerio de Defensa mediante misiva del 3 de agosto de 2022 con asunto cumplimiento de sentencia de tutela emitida por el Consejo de Estado bajo el radicado terminado en ... en las mismas el Director de Seguridad Ciudadana indica en este orden de ideas revisada la respuesta de la Policía Nacional señala que respecto de los hechos materia de investigación correspondía a la Fiscalía General de la Nación adelantar los actos respectivos para esclarecer los hechos y hallar los responsables, eventos que se constata en el folio 39 del documento remitido en PDF dónde es el mismo Fiscal de la Unidad Delitos no querellables quién indica: en el despacho se adelanta investigación por el presunto punible de daño en bien ajeno artículo 265 agravado por circunstancias del inciso cuarto del artículo 266 del Código Penal Colombiano con radicado en terminado xxx donde la víctima fue la compañía Masivo Capital SAS en reorganización, quién funge como propietaria del rodante de placas WGI613 marca ..., modelo ..., clase bus, servicio público, capacidad pasajeros ..., y tipo de chasis .... Se indica línea vehículo representada legalmente por Germán Eduardo del Río Fonseca por hechos ocurridos el 4 de mayo de 2021 delito en averiguación que se investiga por hechos o actos vandálicos y disturbios presentados en las protestas de esta ciudad donde el móvil fue incinerado; por su parte tenemos igualmente la misiva del Ministerio Defensa Nacional Policía Nacional Metropolitana área talento humano número xxxx del 4 de abril de 2023, donde responde respondiendo lo solicitado se informa a esa delegada que sobre lo preguntado por su despacho fueron consultadas las unidades policiales que acompañaron las movilizaciones sociales que se presentaron en la ciudad de Bogotá el 5 de mayo de 201 como la fuerza disponible y los distintos grupos de diálogo y mantenimiento del orden para las fechas adscritos a la Policía Metropolitana

de Bogotá obteniendo lo siguiente: la fuerza disponible Indicó que una vez revisados los acervos documentales del grupo de fuerza disponible tanto en la parte física como la parte digital no se encontraron registros para el día 5 de mayo del 2021. El Grupo Diálogo y Mantenimiento del Orden Regional de MEBOG informó: verificados los acervos documentales de cada uno de los grupos de diálogo y mantenimiento del orden adscritos a la Policía Metropolitana de Bogotá no se evidenciaron intervenciones por parte de esta unidad donde se hayan tenido conocimiento de hechos relacionados por incineraciones del vehículo de placa WGI613 propiedad de Masivo Capital SAS cómo lo certifica los comandantes de acuerdo a los correos adjuntos. Más adelante también refiere la Seccional de Investigación Criminal línea Investigativa contra el terrorismo mediante correo interno xxx comunicó que verificada la información obrante en archivos del grupo se encontró que el señor Germán del Río Fonseca, representante legal de Masivo Capital SAS, empresa responsable del automotor, puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación la vandalización e incineración del vehículo del sistema integrado de transporte público placa WGI613 lo cual ocurrió en desarrollo de hechos que en Bogotá se desarrollaron desde el 28 de abril hasta el 20 de junio de 2021. Por las afectaciones al vehículo en mención se abrió noticia criminal terminada xxx la cual adelanta la Fiscalía General de la Nación por lo que si el despacho a su cargo requiere más información es procedente solicitarla al ente investigativo, toda vez que para su entidad debido a sus funciones jurisdiccionales no opera la reserva de la investigación. Finalmente pues hay la manifestación de que si hay otra inquietud se eleve y que será atendida quien firma Jonathan Guillermo Tenjo Rodríguez Jefe de Asuntos Jurídicos de la Policía Metropolitana de Bogotá. En ese sentido conforme se desprende de las citadas documentales las circunstancias objeto de certificación por las autoridades, deviene en la investigación adelantada por la fiscalía con ocasión a la denuncia instaurada por un representante legal de la entidad demandante, sin la comparecencia autoridad alguna en sitio a pesar de las fotos y videos allegados con el escrito de demanda de cuya fecha y condiciones de origen no se tuvieron claridad. No se encuentra acreditado en el plenario las condiciones, causa y atribución de las personas que realizaran el evento por el cual se reclama, elemento que se debe valorar junto con la respuesta

otorgada por la misma parte en el interrogatorio de parte rendido bajo la gravedad de juramento y la conducta de la misma en relación con la falta de precisión sobre las respuestas emitidas y dónde manifestó a los interrogantes que a continuación se resaltan: Masivo cómo tiene conocimiento del evento? el 5 de Mayo manifestaciones en Bogotá noticias estaba el tema estábamos operando la zona más fuerte localidad Kennedy operando los buses en ruta. Cómo se entera por medio el vehículo fue secuestrado por los manifestantes debería pasar el operador hacia el control del centro de control para la alerta secuestra al operador lo baja y pasan los hechos vandalizan se comunican con jefes en el patio se desprende el sistema de alerta en este momento se da aviso a la policía que estaba al tanto de las manifestaciones que era imposible llegar qué autoridad acude a sitio Al momento de incineración. No lo conoce responde a su vez frente al interrogatorio de la pasiva usted conoce el video que masivo presentó al proceso responde que sí quién lo grabó no tengo el nombre en redes sociales se publicó salió en medio en no es de masivo y no fue que grabó quién presentó el video a masivo redes sociales manifestó que ante pregunta al operario lo secuestraron sabe si Masivo puso denuncia por secuestro respondió que no sabe. Y más si yo formuló denuncia ante la fiscalía por estos hechos si señor quién lo hizo el representante legal principal usted sabe si la Policía Nacional verificó en sitio la forma en que ocurren los hechos y responde no verificó en sitio pusieron en conocimiento de la policía sus hechos y responde si, situación que sin desconocer la libertad probatoria que poseen las partes, deben acreditar las condiciones de la póliza en el amparo objeto de reclamo de conformidad con condiciones establecidas por la licitación que derivan la expedición de la póliza base reclamación. De lo anterior pese a que se encuentra acreditada la existencia de la incineración del vehículo de propiedad de la parte demandante de las mismas no se puede concluir que la incineración reclamada fuera por ellos provenientes de huelgas, asonadas, amotinamientos, conmociones civiles y/o terrorismo este último cometido por grupos subversivos y al respecto debe insistir la delegatura que el amparo reclamado Pérdida total de vehículos por daños requiere de la destrucción total del vehículo como consecuencia de un acto o un hecho amparado según las condiciones de la póliza siendo estos los provenientes de huelgas, asonadas, amotinamientos, conmociones civiles

y/o terrorismo, esto último cometido por grupos subversivos, elemento que debe ser objeto de demostración por el asegurado o beneficiario como parte de la acreditación de la ocurrencia del siniestro en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio que estamos analizando, **elemento que no se evidencia se hubiera acreditado en la etapa prejudicial o en el curso de la presente actuación. Por lo dicho en precedencia al no estar acreditada la autoría del hecho generador del siniestro por uno de los grupos subversivos o la existencia de huelgas, asonadas, amotinamientos o conmociones civiles, conforme a las condiciones del Amparo le asiste razón a la compañía Aseguradora Solidaria respecto a la excepción que llamó o denominó no demostración de la ocurrencia de un siniestro amparado por la póliza y en consecuencia inexistencia de la obligación indemnizatoria por parte de la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa la cual al tener la virtualidad de llevar al traste todas las pretensiones de la demanda releva a esta delegatura del análisis de otros medios exceptivos formulados por la parte pasiva esto en aplicación del artículo 282 del Código General del Proceso».**

Frente al recurso de apelación interpuesto contra la señalada decisión, la Sala Civil del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió lo siguiente:

*La Sala destinará las ulteriores consideraciones, a explicar, a espacio, lo dicho con antelación.*

**1. En efecto, como lo antepuso ampliamente la apelante, no había lugar a acoger la excepción que la demandada intituló “no demostración de la ocurrencia de un siniestro amparado por la póliza”.**

*Ello por cuanto, de acuerdo con la copia de los oficios GS-2022-063173-MEBOG-SETRA de febrero 10 de 2022 y GS-2021-379911-MEBOG de septiembre 9 de 2021 suscritos por el Comandante del Servicio de Transporte Masivo de la Policía Metropolitana de Bogotá, así como por lo notorio de los acontecimientos acaecidos en la*

ciudad de Bogotá el 5 de mayo de 2021 (inciso final, art. 167 C. G. del P.), es ostensible que aquí se estableció que la conflagración que comprometió la integridad del bus del SITP de placas WGI-613, propiedad de Masivo Capital S.A.S., fue propiciada por un grupo organizado de personas que se unieron a las protestas del “paro nacional” durante los meses de abril a junio de 2021.

En efecto, en el primero de los oficios a los que recién se hizo alusión, se hizo constar lo siguiente: “se evidenció soporte para el caso que nos atañe ‘(...) los daños sufridos al vehículo de placa WGI 613 (...)’; los cuales fueron entregados al señor Mayor Gómez Noreña Jhon Alexander, Comandante Estación Parada Servicio Transporte Masivo (...) donde daba a conocer las conjeturadas novedades acaecidas en desarrollo de las protestas masivas del Paro Nacional que empezaron el 28 de abril y continuaron hasta el mes de junio del año 2021, con vehículos de la empresa Masivo Capital”.

Por su parte, en el oficio GS-2021-379911-MEBOG de septiembre 9 de 2021, el Comandante del Servicio Transporte Masivo de la Policía Metropolitana de Bogotá explicó que **“en atención a los diferentes hechos de vandalismo y daño en bien ajeno, de manera atenta y respetuosa me permito presentar a mi general, el balance de dichos hechos propiciados por ciudadanos a los diferentes vehículos de la empresa Masivo Capital dentro de las manifestaciones del paro nacional del mes de abril hasta el mes de junio del presente año los cuales anexo archivo”**.

Ese último documento viene acompañado del listado de rodantes afectados en las actividades desplegadas en el mencionado paro nacional, que incluye expresamente al automotor que interesa a este litigio, de placas WGI 613; motor N° 22101029 y chasis N° 5POUYOB26E1176454; con la anotación de haber sido “incinerado, pérdida completa”; fecha “5/05/2021”; hora “8:38:02 pm” y lugar “avenida Américas con avenida Cali” de Bogotá.

*Lo anterior, era suficiente, en el criterio de la Sala, para tener por acreditada la ocurrencia del siniestro cubierto con la póliza base de este litigio, esto es, concerniente a los daños acaecidos como consecuencia de “huelgas, asonadas, amotinamientos, conmociones civiles y/o terrorismo este último cometido únicamente por grupos*

*subversivos y/o grupos armados organizados GAO”.*

Como se observa, la providencia dictada en este proceso también constituye un precedente judicial sobre el punto materia de la presenta apelación, en la medida en que específicamente señala que, con las pruebas arrimadas, las mismas que en este proceso, sí se logra demostrar la ocurrencia del siniestro.

**LA SUPUESTA FALTA DE ACREDITACIÓN DE A CUANTÍA DE LA PÉRDIDA, POR LA NO ACREDITACIÓN DEL PAGO PREVIO DE LAS REPARACIONES RECLAMADAS:**

Como lo manifesté en precedencia, al parecer también en la sentencia impugnada se estima que no hubo una demostración dentro del proceso de la cuantía de la pérdida, por cuanto la parte demandante no acreditó haber sufragado previamente el importe de las reparaciones que de deben realizar sobre los vehículos siniestrados con el objeto de dejarlos en las mismas condiciones en las que se encontraban al momento del siniestro, desconociendo el contenido de la prueba pericial en la que, con toda claridad, se determinó el valor de las reparaciones por cada uno de los daños que se reclaman, mediante el aporte de las correspondientes facturas.

A título de ejemplo, la forma en la que se determinó el valor de la reclamación para cada uno de los buses se encuentra en este enlace  
[https://1drv.ms/f/s!AsLYjK41TV4Ki\\_g8gN4cmdY348s4ug?e=KabyceE](https://1drv.ms/f/s!AsLYjK41TV4Ki_g8gN4cmdY348s4ug?e=KabyceE), que corresponde a la documentación que obra a derivado 105 del cuaderno de la primera instancia, en

relación con el vehículo con número interno Z70-0216.

En la carpeta correspondiente al vehículo en mención se encuentra la contabilización de la cuenta por pagar al proveedor correspondiente al valor del daño reclamado, la constancia de entrada al almacén de servicio, la factura que corresponde al costo de las reparaciones y la foto del daño reclamado.

Como lo señaló de forma magistral la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SC4703-2021,<sup>4</sup>

«Comprobados los elementos axiológicos de la responsabilidad civil, entre ellos, el daño, compete al juez cuantificar el valor de la indemnización. Ello, conforme a distintas tipologías materiales e inmateriales debidamente acreditadas. Siempre en la mira del principio de reparación integral consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Significa que, en lo posible, el agraviado debe ser restituido al estado anterior de la conducta dañosa. Ese ha sido el pensamiento de la Corte. Propende dejar a la víctima en forma *"similar al que precedía a la ocurrencia de los hechos perjudiciales. De todas maneras, como las secuelas pueden diferirse en el tiempo, la providencia debe proyectar la indemnización hacia el futuro, comprendiendo cualquier rezago pendiente de causarse al momento en que se profiera.*

La doctrina lo destaca: *"[L]a plenitud del resarcimiento no quiere decir plenitud material sino, como es obvio, jurídica, es decir, siempre dentro de los límites que la ley ha fijado, con carácter general, para la responsabilidad en derecho").*

El artículo 283 del Código General del Proceso

---

<sup>4</sup> El texto completo de la sentencia se puede consultar en [SC4703-2021-2001-01048-01.pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/04/SC4703-2021-2001-01048-01.pdf) ([cortesuprema.gov.co](https://cortesuprema.gov.co)). En el mismo sentido la sentencia SC506-2022, que se puede consultar en <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/04/SC506-2022-2015-00095-02.pdf>.



materializa el principio. El resarcimiento debe ser concreto, pleno y en equidad. Además, debe extenderse hasta el momento del pago y reclama aplicar los criterios técnicos actuariales en su valoración.

Pretende el legislador restablecer el equilibrio aniquilado por el hecho lesivo y dejar al *«sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño»*. Acreditada la responsabilidad civil, el juez *«tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio»*. Todo, sin excederse, por cuanto la indemnización no es fuente de enriquecimiento.

Es necesario, entonces, atender las condiciones específicas del damnificado y la magnitud del daño resarcible. Por lo mismo, *«como se encuentre al momento de dictar sentencia y no simplemente en la fecha en que se produjo el menoscabo, toda vez que es factible que entre uno y otro instante la materialización del perjuicio sufra alguna variación o que sus efectos se extiendan en el tiempo»*.

Así las cosas, como se observa, no resulta procedente exigir a la víctima la acreditación de haber reparado el daño sufrido como presupuesto axiológico de la procedencia de su derecho a recibir la indemnización, pues lo que debe acreditar ésta es el monto del daño padecido a consecuencia del siniestro, para el caso de los seguros, dentro de los límites indicados en los artículos 1088 y 1089 del Código de Comercio.

Tan cierto es lo anterior, que el mismo artículo 1110 de la codificación mercantil faculta al asegurador para pagar la indemnización, ora en dinero, ora mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a su opción. Así las cosas, no es procedente bajo aspecto alguno,

considerar que es indispensable acreditar el pago de la reparación del daño por parte de la víctima para que ella tenga derecho a recibir el pago de la indemnización ya que, se repite, no es esta una condición para el acceso a su derecho. Lo que basta, como en efecto se hizo en este caso, es acreditar el importe del daño mediante la utilización de cualquier medio probatorio idóneo, para acceder al derecho a recibir el pago del importe de la indemnización.

**NO SE HIZO USO EN ESTE CASO, COMO ERA OBLIGATORIO, DE LA INTERPRETACIÓN PRO CONSUMATORE:**

No debe perderse de vista, en ningún momento, que la presente es una Acción de Protección al Consumidor, en la cual debe utilizarse, indefectiblemente el principio de interpretación Pro Consumatore.

En la sentencia impugnada la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera favoreció indudablemente a la aseguradora demandada en detrimento de los derechos del demandante, pues interpretó as pruebas obrantes en el plenario, de manera sesgada, a favor de la entidad financiera, sin tomar en consideración todo el acervo probatorio del cual se desprende, como quedó demostrado, la clara responsabilidad de la aseguradora.

Ahora bien, comoquiera que de acuerdo con lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 282 del C.G.P., si el superior considera infundada la excepción que condujo a rechazar todas las pretensiones de la demanda, como debe ocurrir en

el presente asunto, debe proceder a resolver sobre las otras, reitero lo dicho en el alegato de conclusión presentado.

Así las cosas, los reparos concretos se circunscriben a manifestar que dentro del proceso sí se logró demostrar tanto la ocurrencia del siniestro como la cuantía de la pérdida, razón por la cual la sentencia impugnada debe ser revocada en su totalidad.

En particular, reitero lo dicho en el alegato de conclusión que se presentó ante la Delegatura en la primera instancia, cuyo extracto puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://1drv.ms/v/s!AsLYjK41TV4Kjtwx3zYgBOj7K93uQQ?e=XsqXMP>.

En resumen, entonces la sustentación se circunscribe a los siguientes aspectos:

1. No resulta precedente la decisión en punto a la consideración de que no se logró demostrar la ocurrencia del siniestro, como ha quedado suficientemente explicado en el presente memorial.
2. En atención a lo señalado en el punto precedente, como quedó probado, se logró demostrar la cuantía de la pérdida que se reclama desde el momento de la presentación de la reclamación extrajudicial, en noviembre 22 de 2021, como se evidencia de la comunicación respectiva que obra en el plenario, a la que se adosaron todos los documentos indispensables para demostrar tanto la ocurrencia del siniestro como la cuantía de la pérdida:



No es posible comprender cómo la aseguradora demandada pretende sostener que la presentada es una objeción seria y fundada a una reclamación en la que se presentó la siguiente documentación que obra a derivado 105 del expediente de la primera instancia: [Facturas y documentos soportes Mviles Vandalizados](#).

En dicha documentación está la descripción de todos y cada uno de los vehículos vandalizados, con las correspondientes facturas en la que se acredita el costo de la reparación de cada uno y las fotografías en la que se demuestra el daño. Y la aseguradora pretende indicar que una objeción es procedente cuando simplemente manifiesta, a título general, que *«en cuanto a la cuantía del siniestro, tampoco se presentan soportes documentales suficientes que respalden la solicitud de indemnización y que permitan acreditar la ocurrencia del daño su extensión y los repuestos derivados, lo anterior a fin de demostrar la ocurrencia y la cuantía, bajo la libertad probatoria con la que se cuenta, y que debe conllevar a la demostración que cada uno de los valores solicitados como indemnización correspondan en efecto a daños derivados de los hechos por los cuales se reclama»*.

La pregunta obvia que surge frente a esta pretendida objeción es evidente: ¿puede considerarse como seria y fundada una objeción del talante de la presentada, frente a una reclamación en la que se han presentado los documentos reseñados, por cada uno de los vehículos, a instancias de la misma aseguradora? Dicha pretendida objeción no solo no es seria ni fundada, sino totalmente irrespetuosa frente al trabajo de consolidación de la información elaborado por mi

mandante y enviado a la aseguradora a su propia solicitud, tan completo como se evidencia de su consulta sobre los documentos que obran en el plenario.

Lo que con posterioridad hace el dictamen pericial es acreditar que la información que se remitió a la aseguradora desde el 22 de noviembre de 2021 constituyó indudablemente una demostración fehaciente de la cuantía de la pérdida, amén de lo ya señalado en relación con la prueba de la ocurrencia del siniestro.

3. Nada se dijo en la sentencia de primera instancia en relación con las pretensiones relacionadas con el lucro cesante, las cuales deben ser también declaradas prósperas por las mismas razones expuestas durante la primera instancia:

3.1. A producirse el daño de los vehículos asegurados bajo la cobertura de daños, indefectiblemente debe operar la cobertura de lucro cesante.

3.2. La cuantía de estos siniestros de lucro cesante se demostró con suficiencia en el dictamen pericial que obra a derivado 107 del expediente de la primera instancia.

4. Ninguna referencia particular en la sentencia recurrida se hizo frente a la PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL y sus consecuenciales, debiéndose entonces entender que la decisión las resolvió en el mismo sentido indicado en la sentencia, es decir, que tuvo por no acreditada la ocurrencia del siniestro.

Sobre este particular cabe anotar que, conforme también se acreditó con la documental arrimada con la demanda, desde el momento mismo de la reclamación, en relación con el rodante ESK860, se acreditó tanto la ocurrencia del siniestro como la cuantía de la pérdida, como se evidencia de los documentos que obran en derivado 2 del expediente atinente a la primera instancia, en los que consta que en la oportunidad debida se presentó la correspondiente reclamación frente a la demandada, siguiendo la misma suerte de los vehículos objeto de pérdida parcial.

En los anteriores términos sustento el recurso de apelación presentado, solicitando por las razones expuestas la revocación íntegra de la sentencia impugnada.

Señores Magistrados,



FRANCISCO IGNACIO HERRERA GUTIERREZ  
cn=FRANCISCO IGNACIO HERRERA GUTIERREZ,  
o, ou, email=herreraabogados@hotmail.com,  
c=CO  
2023.11.28 12:46:37 -05'00'

**FRANCISCO IGNACIO HERRERA GUTIÉRREZ**

C.C. 16.655.712

T.P. 55.660 del C.S. de la J.

## MEMORIAL PARA REGISTRAR DR YAYA PEÑA RV: SUSTENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA 11001-31-03-003-2014-00719-01

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 27/11/2023 16:57

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (434 KB)

SUSTENTACION DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA AVELLANEDA.pdf;

## MEMORIAL PARA REGISTRAR DR YAYA PEÑA

Cordial Saludo,

**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**  
**Secretario Sala Civil**  
**Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá**  
**Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305**  
**Teléfono 423 33 90 Extensión 8349**  
**Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

---

**De:** Camargo&Cartagena Abogados en Salud <camargocartagena@gmail.com>

**Enviado:** lunes, 27 de noviembre de 2023 16:49

**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Cc:** Secretaria General <secretaria.general@nuevaeps.com.co>; juridica@clinicapartenon.com <juridica@clinicapartenon.com>

**Asunto:** SUSTENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA 11001-31-03-003-2014-00719-01

**SEÑOR MAGISTRADO**  
**DR OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA.**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA CIVIL**  
**E.S.D**

**DEMANDANTE: JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D.).**



**DEMANDADOS: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DESALUD S.A. - NUEVA EPS S.A. Y SOCIEDAD DE CONSULTORÍA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS ANDAR S.A.  
REFERENCIA: 11001-31-03-003-2014-00719-01**

ASUNTO: SUSTENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

**CARLOS ALBERTO CAMARGO CARTAGENA**, identificado con la C.C. No. 79.318.915 de Bogotá D.C., abogado titulado e inscrito, portador de la T.P. No. 168358 del C.S. de la J., actuando como apoderado judicial de la parte demandante dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito, de manera respetuosa me permito allegar a su Despacho recurso de apelación contra la sentencia notificada mediante estado de 26 de junio de 2023, en los siguientes términos:

Cordialmente,

***Camargo & Cartagena Abogados S.A.S.***

Altos expertos en Negligencia y Responsabilidad Médica

Teléfono: (601) 4639174

Móvil: 3506201754

Dirección: Calle 12B No. 8 - 23 Edificio Central, oficina 214, Bogotá D.C.

**NOTA: POR FAVOR CONFIRMAR EL RECIBIDO DE ESTE CORREO.**



Remitente notificado con

[Mailtrack](#)



SEÑOR MAGISTRADO  
DR OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA.  
SALA 11 CIVIL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA  
E.S.D

DEMANDANTE: JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D.)  
DEMANDADOS: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DESALUD S.A. - NUEVA EPS  
S.A. Y SOCIEDAD DE CONSULTORÍA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS ANDAR  
S.A.

REFERENCIA: 11001-31-03-003-2014-00719-01

ASUNTO: SUSTENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA  
DE PRIMERA INSTANCIA.

---

**CARLOS ALBERTO CAMARGO CARTAGENA**, identificado con la C.C. No. 79.318.915 de Bogotá D.C., abogado titulado e inscrito, portador de la T.P. No. 168358 del C.S. de la J., actuando como apoderado judicial de la parte demandante dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito, de manera respetuosa me permito allegar a su Despacho recurso de apelación contra la sentencia notificada mediante estado de 26 de junio de 2023, en los siguientes términos:

## I. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Este honorable despacho, en sentencia notificada mediante estado de 26 de junio de 2023, tuvo como decisión:

*“PRIMERO. - NEGAR las pretensiones de la demanda, y, por ende, declarar terminado el proceso impetrado por JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D) contra Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. - NUEVA EPS S.A. y la Sociedad de Consultoría y Prestación de Servicios ANDAR S.A., conforme a lo esbozado en la parte considerativa de la demanda.*

*SEGUNDO. - CONDENAR al demandante JESÚS AVELLANEDA RENDÓN (Q.E.P.D) al pago de las costas causadas en la instancia en favor de Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. - NUEVA EPS S.A. y la Sociedad de Consultoría y Prestación de Servicios ANDAR S.A. Liquidense las mismas fijando como tal la suma equivalente a once millones doscientos mil pesos / moneda legal corriente (\$11'200.000, 00), por concepto de agencias en derecho.*

*TERCERO. - ARCHIVAR en su oportunidad el expediente, dejándose las constancias de rigor en el sistema de gestión judicial.”*

Lo anterior, por cuanto consideró que:

*“no están acreditados los presupuestos referidos al nexo de causalidad y la culpa y por ello, se reitera, no prosperan las pretensiones.”*



## II. TEORÍA DE LA PARTE DEMANDANTE

El señor Jesús Avellaneda Rendón venía consultando a la IPS ANDAR, y consultó en el año 2009 a la IPS Andar S.A. como institución dispuesta por Nueva E.P.S. S.A. por un dolor articular, (al parecer en varias articulaciones) y de la historia clínica -de la que haremos los señalamientos correspondientes) se deriva que la articulación afectada es el pie derecho y el tobillo derecho, y se solicita en consecuencia Rx de tobillo derecho. el paciente consulta de nuevo por dolor en el pie derecho -específicamente se queja del talón derecho- hasta el 2011, referido como dolor crónico, con diagnósticos como la fascitis plantar y como el espolón calcáneo, ordenándose para ellos fisioterapias y ciclos antiinflamatorios sin mejoría. Desde la primera consulta de 2009 el paciente debió ser seguido clínicamente y para la consulta de dolor talón derecho de 2011, el paciente ya tenía un dolor crónico, que ameritaba imágenes diagnósticas.

Ante la no mejoría del cuadro del paciente, este fue remitido el día 24 de noviembre de 2011 con la especialidad de Ortopedia, (ESTE ERA UN ORTOPEDISTA GENERAL Y NO UN ORTOPEDISTA ONCOLOGO, COMENTARIO QUE TENDRA IMPORTANCIA MAS ADELANTE) dicho especialista consideró que lo que padecía el señor Jesús se trataba de una neuropatía (un trastorno de los nervios periféricos que genera dolor). En la cita con el especialista, le fue ordenada “Electromiografía en cada extremidad, neuroconducción y radiografía de tobillo AP lateral y rotación interna”, de los cuales necesitaba lectura, y para ello, le fue asignada cita con ortopedia un mes después de haberla solicitado.

El señor Avellaneda continuó con cojera y dolor, por lo que ante la lejanía de la cita con el especialista, junto con sus familiares decidió por sus propios medios consultar a un ortopedista particular, (ESTE ORTOPEDISTA NO ERA UN ORTOPEDISTA ONCOLOGO, ERA UN ORTOPEDISTA GENERAL) especialista que SI ORDENO DE ENTRADA UNA RESONANCIA NUCLEAR MAGNETICA, encontrando una masa en el dorso de su pie de 5cm y decide hacerle una punción de la cual drena sangre, frente a esto, este ortopedista particular le solicita resonancia magnética del tobillo y del pie, imagen diagnóstica que tiene como resultado una masa maligna denominada “sarcoma sinovial”.

Ante esta entidad diagnóstica, el paciente es enviado a la Clínica San Rafael para la realización de biopsia en el mes de marzo del año 2012, la cual confirma el diagnóstico de sarcoma sinovial bifásico, resultado por el que le indican como tratamiento una amputación del pie donde tenía lugar el tumor. Pese a la inicial negativa del paciente (REACCION NORMAL EN LOS SERES HUMANOS, DE DUELO ANTE LA PERDIDA DE PARTE DE UNA EXTREMIDAD) posteriormente (reacción igualmente humana, ya elaborado el duelo) el paciente aceptó la amputación y esta se llevó a cabo el día 28 de junio de 2012.

No obstante, las quimioterapias realizadas al paciente desde el año 2012, hasta el año 2014, las metástasis pulmonares progresaron, así como su deterioro clínico, para finalmente imposibilitar el tratamiento quirúrgico y considerar al señor Avellaneda como terminal en el año 2015, hasta que por una complicación relacionada con la metástasis en su pulmón el señor Avellaneda fallece el día 6 de enero del 2016.



Es así que, como ha sido narrado, es claro, el tardío diagnóstico dado al señor Avellaneda, quien desde el año 2009 acudió a la IPS dispuesta por su EPS y luego en 2011 una seguidilla de consultas, cada una de las consultas, las cuales fueron alrededor de ocho (8) entre los años 2009, 2010 y 2011, tienen la mayoría, motivos de consulta por “dolor en el pie, dolor en el talón, persistencia del dolor”, pero nunca se tomó conducta diferente ante la ausencia de mejoría con los tratamientos brindados.

Un dolor del pie, debe ser tratado inicialmente con antiinflamatorios, analgesia y terapia y si no mejora después de dos meses -como lo señaló el dictamen pericial- debe ser estudiado, para lo cual se debe solicitar una resonancia nuclear magnética RMN y debe ser remitido para que lo valore un especialista; el dolor en el pie, al hacerse crónico, al no mejorar con los tratamientos dentro de un plazo razonable que fue señalado por el perito en ortopedia, obliga al personal médico a que solicite una resonancia nuclear magnética, este es el deber ser y en este caso se hizo por parte de las demandadas, se hizo una vez el paciente y la familia acudieron ante el hecho de no encontrar respuesta en la red de prestadores de la NUEVA EPS, a un ortopedista particular, que fue quien de entrada, en la primera consulta, solicitó el examen de imágenes, mismo que nunca le fue solicitado al señor AVELLANEDA a pesar que consultaba de manera reiterada desde el año 2009 cuando según muestran las historias clínicas, acudió a la IPS dispuesta por su EPS y realiza una seguidilla de consultas, alrededor de ocho (8) entre los años 2009, 2010 y 2011, consultas que tienen la mayoría, motivos de consulta por “dolor en el pie, dolor en el talón, persistencia del dolor”.

Claro que un paciente con dolor en el pie como el que presentaba el señor AVELLANEDA, puede estar cursando con una fascitis plantar, la fascitis plantar es una posibilidad diagnóstica, posibilidad diagnóstica que se debe agotar con tratamiento y fisioterapia, y si en dos meses no mejora, debe hacerse una RNM y así lo demostró el proceso, ya que así lo refirió el perito de la UNIVERSIDAD CES.

En el caso en mención entonces no se pusieron los medios clínicos y paraclínicos diagnósticos, al servicio de la salud del señor AVELLANEDA, se le dio un manejo sintomático y no se preocuparon por, de manera oportuna, ahondar en la causa de este dolor crónico, cuestión que no revestía mayor complejidad y que consistía en, ante la no respuesta a los tratamientos impuestos, solicitar una RMN, que es el examen indicado para determinar compromiso en tejidos blandos, ya que la radiografías son inocuas en estos diagnósticos, ya que estas solo detectan lesiones generalmente traumáticas en los tejidos óseos, en los tejidos duros, ya que los blandos son radiotransparentes.

### **III. APELACIÓN PRESENTADA POR LA PARTE DEMANDANTE**

Para sustentar el recurso interpuesto y evidenciar la prosperidad de las pretensiones contra las demandadas, será puesto de presente los yerros en que incurre la sentencia y lo ignorado por el *a quo* y serán reiterados los elementos probatorios que obraron el expediente y mediante los cuales quedó probado el nexo de causa y la culpa que extrañó el fallador de primera instancia.



## EL DAÑO

En cuanto este elemento, lo encontró la sentencia de primera instancia acreditado, señalando al respecto:

*“Este elemento primordial está acreditado en el informativo con la “Descripción Quirúrgica” del procedimiento “Amputación o desarticulación de pierna sod” realizada el 28 de junio de 2012(Fl. 186, cuaderno 1A - Historia Clínica Méderi).*

*Posteriormente, se evidencia dicho presupuesto con el certificado de defunción (Fl. 261, cuaderno 1) que si bien fue adosado en copia simple no fue objeto de tachapor los demandados, de modo que se presume auténtico y tiene pleno valor, como los demás documentales acercadas en idénticas condiciones. Lo anterior fue aceptado en las contestaciones. Sobre su tipología y extensión habrá lugar a pronunciarse en caso de hallarse configurada la responsabilidad.”*

Respecto de los DAÑOS RECLAMADOS:

- LUCRO CESANTE

A pesar de que no se cuenta con el dictamen de pérdida de capacidad laboral, lo anterior dado que el señor Avellaneda murió antes de realizarla, a causa del tumor y su extensión metastásica, la secuela de orden permanente que sufrió el paciente, a saber, amputación de extremidad derecha, evidencia a todas luces la consecuente imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad laboral y comercial que el Sr. Jesús Avellaneda llevaba a cabo para su mantenimiento y el de su familia. Lo anterior se constata a la luz de los testimonios rendidos por Myriam Nubia Sánchez de Morales y María Lucia Niño Melo, quienes en efecto señalaron que la panadería del Sr. Jesús Avellaneda, negocio familiar próspero, tuvo que ser cerrada con ocasión del estado crítico del paciente y en concreto de la amputación del pie.

Así las cosas, se encuentra acreditado que el Sr. Jesús Avellaneda se vio imposibilitado a seguir percibiendo los ingresos que percibía para el momento de los hechos, como consecuencia de la amputación por Sarcoma sinovial y el estado de salud crítico en razón del estadio metastásico.

Lo anterior, no puede ser desconocido por la ausencia de dictamen de pérdida de capacidad laboral pues, además de que brota evidente de lo probado dentro del proceso, y en concreto de lo que resulta de la Historia Clínica y los testimonios referidos *supra*, la no realización de la evaluación de pérdida de capacidad laboral es consecuencia del hecho insuperable del fallecimiento del Sr. Avellaneda, pues en libelo de la demanda se encuentra solicitada como prueba pericial.

Ahora bien, como consecuencia de ello, deberá reconocerse al menos el lucro cesante desde el momento de la amputación hasta la fecha del fallecimiento del paciente. Sin embargo, deberá considerarse el reconocimiento de lucro cesante futuro, teniendo en cuenta que la causa de la muerte del Sr. Avellaneda está ineludiblemente atada a la negligencia médica aquí alegada, por lo que deberá considerarse la tasa de supervivencia y la edad probable conforme a las tablas respectivas, de conformidad con lo pretendido en la demanda.



- DAÑO MORAL

Como ha sido sentado tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Suprema de Justicia,

*La reparación del daño moral sufrido por las personas que fallecieron «genera un derecho a la indemnización y que a su vez se transmite a sus herederos, por tratarse de un derecho personal o crédito, porque si estos hubieran sobrevivido habrían podido obtener una indemnización máxima equivalente de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales conforme a lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal que indica ese tope como indemnización» Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC 5686-2018. 19 de diciembre de 2018. MP: Margarita Cabello*

El daño moral que sufrió el Sr. Jesús Avellaneda, se encuentra plenamente acreditado con los testimonios rendidos por Myriam Nubia Sánchez de Morales y María Lucia Niño Melo quienes señalaron en audiencia del 10 de febrero de 2020:

-Usted diría que el señor JESÚS AVELLANEDA cambio, después de que le diagnosticaron el cáncer y le amputaron la pierna

R/ Totalmente

DR. CARLOS: ¿en qué cambió?

NUBIA: En lo físico se le veía triste decaído, pero él siempre estuvo muy cerca de su familia

-Señale si usted como evidenció el ánimo del JESÚS AVELLANEDA después de que le diagnosticaron el tumor y le amputaron la pierna derecha

R/ eso fue muy triste, nosotros como padre de mi hijo íbamos en cualquier momento allá al apartamento, él siempre preocupado y allá se decidió amputarle el pie fue un impacto muy duro porque uno a verlo visto muy activo, una gran persona y todo incluso el allá ayudaba mucho a los quehaceres de la casa a él gustaba cocinar y hacer entonces, fue un impacto duro y más que todo ver los nietos cuando él llegó al apartamento eso fue terrible ver los niños viendo a su abuelito así.

Y cómo lo ratifica quien fue su esposa en vida, la señora Elvira Bolívar Triana

- DAÑO A LA SALUD.

El daño a la salud como perjuicio fisiológico resulta evidente con la amputación de su pie.

- DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN

Señala la testigo María Lucila Niño en audiencia:

- ¿La relación con la familia verbigracia con las hijas, la esposa, los nietos, yernos cambió?

R/ Hartísimo, él era una calidad de personaje porque como le digo él era muy activo, él era muy atento, llegaba uno se esmeraba por atenderlo a uno y todo, ya después verlo uno postrado ahí, claro la relación cambió para la familia, para las hijas fue muy duro.



-DR. CARLOS ¿pero ¿cómo cambió la relación con las personas como cambió?

MARÍA: ya no era el mismo él era como postrado ahí, callado, triste de ver que su vida le había dado un vuelto, él no podía ser lo mismo atento, cortés y eso, no poder atender a su familia, no poder invitar a ningún lado no nada ¿Cómo? Él se sentía siempre muy callado, muy apagadito.

El daño a la vida de relación, se constituye en un daño con una entidad autónoma de conformidad con la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia (Al respecto Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC 5340-2018. 07 de diciembre de 2018), y en efecto se evidencia en el caso concreto con ocasión de la afectación social que sufrió el Sr. Avellaneda fundamentalmente en la relación con su círculo familiar.

## LA CULPA Y EL NEXO DE CAUSA

Como ha sido dispuesto jurisprudencialmente, la procedencia de estos reclamos judiciales debe centrarse en la comprobación de que la contingencia alegada viene precedida causalmente de un actuar contrario al estándar de diligencia exigible a los profesionales de la salud, el cual no puede asimilarse completamente a ninguno de los que consagra el precepto 63 del Código Civil para los distintos tipos de culpa como el parámetro del buen padre de familia, ni tampoco al criterio genérico de «persona razonable», pues se debe tener en cuenta las especiales características de la labor del personal médico<sup>11</sup>. Lo anterior explica la necesidad de acudir a una pauta diferenciada, denominada *lex artis ad hoc*, esto es:

*«(...) el estándar de conducta exigible al profesional medio del sector, que actúa de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el ámbito médico y dentro del sector de especialidad al que pertenece el profesional sanitario en cuestión. En la jurisprudencia alemana se habla del nivel de diligencia "de un profesional de la medicina respetable y concienzudo, con la experiencia media en el correspondiente campo de especialidad", o, dicho de otro modo, de la conducta "que se esperaría de un colega en la misma situación". Del mismo modo, los tribunales ingleses exigen un nivel de diligencia superior al del "hombre normal y razonable", **que tome en consideración la experiencia, habilidades, técnicas y conocimientos que se esperan del profesional medio del sector**».<sup>2</sup>*

Así, la imputación subjetiva del médico equivale a comparar su actuar con el que debió haber desplegado un colega de su especialidad con un nivel promedio de diligencia, conocimiento, habilidades, experiencia, entre otros y es justamente en la ausencia de esto que tuvo origen el lamentable desenlace de Jesús Avellaneda Rendón (Q.E.P.D.)

Resaltó el *a quo* que el debate suscitado se encuentra bajo el régimen subjetivo de culpa probada, de ahí que incumbe a este recurrente acreditar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, en este caso, la culpa y el nexo de causa, elementos que echa de menos el juzgador y en los que se fundamenta la presente

<sup>1</sup> 1 SC4425-2021 (2017-00267-01)

<sup>2</sup> 7 OLE-FELIÚ. *Lex artis y estándar de diligencia en la culpa médica* En: GARCIA, María y MORE O, Josep (Dir.), *Conceptos multidimensionales del derecho*. Ed. Reus, Madrid. 2020, p. 671.



alzada. Puntualmente haciendo referencia a:

- i) La idoneidad del perito para emitir este concepto pericial y las fuentes del dictamen pericial
- ii) De la errada apreciación de la prueba pericial
- iii) La sentencia acude a argumentar a partir de documentos en idioma extranjero y fuera de los parámetros dispuestos por la legislación procesal
- iv) Historia clínica incompleta como causa de tardanza en el diagnóstico o diagnóstico errado, hecho no tenido en cuenta por la sentencia
- v) El error diagnóstico y su minimización y justificación en la sentencia
- vi) La ausencia de paraclínicos como apoyo diagnóstico
- vii) La frustración de la posibilidad de tratamiento y sobrevida y su no reconocimiento en la sentencia
- viii) Explicando la negativa al procedimiento de amputación sinovial
- ix) La operancia de la vía de hecho en esta sentencia

Se edifica la culpa y el nexo de causa entonces, sobre la imputación de impericia, negligencia e imprudencia en la atención dispensada a Jesús Avellaneda Rondón sustentada en los puntos que a continuación se relacionarán.

**i) La idoneidad del perito para emitir este concepto pericial y las fuentes del dictamen pericial**

*a. Manifiesta la sentencia al referirse al perito y al dictamen pericial aportado por la parte demandante “Obra en el dossier el dictamen presentado por la parte actora (Fl. 391, cuaderno principal) y controvertido en audiencia adiada 29 de marzo de 2022 con presencia del perito que lo rindió, médico Juan Felipe Ramírez Montoya; del mismo se destaca que el experto es un médico especialista, ortopedista y traumatólogo, Subespecialidad Ortopedia (pediátrica) Infantil, más no oncólogo, a pesar que el diagnóstico era una Sarcoma Sinovial, patología propia de la rama de la oncología.”*





Lo anterior, es una afirmación realizada desde el desconocimiento de la medicina de parte del juzgador, es precisamente por esta razón que se llama un perito al proceso, la prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos<sup>2</sup>, atendiendo que el juez ignora estas áreas del conocimiento.

Acerca de esto, en primer lugar, las siguientes premisas:

1. Los pacientes con dolor en extremidades son vistos en su gran mayoría por médicos generales, como puerta de entrada al SGSSS.
2. Son los médicos generales quienes instauran el tratamiento inicial para estas patologías dolorosas.
3. Si el paciente no responde -dentro de los dos o tres meses subsiguientes- a la terapia convencional, antiinflamatorios, analgesia y terapia física, debe remitir y/o solicitar RMN.
4. Los pacientes objeto de remisión no son remitidos a ortopedista oncólogo, son remitidos a ortopedista general.
5. Este debe solicitar los exámenes e imágenes que estén indicados según la lex artis medica.
6. Si las imágenes RMN muestran masas se debe remitir para su estudio a una institución que cuente con ortopedia oncológica para su diagnóstico definitivo y tratamiento.

Es claro que en este litigio no se encuentra en discusión el tratamiento oncológico propiamente dicho, que se le brindo al paciente AVELLANEDA posterior al diagnóstico de cáncer (radioterapia, quimioterapia, lobectomía, el tipo de quimioterapicos y demás), lo que se está discutiendo en el proceso es la falta de un diagnóstico temprano y oportuno, y quien debe sospecharlo y de ser posible hacerlo es el médico general, o el médico de urgencias o el especialista en ortopedia, y no el especialista en oncología, ya que los pacientes SOLO LLEGAN AL ONCOLOGO CON UNA ALTISIMA SOSPECHA O CON EL DIAGNOSTICO DE CANCER YA REALIZADO. Por tanto, no es el oncólogo el llamado a hacer el TAMIZAJE O SCREENING, el oncólogo es el llamado a confirmar el diagnóstico de cáncer y no es él, el que debe estudiar a los pacientes que consultan por dolor en extremidades o en articulaciones, sino el llamado a hacer el tratamiento una vez confirmado el diagnóstico.

Por otro lado, está claramente determinado en el proceso, que para hacer el diagnóstico o la aproximación diagnóstica -es decir quien debe sospechar la posibilidad de patologías graves como el cáncer, es el médico general y en su defecto el ortopedista general. todo médico debe estar capacitado en este abordaje diagnóstico, porque de ser así, todos los pacientes se verían avocados a un diagnóstico tardío, ya que un alto porcentaje de ellos no tiene acceso a los especialistas y menos al oncólogo.

---

<sup>2</sup> Artículo 226 del CGP.



En segundo lugar, es sabido en el área de la medicina que el oncólogo tiene como papel fundamental instaurar el tratamiento del cáncer, y la confirmación del diagnóstico en casos de duda.

En tercer lugar, téngase como referencia el hecho de que al señor Jesús Avellaneda lo diagnosticó un especialista en ortopedia y traumatología (especialidad también del perito Juan Felipe Ramírez Montoya), y fue este médico PARTICULAR quien arribó al diagnóstico correcto sin que su especialidad fuera la oncología, a partir de sospechar y ordenar la resonancia magnética nuclear.

Desconoció el juzgador que el diagnóstico de este tipo de tumores, en la localización que lo tenía el señor Avellaneda, se hace cuando después de que un tratamiento para una posible fascitis plantar, el tratamiento no funciona, el paciente no mejora de su dolor, y es menester, y así lo señaló el perito, que sucedido lo anterior, SE DEBA acudir a las imágenes diagnósticas tales como la resonancia nuclear magnética, cuestión que no llevó a cabo el personal médico de las demandadas en ninguna de las oportunidades en que el paciente se presentó con la sintomatología y sin mejoría. El axioma será entonces que dolor crónico en el pie, que no mejora con tratamiento de un mes o dos meses, debe ordenarse una RNM.

Lo anterior, repito, es parte del arsenal de conocimientos que debe tener el médico general y el médico ortopedista, ya que es a través de ellos y no de un oncólogo que llegan los pacientes consultando por un dolor en la planta del pie, o es que, acaso, según la teoría del juzgado. Cabe preguntarse: ¿los pacientes que tienen dolor en la planta del pie consultan directamente a un oncólogo? La respuesta es NO.

b. Manifiesta la sentencia *“Aunado a ello, cabe resaltar, la alusión a la ausencia de fuentes importantes para su realización, dado que echó de menos la historia clínica de la Clínica San Rafael, como el mismo experto lo indicó en el interrogatorio respectivo al decir que “esa historia de la Clínica San Rafael, yo no la... pues no me fue suministrada”.*

Desconociendo la sentencia, que la verdadera importancia que tiene lo sucedido en la Clínica San Rafael es que fue allí donde se realizó el estudio de patología de los tejidos del paciente y a través del informe de patología se pudo confirmar lo que era una alta sospecha de cáncer en la RNM, en San Rafael se confirmó el sarcoma y el perito fue claro y manifestó que a este resultado sí tuvo acceso, esta es la importancia de lo sucedido en San Rafael; así las cosas, no puede el despacho darle un peso específico que no tiene, a la historia clínica del HOSPITAL CLINICA SAN RAFAEL, y señalar que por falta de esta “historia clínica” el dictamen pericial pierde su contundencia. Cuando el paciente acudió a la CLINICA SAN RAFAEL lo hizo para que allí se confirmara el diagnóstico, mismo que se confirmó por biopsia y es esto lo fundamental, además porque a la CLINICA SAN RAFAEL no se le endilga responsabilidad alguna.



## ii) De la errada apreciación de la prueba pericial.

Así, en el ejercicio de la apreciación probatoria del dictamen pericial, la sentencia desconoce su carácter demostrativo de los elementos de culpa y nexo de causa, aun cuando este se encuentra en cumplimiento de las exigencias normativas<sup>3</sup>, no fue aportada prueba que señalara error alguno sobre él, obrando de forma pacífica dentro del proceso.

En relación con esta prueba pericial, las apreciaciones de la sentencia fueron todas de carácter negativo. Pese a que las conclusiones del dictamen pericial todas iban dirigidas a la señalar el error del actuar médico, afirmando *“En este sentido encuentro un error en el actuar médico de los galenos que lo evaluaron en la EPS y no solicitaron el examen a tiempo (...) cuando se realiza el diagnóstico del sarcoma sinovial, la enfermedad ya estaba avanzada y presentaba metástasis pulmonares e inguinales, lo que ya impartía un pronóstico reservado para el señor Jesús”*<sup>4</sup>, la invocación sobre este por el juzgador al valorarlo fue siempre dirigida a desvirtuarlo y a encauzarlo de forma contraria a su enfoque.

La orientación del dictamen pericial iba encaminado a argumentar porqué dentro de su conclusión encuentra un error en el actuar médico de los galenos que dispensaron atención médica al señor Avellaneda, basándose en la incompleta e inadecuada historia clínica, la cual señaló como “escueta” para determinar las conductas correctas frente a los síntomas del señor Jesús, si necesitaba o no más exámenes, lo que llevó a que las demandadas incurrieron en la conducta omisiva de buscar activamente un diagnóstico que explicara la no mejoría del cuadro crónico de dolor en el pie afectado, un error por omisión en la búsqueda diagnóstica, por nunca practicar un estudio imagenológico que permitiera descartar causas diferentes del dolor del señor Avellaneda que no mejoraba, pues si bien las diagnosticadas hasta ese momento sí se ubicaban dentro de las más frecuentes, alabordarlas, el paciente nunca presentó mejoría, llevándolo a que su enfermedad avanzara hasta el estadio de la metástasis.

## iii) La sentencia acude a argumentar a partir de documentos en idioma extranjero y fuera de los parámetros dispuestos por la legislación procesal

Cita la sentencia, *“es importante resaltar que, según la misma literatura médica indicada como referencia por perito, en lo referente al sarcoma sinovial “La primera señal de problema es, generalmente, un bulto profundo que puede ser sensible o doloroso. Por lo general, el sarcoma sinovial crece de manera lenta” (...), además que, “por lo general, el sarcoma sinovial es de crecimiento lento, por lo tanto, pueden pasar años antes de que se llegue a un diagnóstico definitivo. En algunos casos, el sarcoma sinovial se diagnostica inicialmente de manera incorrecta como artritis o bursitis”*<sup>19</sup>, lo que sucedió en el caso analizado por esta instancia, puesto que uno de los diagnósticos fue artritis, la característica de ser

<sup>3</sup> Artículo 226 del Código General del Proceso

<sup>4</sup> Dictamen pericial obrante en folio 389 de la continuación del cuaderno principal del expediente



*lento coincide con el dictamen allegado(...)"*

Para lo anterior, se sirve el fallador de la literatura que hizo parte de la bibliografía del dictamen pericial, texto el cual tiene como idioma de origen el inglés, no obstante, la cita en la sentencia se hace en castellano, sin que esta traducción fuera llevada a cabo dentro del

proceso como señala la legislación procesal que debe hacerse, esto es:

*"Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez. En los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente. En caso de presentarse controversia sobre el contenido de la traducción, el juez designará un traductor."*<sup>5</sup>

Sin embargo, la sentencia toma apartes de la literatura aportada y a pesar de que arriba a la conclusión de que el diagnóstico fue incorrecto, lo avala al parecer, tácitamente, como no reprochable, debiendo serlo y es que el análisis se debe complementar con lo señalado por el perito en cuanto a la realización de la RMN cuando no se responde al tratamiento inicial instaurado y esto no lo tuvo en cuenta el juzgador, debiendo.

#### **iv) Historia clínica incompleta como causa de tardanza en el diagnóstico o diagnóstico errado, hecho no tenido en cuenta por la sentencia**

De acuerdo con dictamen pericial emitido por el doctor Juan Felipe Ramírez Montoya, una historia clínica completa y adecuada se compone de una anamnesis, antecedentes personales y familiares, examen físico, diagnóstico y un plan:

*"Lo primero que se debe tener en cuenta para realizar una historia clínica correcta es consignar correctamente los datos de identificación del paciente. Luego están todos los elementos de la historia clínica como son:*

*-Anamnesis: es donde se pregunta al paciente por su motivo de consulta, enfermedad actual y síntomas asociados. Es la información que provee el paciente de la entrevista con el médico. Debe ser completa y precisa, consignando tiempos de evolución claros, síntoma principal con todas sus características de presentación, síntomas asociados, tratamientos previos, entre otros.*

*-Antecedentes personales y familiares: se debe indagar sobre antecedentes importantes relacionados o no con el motivo de consulta, medicamentos de uso crónico. enfermedades similares en la familia, entre otros.*

*-Examen físico: se debe consignar en la historia el examen físico completo incluyendo signos vitales y el examen diferenciado por zonas que orienten hacia el diagnóstico.*

<sup>5</sup> Artículo 251. Documentos en idioma extranjero y otorgados en el extranjero. Código General del Proceso



-*Diagnóstico: se debe consignar por lo menos un diagnóstico presuntivo o definitivo según sea el caso.*

-*Plan: consignar claramente cuál es la conducta a seguir con el paciente indicando las ayudas diagnósticas o los tratamientos que se formulen al paciente y cuando se debe realizar el seguimiento.*"<sup>6</sup>A continuación, el historial de consultas del señor Avellaneda referidas a su patología en el pie de las que existe registro en su historia clínica:

FECHA CONSULTA	MOTIVO CONSULTA	MÉDICO	DX	CONDUCTA
13/08/2009	Dolores en articulaciones y cadera	Robert o Mario Angulo Díaz		Radiografías: de tobillo, hombro, pelvis Metocarbamol Naproxeno Laboratorios
5/05/2011	Me duele un pie	Stefanny Gómez	Espolón calcáneo	Terapias físicas 10 tabletas de diclofenaco
10/06/2011	Dolor en el pie	Lady Johana Merchán	Fascitis	Naproxeno y tiamina
26/07/2011	paciente refiere hacer Terapias sin mejoría (más de 3 meses)	Stefanny Gómez		Acetaminofén y terminar terapias
13/09/2011	Dolor en el talón (cuadro demás de 1 año, tratamiento analgésico y terapia sin mejoría, con empeoramiento)	Paola Alexandra Layton	Edema localizado	Loratadina y terminar terapias

<sup>6</sup> Respuesta No. 8 del dictamen pericial, folio 393 (anverso) de la continuación del cuaderno principal del expediente



24/09/2011	Persistencia del dolor en el talón derecho, no mejoría con terapia física ni analgésica, después de terapia física manifiesta hematoma	Victoria Elena Peña	Dolor en articulación	Acetaminofén Radiografía de pie
10/10/2011	Persistencia del dolor en el talón derecho. Paciente no mejoría con terapia analgésica, después de terapia física. Se considera artritis gotosa	Ronal Alonso Ledesma		Se da tratamiento y control en un mes
24/11/2011	Dolor en el pie 4 meses de evolución sin mejoría.	Nadia Malagón	Fibromatosis de la aponeurosis plantar	Analgesia Remisión a ortopedia

Como ha sido visto, el señor Jesús Avellaneda, consultó desde el año 2009, dicha consulta, tiene como motivo de consulta “Muchos dolores en las articulaciones y en las caderas”, como enfermedad actual “refiere paciente cuadro de +/-8 años de evolución con dolor en las caderas, refiere el dolor es más marcado en el hombro derecho, niega esfuerzo, mcc” y como ayuda diagnóstica fue solicitada “radiografía de tobillo AP lateral y rotación interna”.

De lo anterior, es posible afirmar que no se realizó de forma correcta y completa el correspondiente interrogatorio al paciente, o, si se realizó, la anamnesis no quedó debidamente registrada en la historia clínica, pues pese a que dentro del motivo de consulta y de la enfermedad actual no se hace referencia a molestias



en el pie, una de las conductas es la solicitud de radiografía de tobillo.

También, se destaca de la historia clínica que, en el año 2010, se registran consultas de seguimiento de enfermedades crónicas como fue explicado por el perito Ramírez Montoya, por ejemplo, la realizada el día 10 de septiembre por la médica Emperatriz Beleño, de las cuales, no se encuentra el registro de sus antecedentes, ni la revisión por sistemas como examen diferenciado por zonas como elemento esencial de la historia clínica. Sobre esta consulta, manifestó el doctor Ramírez en la contradicción de su dictamen pericial:

*Apoderado demandante: Doctor, usted quiere señalarle si esta consulta acorde al contenido que tiene realizada por el médico emperatriz Beleño, ¿Es una consulta que está enfocada a esas enfermedades crónicas al control de tensión arterial, colesterol, glicemia, etc.? que es el objetivo de ese tipo de consultas*

*-Al parecer sí. Parece una consulta pues como de seguimiento de enfermedades crónicas.*

*Apoderado demandante: ¿En algún momento esta médica hizo alguna referencia en los antecedentes del paciente? Le voy a mostrar el documento otra vez para que usted me diga si hay referencia a los antecedentes. (muestra historia clínica (...)) el interrogante que yo estoy haciendo es si en esa consulta se hizo la investigación sobre los antecedentes del paciente.*

*-No aparece registrado en esa consulta.*

*14. ¿En toda consulta médica yo debo indagar sobre los antecedentes del paciente precisamente para tener en cuenta la globalidad del mismo?*

*-Sí.*

Confirmado esto, por consultas como la del día 5 de mayo de 2011, en la que se registra “cuadro crónico de dolor en talón derecho”, de tal suerte que, el que no exista anotación en las consultas del año 2010 en la historia clínica relativas al pie del señor Avellaneda, solo denota una historia clínica incompleta, imperita e insuficiente con ausencia de los antecedentes importantes, que, como ha sido visto, deben indagarse se relacionen o no con el motivo de consulta.

Así, este inusitado documento no pudo cumplir con su función de medio diagnóstico, de medio para tomar conductas que fueran en pro de la de la mejoría del paciente y su diagnóstico oportuno. Como fue sustentado por el dictamen pericial aportado por este extremo demandante, muchos de los exámenes físicos realizados, de la revisión por sistemas y consulta de antecedentes no fueron completos, no fueron adecuados, conductas que conllevaron a la difícil aproximación diagnóstica y a la ausencia de toma de conductas clínicas y

<sup>7</sup> El dolor crónico es el que persiste o se repite en un período superior a meses.



paraclínicas adecuadas y tempranas.

#### v) El error diagnóstico y su minimización y “justificación” en la sentencia

La sentencia hace referencia al error de diagnóstico, afirmando que el error de diagnóstico *per se* no genera la responsabilidad deprecada, ya que se hace necesario acreditar que dicho error proviene de una conducta culposa violatoria de la *lex artis* y que ello haya sido determinante en el diagnóstico errado en el que se incurrió.

Acerca del error de diagnóstico, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia señalando:

*“2.2.1 El diagnóstico está constituido por el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel. Esta fase de la intervención del profesional suele comprender la exploración y la auscultación del enfermo y, en general la labor de elaborar cuidadosamente la “anamnesis”, vale decir, la recopilación de datos clínicos del paciente que sean relevantes.*

*Tratase, ciertamente, de una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio. Así, por ejemplo, la variedad de procesos patológicos y de síntomas (análogos, comunes o insólitos), difíciles de interpretar, pueden comportar varias impresiones diagnósticas que se presentan como posibles, circunstancias que, sin duda, complican la labor del médico, motivo por el cual para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquel agotó los procedimientos que la lex artis ad hoc recomienda para acertar en él.*

*En todo caso, sobre el punto, la Corte debe asentar una reflexión cardinal consistente en que será el error culposos en el que aquel incurra en el diagnóstico el que comprometerá su responsabilidad; vale decir, que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con una equivocada diagnosis ocasionen. Así ocurrirá, y esto se dice a manera simplemente ejemplificativa, cuando su parecer u opinión errada obedeció a defectos de actualización respecto del estado del arte de la profesión o la especialización, o porque no auscultaron correctamente al paciente, o porque se abstuvieron de ordenar los exámenes o monitoreos recomendables, teniendo en consideración las circunstancias del caso, entre otras hipótesis.*





*En fin, comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, emitan una impresión diagnóstica que otro profesional de su misma especialidad no habría acogido, o **cuando no se apoyaron, estando en la posibilidad de hacerlo, en los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico**, o si tratándose de un caso que demanda el conocimiento de otros especialistas omiten interconsultarlo, o cuando, sin justificación valedera, dejan de acudir al uso de todos los recursos brindados por la ciencia.*

*Por el contrario, aquellos errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como aleas de la medicina no comprometen su responsabilidad.*

*Por supuesto que esto coloca al juez ante un singular apremio, consistente en diferenciar el error culposo del que no lo es, pero tal problema es superable acudiendo a la apreciación de los medios utilizados para obtener el diagnóstico, a la determinación de la negligencia en la que hubiese incurrido en la valoración de los síntomas; en la equivocación que cometa en aquellos casos, no pocos, ciertamente, en los que, dadas las características de la sintomatología, era exigible exactitud en el diagnóstico, o cuando la ayuda diagnóstica arrojaba la suficiente certeza.*

*De manera, pues, que el meollo del asunto es **determinar cuáles recursos habría empleado un médico prudente y diligente para dar una certera diagnosis, y si ellos fueron o no aprovechados, y en este último caso porque no lo fueron.***

*En todo caso, y esto hay que subrayarlo, ese error debe juzgarse ex ante, es decir, atendiendo las circunstancias que en su momento afrontó el médico, pues es lógico que superadas las dificultades y miradas las cosas retrospectivamente en función de un resultado ya conocido, parezca fácil haber emitido un acertado diagnóstico.”<sup>8</sup>*

Dispone la Alta Corte que, considerando la labor del médico, para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquel agotó los procedimientos que la *lex artis ad hoc* recomienda para acertar en él y que, el núcleo del asunto es determinar los recursos que hubiere empleado un médico diligente y prudente para arribar a la correcta diagnosis.

Sobre lo cual, de acuerdo con la *lex artis* aplicable en el caso en concreto, fue demostrado dentro del proceso cuáles eran los recursos brindados por la ciencia a los que dejó de acudir, básicamente en este caso, no se realizaron historias clínicas completas, adecuadas, idóneas y no se acudió, ante la no mejoría del cuadro, a remitir al paciente y a solicitar el examen de elección que era la Resonancia Nuclear Magnética; lo que hace que el plan de manejo dado a lo largo de las numerosas consultas del señor Avellaneda debido a sus molestias, dolores e impedimentos relacionados con su pie, se califique como alejado de la *lex artis*,

---

<sup>8</sup> Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil



llevando al progreso de la enfermedad del señor Jesús Avellaneda y a su privación de diagnóstico temprano, más temprano y en consecuencia merma de la posibilidad de sobrevida. Así que veamos los puntos subsiguientes.

**vi) La ausencia de paraclínicos como apoyo diagnóstico, cuestión no tenida en cuenta en la sentencia**

Como indicó la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia ya citada, para efectos de establecer la culpabilidad del médico se impone evaluar, en cada caso concreto, si este agotó los procedimientos que la *lex artis ad hoc* recomienda para acertar en el diagnóstico y uno de los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos que darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con una equivocada diagnosis ocasionen, es la **abstención de ordenar los exámenes o monitoreos recomendables**, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Señala el Alto Tribunal que, estos profesionales comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, no se apoyaron, estando en la posibilidad de hacerlo, en los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico que cursa el paciente o cuando, sin justificación valedera, dejan de acudir al uso de todos los recursos brindados por la ciencia.

De conformidad con el dictamen pericial obrante en el proceso, pese a que existen múltiples medios diagnósticos, el medio diagnóstico adecuado para el estudio imagenológico del pie doloroso del señor Avellaneda, era la resonancia magnética nuclear como examen que ofrece más información sobre las estructuras que debían ser estudiadas: músculos, tendones, huesos, ligamentos, articulaciones, tejido celular subcutáneo, entre otros<sup>9</sup>.

Sin embargo, a lo largo de los más de dos años que el señor Avellaneda acudió a Andar S.A. como institución dispuesta por Nueva E.P.S. para su atención, no se acudió a los paraclínicos determinados por la *lex artis* aplicable para obtener el diagnóstico, el personal médico que evaluó el paciente no se apoyó nunca, estando en la posibilidad de hacerlo, en la resonancia magnética nuclear, el examen más importante para auscultar la causa del cuadro clínico que cursaba el señor Avellaneda.

Como fue advertido, el señor Jesús Avellaneda consultó desde el día 13 de agosto del año 2009 por un dolor en su pie derecho, a partir de entonces, se registran alrededor de ocho (8) consultas entre los años 2009 y 2011, teniendo todas estas por motivo de consulta “dolor en el pie, dolor en el talón, persistencia del dolor, sin mejoría”, dolor que fue manejado desde ese momento y por los siguientes 3 años, hasta el 2011, con diagnósticos errados como la fascitis plantar y como el espolón calcáneo, ordenándose para ellos fisioterapias y ciclos antiinflamatorios. Lo anterior, sin tomar una conducta diferente ante la ausencia de mejoría con los tratamientos brindados.

<sup>9</sup> Respuesta No. 3 del dictamen pericial, folio 393 de la continuación del cuaderno principal del expediente



Si bien dichos síntomas no eran en su totalidad sugestivos del tumor -como fue dicho en el trámite de contradicción del dictamen pericial rendido por el doctor Ramírez Montoya-, ese dolor persistente que nunca presentó mejoría, sí debió llevar a que fuera descartada otra patología diferente a la fascitis plantar inicialmente diagnosticada.

De cara al cuadro persistente del señor Avellaneda, le fueron descartadas patologías aun sintener síntomas sugestivos de ellas, tales como la artritis gotosa (que no es común que se presente en esa zona)<sup>10</sup> y la neuropatía (que en el concepto del perito fue una conducta inadecuada, pues el paciente tenía aumento de volumen de los tejidos blandos en el cuello del pie y signos inflamatorios locales, lo cual no lo produce una neuropatía)<sup>11</sup>, pero nunca se acudió a un examen de extensión, a una ayuda diagnóstica como debía ser la resonancia nuclear magnética, la cual el perito calificó de fundamental en ortopedia en un caso como el del señor Avellaneda, del cual debía sospecharse el diagnóstico más grave, un tumor maligno, que si bien no era el diagnóstico más frecuente con la sintomatología presentada, sí era el que mayor amenaza representaba en su salud. Sobre esta resonancia como examen idóneo y fundamental de conformidad con la *lex artis* frente al cuadro clínico del señor Avellaneda, aseveró el doctor Ramírez Montoya en la contradicción de su dictamen pericial:

*Apoderado Nueva EPS: ¿En este caso particular se efectuó un diagnóstico diferencial eliminándose cada una de estas posibilidades de médicas del paciente?*

*¿Hicieron diagnóstico diferencial, fueron eliminando situaciones médicas del paciente? ¿Se fueron atendiendo cada una de ellas?*

*Perito: Cuando el paciente consultó en la EPS no. Porque no enviaron una ayuda diagnóstica fundamental que es la resonancia magnética y la envió un ortopedista externo al cual el paciente consultó.*

*(...)*

*Perito: Para descartar esos diagnósticos se necesita una resonancia magnética precisamente. O sea, al paciente se le descartaron otros diagnósticos como la artritis gotosa que no es común que dé en esa zona. Y se le descartaron otros diagnósticos como la neuropatía del seno del tarso, que eso sí es un diagnóstico diferencial. Pero faltó descartar otras enfermedades como los tumores con una resonancia magnética, ahí es donde está el punto.*

*(...)*

*juez: ¿cuáles son las conclusiones?*

*Perito: por supuesto su señoría, la conclusión es que el paciente tuvo un dolor por varios años que consultó y fue recurrente en sus consultas, el paciente en un*

---

<sup>10</sup> Contradicción del dictamen pericial audiencia 29 de marzo de 2022

<sup>11</sup> Respuesta No. 25 del dictamen pericial, folio 395 (anverso) de la continuación del cuaderno principal del expediente



*momento determinado empeoró, empeoró, empeoró y la sospecha ante un paciente que empeora debe ser una enfermedad potencialmente grave. Cuando estamos hablando específicamente de dolores en el talón siempre nos han enseñado en medicina cuando estamos en ortopedia que los dolores en el talón que no mejoran les debe hacer un examen diagnóstico para sospechar un tumor maligno, específicamente el sarcoma sinovial que es el tumor maligno más frecuente en el pie.*

*Entonces, en mi concepto profesional el paciente necesitaba una resonancia magnética en las en los momentos en los que no mejoraba con el tratamiento instaurado.*

Soporta la sentencia la desestimación de esta omisión alegada justificando las actividades desplegadas por las instituciones demandadas afirmando: “se le ordenó los exámenes clínicos y paraclínicos, de acuerdo al juicio del galeno tratante y el diagnóstico inicial de “Fascitis Plantar”: “electromiografía en cada extremidad”, “neuroconducción por cada extremidad” y “radiografía de tobillo AP lateral y rotación interna”. Pasando por alto acerca de esas radiografías simples i) que el diagnóstico (fascitis plantar) por el cual le ordenaron estos exámenes, era un diagnóstico errado y; ii) que el paciente tuvo un amplio reporte de radiografías sin hallazgos patológicos, es decir normales, desde la primera que le fue realizada en el año 2009<sup>12</sup> y como fue afirmado por el dictamen pericial, la radiografía simple es solo un primer examen de aproximación y no diagnostica masas o tumores en tejidos blandos, razones por las que debieron practicarle otros estudios imagenológicos que permitieran descartar causas diferentes de su dolor.

Finalmente sobre esto señala la sentencia: “*queda claro para este Despacho que el elemento de la culpabilidad no está demostrado dentro del asunto objeto de estudio, puesto que, tanto la NUEVA EPS S.A. y ANDAR S.A., no actuaron de manera, negligente, imperita, descuidada, inoportuna o violando la lex artis, así como tampoco incurrió en omisión, de acuerdo a lo estudiado en precedencia.*”, lo cual tampoco es cierto, pues, de haber seguido pensando los médicos para la consulta del 10 de junio de 2011 que se trataba de una fascitis plantar, debió haberse indagado sobre las terapias físicas, ya que la fascitis debió haber mejorado en un periodo de 3 meses después de iniciada la terapia física<sup>13</sup>. De tal manera que, aunque esa sí hubiere sido la causa de los padecimientos del señor Avellaneda, tampoco esta fue abordada adecuadamente.

Desconoce entonces la decisión gravemente la pertinencia y la oportunidad como atributos de la calidad en la atención en salud, los cuales han sido definidos por la norma:

*“-Pertinencia: Garantía que los usuarios reciban los servicios que requiere  
-Oportunidad: Posibilidad que tiene el usuario de obtener los servicios que requiere sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su*

<sup>12</sup> Historia clínica, folio 179 del cuaderno principal del expediente

<sup>13</sup> Contradicción del dictamen pericial audiencia 29 de marzo de 2022



salud.”<sup>14</sup>

Es hasta tres años después de la primera consulta por motivos de molestia en su pie, que al señor Jesús a través de su Institución Prestadora de Salud le realizan un estudio de extensión para confirmar el diagnóstico que él trajo de su consulta particular<sup>15</sup>, modalidad a la que acudió porque al solo servirse de su EPS pasaron 3 años de la evolución de sus síntomas y nunca le fue ni siquiera diagnosticada la grave situación que cursaba, porque no se practicó nunca el estudio paraclínico adecuado previo a su asistencia a médico particular, omisión que solo permitió que con el tiempo se agravara el cáncer del señor Avellaneda y resultara frustrada su posibilidad de tratamiento y sobrevida.

#### **vii) La frustración de la posibilidad de tratamiento y sobrevida, y su no reconocimiento en la sentencia**

Aborda la sentencia la pérdida de oportunidad a través de la teoría de la Corte Suprema de Justicia, la cual establece que esta no es un daño autónomo, ni un sucedáneo de la relación causal en los casos de indeterminación o incertidumbre causal, ni tampoco un método de reparto de responsabilidad proporcional con base en criterios estadísticos, más bien que, solo queda concebirla como una técnica probatoria para atribuir responsabilidad bajo criterios de probabilidad lógica; esto, para finalmente aseverar el juzgador que el señor Avellaneda ya padecía las complicaciones de su “enfermedad metastásica” y que por ello el demandante no tenía una oportunidad real y seria, afirmación de la que este recurrente disiente por lo que a continuación será abordado.

Debe señalarse, primero, que esta figura no fue traída al proceso en su modalidad de daño autónomo. Segundo, en cuanto a la oportunidad cercenada al señor Jesús Avellaneda, que el perito fue claro al señalar que la patología que padeció el señor Avellaneda fue algo de avance progresivo, los síntomas por la metástasis (por los que alude el fallador que el paciente no contaba con una oportunidad seria) son solo signos tardíos de una enfermedad que llevaba años evolucionando en el señor Avellaneda como consecuencia de la tardanza diagnóstica, de la ausencia de los exámenes paraclínicos que requería, de un actuar negligente, imperito y omisivo que, llevó al señor Avellaneda a la privación de un tratamiento oportuno y de su posibilidad de sobrevida.

En relación con la metástasis, afirmó el doctor Ramírez Montoya “*específicamente el sarcoma sinovial tiene un riesgo de metástasis a 10 años y a hacer metástasis tardías*”

De tal modo que, para este extremo demandante no puede acogerse la afirmación del fallador “*para cuando el paciente consulta, ya padecía las complicaciones de la enfermedad metastásica*”, pues la data de la primera consulta por los síntomas en el pie del paciente es 13 de agosto del año 2009 y en atención a las características determinadas por el saber científico, no sería correcto afirmar que para la época de los primeros síntomas el paciente ya padecía complicaciones metastásicas.

---

<sup>14</sup> Artículo 3 Decreto 1011 de 2006

<sup>15</sup> El día 25 de enero de 2012



Acerca de la posibilidad de sobrevida de la mano de un tratamiento oportuno, afirmó el perito Ramírez:

***“Pero si el tumor es encontrado antes de que haya metástasis ganglionares o pulmonares, la sobrevida aumenta considerablemente.***

***Si se encuentran metástasis la sobrevida puede ser cercana al 15 o al 30%, si no se encuentran metástasis la sobrevida a cinco años puede ser cercana al 60%, entonces sí se aumentan las posibilidades de sobrevida si se encuentra el tumor antes de la metástasis”***

Así, no es de recibo que la sentencia afirme con tal entereza que *“lo importante en estos casos, es demostrar que se tenía una oportunidad real y seria (...) y que esta fue frustrada por completo, lo que no ocurre en el caso del señor Avellaneda”* pues fue demostrado por el dictamen pericial y por su sustentación, el cual la sentencia desconoció, que sí fue frustrada la oportunidad de tratamiento y sobrevida del señor Avellaneda consecuencia de la conducta de las demandadas, quienes cercenaron la posibilidad de esta, la cual tiene una tasa del 50% a 10 años en pacientes que son diagnosticados en una fase temprana, sin metástasis, como lo señaló el perito en su dictamen y en la diligencia de contradicción cuando le fue preguntado:

*apoderado demandante: El sarcoma sinovial se considera un tumor maligno de alto grado agresivo y con tasa de sobrevida del 60% a cinco años y del 50% a 10 años.*

¿Lo anterior se refiere a pacientes que son diagnosticados en qué fase?

***-Sin metástasis.***

*(...)*

*apoderado demandante: Yo quisiera que usted se refiera a cuál es la importancia de ese diagnóstico temprano en ese tumor sinovial en virtud de la sobrevida del paciente.*

***-Aumentar las tasas de sobrevida. Si se amputa sin metástasis, tiene una sobrevida de 60% a cinco años. Si se amputa con metástasis, la sobrevida no llega al 30%***

Sin embargo, muy lamentablemente, las demandadas nunca arribaron al diagnóstico de lo que estaba padeciendo el señor Avellaneda, y fue hasta pasados tres años del primer síntoma de dolor que a Jesús Avellaneda le fue confirmado el diagnóstico de sarcoma sinovial, cuando ya su metástasis se había diseminado a otras partes de su cuerpo y su cáncer había alcanzado estadios más altos, restando, de acuerdo con lo dicho por el perito y la *lex artis* médica, su posibilidad de sobrevida.

Precisamente establece la jurisprudencia citada por el fallador *“si la experiencia muestra que una persona que tiene el deber jurídico de evitar un daño incumple ese deber habiéndotenido la posibilidad de impedir la consecuencia lesiva,*



entonces hay razones jurídicas para atribuirle ese resultado como suyo”. En el caso en consideración, sí fue demostrado que las demandadas tuvieron el deber de practicar esa resonancia magnética nuclear como apoyo en el proceso de diagnóstico y no lo hicieron, habiendo podido con ello impedir las lesivas consecuencias en la salud del señor Jesús Avellaneda, lo que deriva entonces, en razones jurídicas para atribuirle los daños acaecidos en el demandante.

Es evidente entonces, que aun cuando las demandadas estaban obligadas a poner a disposición del paciente todos los medios que tenían a su disposición, humanos, técnicos y tecnológicos, esto no se cumplió a cabalidad y dicho incumplimiento, tuvo como consecuencia el lamentable desenlace del señor Jesús Avellaneda Rondón.

#### viii) Explicando la negativa al procedimiento de amputación sinovial

En cuanto a esto, refiere el fallador *“Luego, al margen de los motivos que tuvo el demandante para negarse a realizarse el procedimiento amputación sinovial, lo que pudo agravar su situación, no deviene de un acto de omisión o negligencia de la E.P.S. o de las IPS encargadas, sino de la voluntad libre y espontánea del señor Jesús Avellaneda Rendón (q.e.p.d.), quien conforme indica no estaba obligado a recibir un servicio que rechazaba.”*

Afirmación frente a la cual es preciso poner de presente que, las personas que sufren la pérdida de una extremidad deben afrontar un proceso de duelo, el cual es un proceso natural y saludable que permite a las personas adaptarse a la que es o será su nueva realidad y la primera de sus etapas es justamente la negación, al respecto, se refirió el doctor Ramírez explicando:

*“(…) los pacientes sufren la amputación como un duelo y muchas veces tenemos que recurrir, inclusive ayuda psicológica para que el paciente acceda a realizarse una amputación.*

*Eso es como la pérdida de un ser querido, por decirlo así, perder una extremidad es una situación bastante dramática para alguien y a pesar de que sea un tratamiento necesario, muchas veces los pacientes no la aceptan de inmediato.”*

Además de que, por lo expuesto anteriormente, lo dicho por la sentencia carece de empatía, la afirmación *“lo que pudo agravar su situación”*, carece también de sustento, pues fue aclarado en la audiencia de la contradicción del dictamen pericial que la demora que representó la inicial negativa del paciente a la amputación puede incluso no haber tenido mayor incidencia porque las metástasis ya estaban dadas. Así lo explicó el perito dando respuesta a la pregunta del apoderado de Nueva E.P.S.:

*Apoderado Nueva EPS: Cuando el paciente dice “oiga yo no quiero tomarme, yo no quiero, yo no autorizo por equis o y razón la amputación”, ¿En qué podría incidir en su salud El hecho de ese tiempo que se perdió en el momento que se ordenó la amputación y el momento en que se desarrolló en virtud de la negativa del paciente?*



*Perito: El paciente en el momento en el que se diagnosticó el sarcoma y se le hicieron los exámenes de extensión ya tenía metástasis, ganglionares y en el pulmón. Entonces digamos que en ese momento su pronóstico era ya de por sí reservado porque el sarcoma sinovial es un es un tumor maligno muy agresivo y es difícil responder la pregunta, Si se demora un mes o dos puede que no hubiera tenido mucha diferencia en realidad porque las metástasis ya estaban dadas.*

**ix) La operancia de la vía de hecho en esta sentencia**

La parte apelante evidencia, de manera respetuosa eso sí, que en este proceso se ha incurrido en las vías de hecho al existir una errada apreciación probatoria, fundamentalmente con respecto a la valoración como prueba, del dictamen pericial aportado por la parte demandante y su contradicción; una inapreciación de la prueba, evidente en el hecho de que partes fundamentales probatorios no fueron tenidos en cuenta dentro de la argumentación de la sentencia; una insuficiente y parcial apreciación probatoria, ya que las pruebas y fundamentalmente la pericial no fueron apreciadas de manera integral, por el contrario, fueron apreciada de manera parcial.

Señala la sentencia T-555 de 1999 que, se puede producir también una vía de hecho en el momento de evaluar la prueba, si la conclusión judicial adoptada con base en ella es contraevidente, es decir, si el juez infiere de ella hechos que, aplicando las reglas de la lógica, la sana crítica y las normas legales pertinentes, no podrían darse por acreditados, osi le atribuye consecuencias ajenas a la razón, desproporcionadas o imposibles de obtener dentro de tales postulados.

**SOLICITUD.**

De acuerdo a lo expuesto, solicito de manera atenta y respetuosa sea concedido el recurso de apelación y se dé trámite ante el superior jerárquico correspondiente, para que este superior declare que si existen los elementos axiológicos de la responsabilidad civil y patrimonial y condene en costas y agencias en derecho.

Cordialmente,

CARLOS ALBERTO CAMARGO CARTAGENA  
C.C. No 79'318.915 de Bogotá.  
T. P. No. 168.358 del C. S. de la J.




## MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ALVAREZ GOMEZ RV: RAD. 2019-00377. MONOLITICA vs INTRICON y otros. SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 01/12/2023 11:55

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (400 KB)

RAD. 2019-00377. MONOLITICA vs INTRICON y otros. Sustentación del Recurso de Apelación.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ALVAREZ GOMEZ

Cordial Saludo,

**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**

**Secretario Sala Civil**

**Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá**

**Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305**

**Teléfono 423 33 90 Extensión 8349**

**Email: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

---

**De:** Juan Camilo Forero Rojas <jucforeroro@gmail.com>

**Enviado:** viernes, 1 de diciembre de 2023 8:55

**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; des06ctshta@ramajudicial.gov.co <des06ctshta@ramajudicial.gov.co>

**Asunto:** RAD. 2019-00377. MONOLITICA vs INTRICON y otros. SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

Señores

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL**

**M.P. Dr. MARCO ANTONIO ALVAREZ**

**Correo electrónico:** [secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co) y [des06ctshta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:des06ctshta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

E. S. D.

REFERENCIA : PROCESO : VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL  
CONTRACTUAL

DEMANDANTE : MONOLITICA INGENIERÍA S.A.S.  
DEMANDANDO : INTRICON S.A. y otros.-

RADICACIÓN : 2019-00377-03

ASUNTO : Sustentación Recurso de Apelación.-

**JUAN CAMILO FORERO ROJAS**, mayor, abogado en ejercicio, portador de la T.P. No. 226.599 del C.S.J., con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. y correo electrónico [jucforeroro@gmail.com](mailto:jucforeroro@gmail.com), actuando en calidad de apoderado judicial de las demandadas **INTRICON S.A. y TRANSENELEC S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, sociedades que conforman el CONSORCIO SERVICAMPOS; por medio del presente y atención a la admisión del RECURSO DE APELACIÓN en contra de la Sentencia proferida por *A Quo* el día **14 de septiembre de 2023**, en donde, se declaró la existencia de un subcontrato, se declaró el cumplimiento del demandante, el incumplimiento del demandado y, por consecuencia, se condenó a la parte pasiva accediendo a las pretensiones de la demanda, procedemos oportunamente a SUSTENTAR el recurso de apelación interpuesto de conformidad con lo establecido en el Artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, según memorial adjunto.

Favor, acusar recibo.

Atentamente

**JUAN CAMILO FORERO ROJAS**  
**Asesor jurídico Asignado**  
**HA JIMENEZ RAMIREZ S.A.S.**

*Juan Camilo Forero Rojas*

*Abogado*

Señores

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL**

**M.P. Dr. MARCO ANTONIO ALVAREZ**

**Correo electrónico:** [secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co) y  
[des06ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:des06ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

E. S. D.

**REFERENCIA : PROCESO : VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL  
CONTRACTUAL**

**DEMANDANTE : MONOLITICA INGENIERÍA S.A.S.**

**DEMANDANDO : INTRICON S.A. y otros.-**

**RADICACIÓN : 2019-00377-03**

**ASUNTO : Sustentación Recurso de Apelación.-**

**JUAN CAMILO FORERO ROJAS**, mayor, abogado en ejercicio, portador de la T.P. No. 226.599 del C.S.J., con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. y correo electrónico [jucforeroro@gmail.com](mailto:jucforeroro@gmail.com), actuando en calidad de apoderado judicial de las demandadas **INTRICON S.A. y TRANSENELEC S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, sociedades que conforman el CONSORCIO SERVICAMPOS; por medio del presente y atención a la admisión del RECURSO DE APELACIÓN en contra de la Sentencia proferida por *A Quo* el día **14 de septiembre de 2023**, en donde, se declaró la existencia de un subcontrato, se declaró el cumplimiento del demandante, el incumplimiento del demandado y, por consecuencia, se condenó a la parte pasiva accediendo a las pretensiones de la demanda, procedemos oportunamente a **SUSTENTAR** el recurso de apelación interpuesto de conformidad con lo establecido en el Artículo 12 de la Ley 2213 de 2022.

## **I.- OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA**

El Art. 12 de la Ley 2213 de 2022, estableció sobre el trámite de la apelación de sentencias, lo siguiente:

*“ARTÍCULO 12. APELACIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA CIVIL Y FAMILIA. El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:*

*Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalados en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes.*

*Calle 12 B No. 7-50 Oficina 429*

*Teléfono Móvil: 317 752 75 25 - Correo Electrónico: [jucforeroro@gmail.com](mailto:jucforeroro@gmail.com)*

*Bogotá D. C. - República de Colombia*

*Juan Camilo Ferrero Rojas*

*Abogado*

*Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto. Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practicarán, se escucharán alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, encontramos que en el proceso de la referencia, el auto que admitió el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por parte de las demandadas **INTRICON S.A.** y **TRANSENELEC S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** de fecha 20 de noviembre de 2023, **fue notificado en estados del día 21 de noviembre de 2023.**

De esta manera, tenemos que la ejecutoria de este auto venció el día **24 de noviembre de 2023,** por lo que, el término de sustentación del recurso de apelación inició a partir del día **27 de noviembre de 2023 y vence el día 1 de diciembre de 2023.**

Teniendo en cuenta lo anterior, es **oportuna** la presente sustentación.

Además, también es procedente, toda vez que, es el apelante el que debe sustentar el recurso de apelación en la oportunidad fijada por la Ley.

## **II.- DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN**

### **2.1.- Sobre el Fallo de Primera Instancia**

La Sentencia proferida por el H. Juzgado 7 Civil del Circuito de Bogotá el día 14 de septiembre de 2023 accede a todas las pretensiones de la demanda principal, en donde, básicamente, aceptó los siguientes supuestos:

- a. La relación que existió entre **MONOLITICA INGENIERIA S.A.S. -en adelante únicamente como MONOLITICA-** y el **CONSORCIO SERVICAMPOS** fue una SUBCONTRATO DE OBRA denominado por las Partes CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN para el desarrollo de las actividades correspondientes al OTROSÍ de la ORDEN DE TRABAJO No. 3 del Contrato Marco MA-0017725.
- b. Que **MONOLITICA** es asociada del **CONSORCIO SERVICAMPOS** en la ejecución y liquidación de dichas actividades, con efectos entre las Partes exclusivamente.

*Calle 12 B No. 7-50 Oficina 429*

*Teléfono Móvil: 317 752 75 25 - Correo Electrónico: juanferrero@gmail.com*

*Bogotá D. C. - República de Colombia*

- c. Que **MONOLITICA** cumplió con sus obligaciones contractuales y, por su parte, el **CONSORCIO SERVICAMPOS** incumplió parcialmente su obligación de pago, motivo por el cual, deben asumir los perjuicios derivados de tal incumplimiento.
- d. Con base en todo lo anterior, se profieren las condenas económicas correspondientes.

De esta manera, consideramos que el fallo del *A Quo* no hizo una valoración probatoria integral del acervo probatorio allegado al expediente, tal como, se sostuvo al momento de interponer el recurso de apelación con la exposición de los argumentos en contra de la decisión de primera instancia.

De esta manera, a continuación, se exhibe por separado los argumentos que sustentan la apelación en contra de la Sentencia de Primera Instancia:

## **2.2.- Sobre la resolución pendiente a la apelación contra el auto que negó la incorporación de los documentos que anunció el testigo ALONSO MARCELO CASAS.-**

Para la sustentación del recurso de apelación y, especialmente, para que este Tribunal profiera el fallo de segunda instancia, resulta absolutamente necesario que se tome una decisión sobre el recurso de apelación que interpuso esta parte y que fue concedido por el *A Quo* en contra del auto que se profirió en audiencia del 14 de septiembre de 2023; y, en donde, se **negó la práctica del testimonio del señor ALONSO MARCELO CASAS** al no recibirse en el proceso las pruebas documentales que refirió iba a allegar a su declaración y que el *A Quo* tajantemente no permitió tal circunstancia.

Al respecto, consideramos que esa providencia debe ser revocada por este H. Tribunal y, en consecuencia, se ordene la recepción de tales documentos, requiriendo al testigo **ALONSO MARCELO CASAS** para que los aporte en los términos indicados en su declaración.

Y para la resolución de lo anterior, respetuosamente, solicitamos que se tenga en cuenta lo indicado por el H. Tribunal Superior de Risaralda en providencia del 20 de mayo de 2019, dentro del proceso 2016-00369-01 con ponencia del Dr. DUBERNEY GRISALES HERRERA, en donde, sobre ese particular se dijo:

*“Una lectura de la norma permite concluir, sin mayores inquietudes, que esta es una nueva ocasión para aducir documentos al proceso; un examen sistemático del cuerpo normativo procesal permite inferir que existe una oportunidad general y unas especiales (En segunda instancia, en la inspección judicial, en una declaración de terceros y en la exhibición), así se acepta en la doctrina generalizada en materia*

*Calle 12 B No. 7-50 Oficina 429*

*Teléfono Móvil: 317 752 75 25 - Correo Electrónico: juanferrero@gmail.com*

*Bogotá D. C. - República de Colombia*

probatoria civil<sup>1-2,3-4</sup>, como puede leerse en la obra del maestro Azula Camacho<sup>5</sup> y del profesor Canosa Suárez<sup>6</sup>, que incluso predica que se trata de un DEBER, más que una facultad del testigo, fundado en las últimas modificaciones procesales<sup>7</sup>.

Sostiene el primer autor referido que hay más amplitud en la redacción del Régimen vigente; **y, precisa que basta para su admisión: (i) Que se trate de un testigo, y (ii) Que “(...) el documento tenga relación con los hechos que constituyen la declaración (...)”<sup>8</sup>, es decir, que sea pertinente.** Recuérdese que el “juicio de admisibilidad<sup>9</sup>” comporta revisar, además de este último elemento, también su conducencia, utilidad y licitud – que son criterios intrínsecos -, sumados a los ingredientes extrínsecos (Oportunidad, legitimación, formalidad y competencia), según plantean los doctores Sanabria V. y Yáñez M., acabados de citar, parecer que prohija esta Sala.” (Subrayado y resaltado nuestro)

Así las cosas, encontramos que esas documentales que iban a ser aportados por el testigo ALONSO MARCELO CASAS en su declaración cumple con los requisitos legales para su admisión, razón por la cual, es procedente ordenar su incorporación al proceso y ser parte del acervo probatorio que debe valor el Juzgador de Segunda Instancia al momento de proferir la Sentencia que resuelva la apelación en el presente asunto.

### 2.3.- Sobre la INEXISTENCIA DE UN CONTRATO DE OBRA entre las Partes.-

En relación con lo anterior, indica el A Quo en la sentencia objeto de nuestra respetuosa impugnación, que el vínculo que existió entre el **CONSORCIO SERVICAMPOS** y **MONOLITICA** se trató de un SUBCONTRATO DE OBRA, ya que, no obstante y sin perjuicio de la denominación que se le dio de CUENTAS EN PARTICIPACIÓN; en la realidad, el objeto del contrato estaba encaminado a la ejecución de actividades que hacían parte del Otrosí a la Orden de Trabajo 3/4

<sup>1</sup> ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo III, pruebas civiles, editorial ESAJU, Bogotá DC, 2015, p.434.

<sup>2</sup> LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, pruebas, Bogotá DC, Dupre editores, 2017, p.482.

<sup>3</sup> ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo III, pruebas civiles, editorial ESAJU, Bogotá DC, 2015, p.434.

<sup>4</sup> LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, pruebas, Bogotá DC, Dupre editores, 2017, p.482.

<sup>5</sup> AZULA C., Jaime. Manual de derecho probatorio, tomo VI, pruebas judiciales, Temis, Bogotá DC, 2015, p.257.

<sup>6</sup> CANOSA S., Ulises. La prueba en procesos orales civiles y de familia en el CGP, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá DC, 2017, p.129.

<sup>7</sup> AZULA C., Jaime. Ob. cit., p.116.

<sup>8</sup> AZULA C., Jaime. Ob. cit., p.257.

<sup>9</sup> SANABRIA V., Ronald de J. y YÁÑEZ M., Diego A. Juicio de admisibilidad probatoria en el CGP, En: Constitución y probática judicial, Carlos A. Colmenares U. (Coordinador), Bogotá DC, Universidad Libre y Grupo editorial Ibáñez, 2018, p.131-198.

*Juan Camilo Ferrero Rojas*

*Abogado*

suscrita entre **ECOPETROL S.A.** y el **CONSORCIO SERVICAMPOS** en virtud del Contrato Marco MA-0017795.

De esta manera, tal situación *per se*, otorga al Contrato suscrito entre las Partes una naturaleza de SUBCONTRATO DE OBRA; más aún, cuando el asociado oculto, **MONOLITICA**, siempre estuvo visible ejecutando el objeto del Contrato.

Al respecto, consideramos que tales apreciaciones del Despacho NO se ajustan a la realidad jurídica y de ejecución de las actividades del Contrato que existió entre el **CONSORCIO SERVICAMPOS** y **MONOLITICA**.

Y es que, en primer lugar, es necesario tener en cuenta que contrario a lo que indica el *A Quo*, no se acreditó que **MONOLITICA** estuviera visible en la ejecución del Contrato frente a **ECOPETROL S.A.** Y, por el contrario, resulta claro que para **ECOPETROL S.A.** quien ejecutó las actividades que fueron objeto del Contrato que existió entre las Partes en conflictos fue el **CONSORCIO SERVICAMPOS**.

No existe en el proceso ninguna manifestación de **ECOPETROL S.A.** sobre la acreditación de **MONOLITICA** como ejecutor de las actividades en comento, no existe prueba alguna que personal de **MONOLITICA** actuando en representación de esta sociedad demandante haya actuado frente a **ECOPETROL S.A.** en el desarrollo de las actividades. Por el contrario, existe prueba documental allegada por el demandante correspondiente a una respuesta de **ECOPETROL S.A.** a una petición de **MONOLITICA**, que expresamente indica que se logró verificar que **MONOLITICA** no tuvo ninguna vinculación dentro del Contrato Marco suscrito entre **ECOPETROL S.A.** y el **CONSORCIO SERVICAMPOS**, reconociendo como único ejecutor de las actividades objeto de este contrato a este Consorcio. (Ver. Expediente Digital. 01 Cuaderno Principal. Contenido f1281. Comunicaciones Monolitica-Ecopetrol)

Entonces, tal afirmación del Despacho que pretende desvirtuar la condición de **asociado oculto** de **MONOLITICA** para ratificar su posición de determinar como naturaleza del Contrato que existió entre los sujetos procesales como un SUBCONTRATO DE OBRA, **no corresponde al acervo probatorio** que se evidencia en el expediente; ya que, **contrario sensu, está acreditado que MONOLITICA siempre estuvo oculto en la ejecución del objeto contractual frente a ECOPETROL S.A.**

Por otra parte, en lo que tiene que ver con el objeto contractual, no siempre que se ejecuten actividades que son objeto de un Contrato Originario se puede catalogar como un SUBCONTRATO DE OBRA. De ser así, muchas (por no decir todas) las relaciones comerciales que se deriven de la ejecución de un Contrato deberían ser consideradas como SUBCONTRATOS.

*Calle 12 B No. 7-50 Oficina 429*

*Teléfono Móvil: 317 752 75 25 - Correo Electrónico: juanferrero@gmail.com*

*Bogotá D. C. - República de Colombia*

*Juan Camilo Ferrero Rojas*

*Abogado*

Pero, además, la naturaleza de la relación que existió entre **MONOLITICA** y el **CONSORCIO SERVICAMPOS** fue eminentemente de aliarse o asociarse en una actividad en concreto, esto es, la ejecución de las actividades objeto del Adición No. 1 de la Orden de Trabajo 3 del Contrato Marco MA-0017795; en donde, uno de los asociados sería el GESTOR y el otro un asociado oculto.

Y esta es la naturaleza que caracteriza al CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN y que, además, se enmarca perfectamente dentro de los postulados legales definidos en los Arts. 507 y siguientes del Código de Comercio.

En este momento y a modo de ejemplo, vale la pena resaltar lo descrito en el Art. 510 del C.Co., en donde, expresamente se indica que “*El gestor será reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación.*”. De esta manera, la citada comunicación de **ECOPETROL S.A.** precisamente es prueba de tal circunstancia, en donde, tal entidad contratante dentro de la relación comercial original reconoce como único Contratista y ejecutor de las actividades objeto del Contrato MA-0017795 al **CONSORCIO SERVICAMPOS**.

Así como esta precisión, todos los postulados del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN se perfeccionan en la relación que existió entre **MONOLITICA** y el **CONSORCIO SERVICAMPOS**.

Por tal motivo, respetuosamente encontramos que, NO le asiste razón al *A Quo* en la consideración y declaración que aquí hemos tratado.

#### **2.4.- Sobre el INCUMPLIMIENTO de MONOLITICA y la inexistencia de INCUMPLIMIENTO del CONSORCIO SERVICAMPOS**

En relación con este punto, el *A Quo* en toda la Sentencia objeto de esta respetuosa impugnación, justifica la declaratoria de cumplimiento de **MONOLITICA** en sus obligaciones contractuales y de incumplimiento parcial del **CONSORCIO SERVICAMPOS** en el pago del precio pactado y las consecuentes condenas derivadas de tal declaración; en los siguientes aspectos fundamentales:

1.- la conducta de los demandados en el proceso que no aprovecharon las múltiples oportunidades procesales para allegar las pruebas documentales y técnicas que acreditaran el mayor valor pagado por el **CONSORCIO SERVICAMPOS**;

2.- Las confesiones fictas derivadas de no haber contestado oportunamente la demanda.

De esta manera, a nuestro juicio, no existe un análisis de las pruebas aportadas al proceso para soportar el sustento de estas decisiones y, por el contrario, se escudó en tales circunstancias para no avizorar las pruebas recogidas en el proceso que

*Calle 12 B No. 7-50 Oficina 429*

*Teléfono Móvil: 317 752 75 25 - Correo Electrónico: juanferrero@gmail.com*

*Bogotá D. C. - República de Colombia*



*Juan Camilo Ferrero Rojas*

*Abogado*

acreditan que ni existió total y cabal cumplimiento de **MONOLITICA** en sus obligaciones contractuales, ni tampoco, existió incumplimiento del **CONSORCIO SERVICAMPOS** en sus obligaciones contractuales.

En primer lugar, sobre el cumplimiento de las obligaciones de **MONOLITICA**, el A Quo indica que con las Actas soporte de las Facturas de Venta que allegó **MONOLITICA** al proceso, se acredita que esta cumplió con la ejecución del objeto contractual, razón por la cual, cumplió con todas sus obligaciones contractuales.

Pero, esto NO es así, los compromisos contractuales entre las Partes derivados de una relación comercial no son, únicamente, la entrega del objeto pactado; sino todos aquellos compromisos que las Partes expresamente definieron en el acuerdo que los ha vinculado, además, de aquellos que por ministerio de la Ley apliquen.

De esta manera, uno de los temas sobre los que más se debatió en el proceso tuvo que ver con quien debía asumir los costos del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN y al respecto, se tiene que, este Contrato es muy claro en manifestar que todos los recursos económicos necesario para la ejecución de las actividades los debía suministrar **MONOLITICA**, tal como, se indicó en la obligaciones de **MONOLITICA**. En el encabezado de numeral 6.2 existe la obligación de **MONOLITICA** de “fondear económicamente” las actividades, en la obligación 6.2.2 expresamente se indica que los recursos económicos deben provenir de **MONOLITICA**, en el numeral 6.2.3 se indica que **MONOLITICA** debe asumir el aporte económico en la ejecución de las actividades.

De esta manera, está acreditado que quien debía poner los recursos económicos en la ejecución del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN era **MONOLITICA**.

Sin embargo, esto NO ocurrió y tal situación se acreditó en el proceso. Por ejemplo, existe confesión de parte del representante legal de **MONOLITICA** que, aunque inicialmente manifestó que los costos del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN había sido pagados con los recursos provenientes de la Facturación de las actividades, posteriormente, al momento de ser interrogado por el suscrito, indicó que los recursos para que se pagaran los costos de nómina antes del primer ingreso por facturación fueron pagados por parte del CONSORCIO SERVICAMPOS, es decir, MONOLITICA no cumplió con tal obligación. (Ver, por ejemplo, la grabación de la audiencia inicial en la hora cinco minutos con cuarenta segundos, entre otras manifestaciones).

Además, esto va de la mano con las declaraciones testimoniales recibidas en el proceso, en donde, los testigos convocados por el apoderado del actor, también indicaron haber recibidos pagos de parte del **CONSORCIO SERVICAMPOS**.

*Calle 12 B No. 7-50 Oficina 429*

*Teléfono Móvil: 317 752 75 25 - Correo Electrónico: juanferrero@gmail.com*

*Bogotá D. C. - República de Colombia*

*Juan Camilo Ferrero Rojas*

*Abogado*

Finalmente, la explicación más clara y diáfana sobre este asunto, la otorga al Despacho el testimonio del señor **ALONSO MARCELO CASAS**, quien en su dicho declaró con total profundidad y detalle, cómo **MONOLITICA** no cumplió con tales obligaciones contractuales; que es una de las más importantes en la ejecución de las actividades.

Ahora, el actor pretende excusar su incumplimiento en el hecho de que el **CONSORCIO SERVICAMPOS** no le requirió para que hiciera tales aportes en dinero, justificándose en los pactado en el numeral 6.2.4 del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.

Al respecto, tenemos que este aparte contractual indica lo siguiente:

*“6.2.4.- Suministrar todos los recursos económicos **asociados a los imprevistos** señalados en la **OFERTA** y/o los que finalmente se presenten en ejecución del mismo, incluyendo sus pérdidas o sobrecostos imputables a **MONOLITICA**, los cuales serán pagados dentro de los 5 días siguientes a la comunicación que así sea enviada por **SERVICAMPOS** por hoy el medio más expedito posible.” (Subrayado y resaltado nuestro)*

No obstante, claro es que este numeral se refiere a los recursos económicos para asumir **imprevistos** de la ejecución del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN **y no a los costos directamente relacionados con la ejecución del Contrato.** Es más, el representante legal de **MONOLITICA** acepta que los imprevistos son **los costos no previstos** en la ejecución del contrato, al igual, que el testigo **ALONSO MARCELO CASAS**. Lo anterior, aunque resulta lógico, es necesario resaltar en este momento, ya que, **MONOLITICA** pretende justificar su incumplimiento en el hecho en que, en virtud de dicho numeral, el **CONSORCIO SERVICAMPOS** nunca le envió una comunicación con tal requerimiento, olvidando que los **costos que fueron asumidos por el Consorcio, aceptados y confesados por MONOLITICA, se trataron de costos directos y previsibles de la oferta como la nómina del personal contratado para tales actividades contractuales.**

Así las cosas, encontramos que ya con este solo argumento, resulta claro que **MONOLITICA** no cumplió con sus obligaciones contractuales, motivo por el cual, debe revocarse tal declaración del *A Quo*. Pero, adicionalmente, encontramos que **MONOLITICA** incumplió también el **precio pactado** en el CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN e hizo el cobro de actividades una tarifa distinta a la **pactada contractualmente.**

Y es que, en el NUMERAL 3 de las CONSIDERACIONES del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN, Las Partes definieron el **CUADRO No. 1**, en

*Calle 12 B No. 7-50 Oficina 429*

*Teléfono Móvil: 317 752 75 25 - Correo Electrónico: juanferrero@gmail.com*

*Bogotá D. C. - República de Colombia*

*Juan Camilo Ferrero Rojas*

*Abogado*

donde se describían las actividades que serían el objeto del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.

Ahora, si bien es cierto, allí se describieron los precios unitarios de cada actividad, también resulta claro que la participación de **MONOLITICA** se pactó en la CLÁUSULA OCTAVA del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN, así:

**CLÁUSULA 8: PARTICIPACIÓN:** Las partes acuerdan que las participaciones dentro de la explotación de la naturaleza y objeto del presente acuerdo será como aparece en las **CONSIDERACIONES**, o sea, así:

8.2.1.- PARA SERVICAMPOS	10 %
8.2.2.- PARA MONOLITICA	90 %

Ahora, las CONSIDERACIONES describen como participación de **MONOLITICA** la siguiente:

b) **MONOLITICA INGENIERIA & CONSTRUCCION S.A.S.**

1. Actuará para efectos del presente acuerdo como asociado del contrato de CUENTAS EN PARTICIPACION con una participación del **NOVENTA por ciento (90%) de los costos directos de las actividades realmente ejecutadas del cuadro No. 1, incluido el AIU y antes de I.V.A.** El presente porcentaje de participación es aproximado en el entendido en que el mismo podrá variar por las condiciones específicas de la obra. (Por ser modalidad de precios unitarios, mayores cantidades de obra, obras adicionales, entre otros).

De esta manera, tenemos que la participación de **MONOLITICA** era el **90% de los costos directos de las actividades realmente ejecutadas del Cuadro No. 1, dentro del cual está incluido el AIU pactado en 15% total.** (Según NOTA descrita al final del **Cuadro No. 1** en el CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN)

Sin embargo, cuando se observan las facturas allegadas al proceso por el demandante, encontramos que los precios unitarios NO corresponden al valor pactado, sino al **100% del costo directo (incluido AIU y antes IVA) de las actividades del Cuadro No. 1.**

Para evidencia lo anterior, debemos ver lo que cobró **MONOLITICA** por las actividades del **Cuadro No. 1, incluyendo el AIU pactado.**

Para esto, por ejemplo, al azar, tomamos la Factura de Venta 0093 con fecha 2 de enero de 2014 (ver folio 299 de la Carpeta 01CuadernoPrincipal del Expediente Digital) para evidenciar este ejercicio:

*Calle 12 B No. 7-50 Oficina 429*

*Teléfono Móvil: 317 752 75 25 - Correo Electrónico: juanferrero@gmail.com*

*Bogotá D. C. - República de Colombia*

Juan Camilo Ferrero Rojas

Abogado

En esta factura de venta, **MONOLITICA** hace el siguiente cobro:

3,3	Construcción de Tanques de almacenamiento de hasta 10.000 Barriles Tanque de agua contra incendio M-TK-30-8-001 Construcción de Tanques de almacenamiento de hasta 10.000	\$ 12.173.910	\$ 40.173.903,00
-----	---	---------------	------------------

Ahora, a este valor unitario, se le está sumando el AIU pactado del 15%, el cual, se puede identificar al final de la factura de venta cuando se aplica este AIU a la sumatoria de todas las actividades.

Entonces, tenemos:

VALOR UNITARIO = 12.173.910 \* 1,15

**VALOR UNITARIO = 14.000.000**

Como se puede observar (y así aplica para todas las actividades cobradas por **MONOLITICA** en las Facturas de Venta allegadas al expediente) por esta actividad **MONOLITICA** cobró el 100% del costo directo de la actividad según el **Cuadro No. 1; incumpliendo el precio pactado entre las Partes.**

Es más, esta situación también es acreditada en el testimonio del señor **ALONSO MARCELO CASAS**, quien con detalle explicó esta situación y, además, recalcó que no se pudo liquidar totalmente el **CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN** por estas acciones de **MONOLITICA**.

Entonces, por todo lo anterior, es claro que dentro del proceso está acreditado que **MONOLITICA** no cumplió con sus obligaciones contractuales y, no obstante, el *A Quo* reprocha la conducta de los demandados en el recaudo probatorio; es claro que en el expediente existen pruebas que acreditan tal incumplimiento del actor y, desafortunadamente, las mismas no fueron tenidas en cuenta o, por lo menos, no fueron valoradas correctamente al momento de proferir el fallo que ahora nos ocupa.

Por otra parte, el Juzgador de Primera Instancia indica que el **CONSORCIO SERVICAMPOS** incumplió parcialmente con su obligación de pago a **MONOLITICA**; sin embargo, y como consecuencia de la imprecisión antes anotada, no pudo evidenciar el *A Quo* que ante el **incumplimiento de MONOLITICA** no se puede configurar la mora de su contraparte.

Esta figura es conocida como la **EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO**. Al respecto, tenemos que sobre esta figura podemos citar en este momento la **Sentencia T-537 de 2009**, Referencia: expediente T-1.954.426, Acción de tutela instaurada por César Augusto Rodríguez Yepes contra el Juzgado 40 Civil del

*Calle 12 B No. 7-50 Oficina 429*

*Teléfono Móvil: 317 752 75 25 - Correo Electrónico: juanferrero@gmail.com*

*Bogotá D. C. - República de Colombia*

*Juan Camilo Ferrero Rojas*

*Abogado*

Circuito de Bogotá, Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO de seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009), que indica:

**“...4. El principio de buena fe en el ordenamiento colombiano**

*En el ordenamiento colombiano el principio de buena fe resulta un elemento connatural al sistema jurídico, consagrado expresamente por el artículo 83 de la Constitución de 1991. Dicho principio aporta un contenido de naturaleza ética y de rango constitucional a las relaciones de los particulares entre sí, y de éstos con las autoridades públicas. Adicionalmente debe resaltarse que el principio de buena fe fue concebido por el constituyente como un mecanismo para buscar la protección de los derechos, los que tendrán menos amenazas si en las actuaciones que se surtan ante las autoridades, o en la interpretación de las relaciones negociales entre particulares y administración, o en el entendimiento de las relaciones entre particulares se toma la buena fe como un elemento fundacional de las mismas y de ella se derivan contenidos de solidaridad, probidad, honestidad y lealtad.*

*Sin embargo, no fue a través de la Constitución de 1991 que el principio de buena fe hizo su entrada en nuestro ordenamiento jurídico, pues desde el inicio fue considerado como elemento esencial de las relaciones entre particulares, siendo parte del Código Civil de 1873, el cual consagró expresamente en su art. 1603 que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, derivando de esta disposición que la obligación surgida de un contrato no solamente incluye lo pactado por las partes, sino todo lo que surge de la naturaleza de la obligación, de la ley y de la costumbre.*

*La legislación comercial también recoge dicho principio en el art. 871 del código de comercio, en donde extiende su aplicación a las fases de celebración y ejecución, disponiendo que “en consecuencia los contratos obligan no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.*

*Debido a su carácter de elemento fundamental del tráfico jurídico, el principio de buena fe es aplicado en un sinnúmero de situaciones entre las que se cuentan las relaciones contractuales, sean éstas entre particulares solamente o entre particulares y la administración. Lo que importa resaltar ahora es que, en el caso de relaciones de tipo contractual, el principio de buena fe se presenta en todas las etapas de la relación, razón por la cual cuando el juez evalúa el desarrollo de un contrato el principio de buena fe debe ser presupuesto integral de*

*Calle 12 B No. 7-50 Oficina 429*

*Teléfono Móvil: 317 752 75 25 - Correo Electrónico: juanferrero@gmail.com*

*Bogotá D. C. - República de Colombia*

dicha evaluación; en este sentido manifestó la Corte Suprema de Justicia:

*“(…) de igual modo, particularmente por su inescindible conexidad con el asunto específico sometido al escrutinio de la Corte, importa subrayar que el instituto de la buena fe, en lo que atañe al campo negocial, incluido el seguro, es plurifásico, comoquiera que se proyecta a lo largo de las diferentes fases que, articuladas, conforman el plexo contractual – en sentido amplio: la atinente a la formación del negocio jurídico, lato sensu (fase formativa o genética), la relativa a su celebración (fase de concreción o de perfeccionamiento) y la referente a su desenvolvimiento, una vez perfeccionado (fase ejecutiva, de consumación o post-contractual). Desde esta perspectiva, un sector de la moderna doctrina concibe al contrato como un típico “proceso”, integrado por varias etapas que, a su turno, admiten sendas subdivisiones, en las que también se enseña el postulado de la buena fe, de amplia proyección.*

*(…)*

*De allí que la buena fe no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan solo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual – o parte de la precontractual -, ya que es necesario, como corresponde, auscultarla in globo, según se indicó valorando las diversas oportunidades que los interesados tuvieron para actuar con lealtad, corrección (correttezza) y diligencia, según sea el caso.”<sup>[10]</sup>*

*El contenido del principio de buena fe es tan variado como las situaciones en que se concreta o en que sirve como parámetro interpretativo de otras disposiciones, sean éstas las generales o las propias de cada contrato. Sin embargo esto no significa que su contenido sea gaseoso y se evapore dejando al juez sólo con un elemento de naturaleza moral abstracta de poca utilidad o de gran subjetividad al momento de decidir en los casos concretos. Al igual que los demás principios constitucionales, y más los que son precisados en disposiciones legales específicas, el contenido del principio de buena fe se debe concretar en aspectos que limiten la amplitud con el que las partes y el juez lo deben valorar; en este sentido puede decirse que de este principio se derivan deberes propios del tráfico negocial en la*

*sociedad de un Estado que, como el previsto en la Constitución de 1991, resalta los valores de inclusión, pluralismo y solidaridad entre sus habitantes. De esta forma entiende esta Sala de Revisión que, aplicado a una relación negocial, el principio de buena fe involucra deberes de honestidad, claridad, equilibrio reciprocidad y consideración de los intereses de la contraparte, entre otros. Sin embargo, debe así mismo resaltarse que la aplicación de las reglas que derivan del principio de buena fe no puede hacerse de una manera mecánica, sino que serán los elementos propios de cada situación, la actitud de las partes en ejecución del contrato, las cláusulas específicas por éstas acordadas, etc. las que determinen la interpretación que el juez haga del principio de buena fe en cada específica situación.*

*En este sentido, la aplicación del principio de buena fe no significa la quiebra de la seguridad jurídica que debe regir las relaciones entre particulares, ni el reemplazo de las cláusulas contractuales y las disposiciones legales por pareceres subjetivos del juez al momento de resolver las controversias contractuales. El juez debe siempre tener como fundamento de su fallo las disposiciones jurídicas relativas al caso; el principio de buena fe no puede reemplazar el derecho aplicable, aunque sí debe ser una guía en la lectura, interpretación y aplicación del mismo, puesto que los deberes de lealtad, claridad, equilibrio, solidaridad y colaboración, entre otros, están implícitos en cualquier relación contractual –aunque con un contenido específico de acuerdo a la naturaleza de la misma-, de manera que aunque las partes no los mencionen en las cláusulas contractuales, sus actuaciones deben realizarse y ser valoradas teniendo en cuenta dichos postulados. En otras palabras, el principio de buena fe obliga a que las partes, además de cumplir lo estipulado en el contrato y exigido expresamente por el ordenamiento, asuman comportamientos que honren los deberes que se deriven de la naturaleza de la obligación contractual y de la finalidad por ellas buscada al realizar el contrato, lo cual puede conducir a un resultado diferente del obtenido de una interpretación literal simplista y superficial, pero que, sin duda alguna, será acorde con los postulados de un Estado social de derecho inspirado en principios de justicia material y privilegio de lo sustancial sobre lo formal.*

*Las implicaciones del principio de buena fe tienen especial relevancia cuando se estudian contratos de prestaciones bilaterales, pues sus consecuencias se traducen en preservación del equilibrio y, cómo no, respeto a la reciprocidad inherente a la naturaleza de este tipo de contratos, por lo que su aplicación presenta una relación importante con la excepción non adimpleti contractus, como ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, que al respecto estableció:*

*Calle 12 B No. 7-50 Oficina 429*

*Teléfono Móvil: 317 752 75 25 - Correo Electrónico: juanferrero@gmail.com*

*Bogotá D. C. - República de Colombia*

*“Así –mediante las dos instituciones explicadas: exceptio non adimpleti contractus y acción resolutoria- se asegura en los contratos sinalagmáticos el equilibrio de intereses entre las partes; se realiza el principio de simetría contractual derivado de la reciprocidad y correlación de los compromisos surgidos de las relaciones bilaterales, y se atiende a las consecuencias que en el mecanismo de tales convenciones tienen el principio de buena fe, la noción de causa y la de móviles del acto jurídico.”<sup>[11]</sup>*

*En conclusión, es claro que en relaciones contractuales de obligaciones bilaterales la noción de justicia en la ejecución de las prestaciones implícita en el principio de buena fe es la que justifica en gran parte la existencia de mecanismos como la excepción de contrato no cumplido, actuando por intermedio de ésta deberes de lealtad, equilibrio y reciprocidad, y aportando a su través el sentido ético que se desprende del principio de buena fe en nuestro ordenamiento jurídico.*

#### **5. De la excepción de contrato no cumplido -non adimpleti contractus- y su aplicación en el derecho contractual colombiano**

*En los sistemas jurídicos de la actualidad ha cobrado renovada importancia la aplicación de los principios constitucionales, a la par de los principios jurídicos propios de cada materia, los cuales rara vez son cosa distinta a la concreción de los primeros con las particularidades propias que impone el campo competencial de las diferentes áreas del derecho.*

*Este es el caso de la excepción de contrato no cumplido o “non adimpleti contractus”, con la cual se hace referencia a que en los contratos bilaterales no se estará en mora de cumplir lo pactado mientras la contraparte no lo haya cumplido en la forma y el tiempo establecidos en los términos contractuales o la ley. Este principio de lógica incontestable es concretado en el art. 1609 del código civil que al respecto establece: “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 allana a cumplirlo en la forma y el tiempo debidos.”*

*El contenido de esta cláusula refleja los más elementales parámetros de equidad, simetría y buena fe que deben ser entendidos como elementos connaturales a las obligaciones contractuales bilaterales<sup>[12]</sup>, prescribiendo lo que es el producto de un análisis basado en la justicia material de las relaciones contractuales: si una de las partes de una*



relación bilateral no está en posición de cumplir las obligaciones contractuales, cómo puede exigirle a la otra el cumplimiento de la prestación debida? La idea de esta figura es brindar una posibilidad de resolución de diferencias originadas en contratos en donde se ha presentado un abandono recíproco de las prestaciones a cargo de las partes contratantes, evitando que las mismas queden en un estado de indefinición permanente. En este sentido ha manifestado la Corte Suprema "es necesario asimismo hacer ver que por obra de aquella circunstancia [, el mutuo incumplimiento,] no siempre ha de quedar atascada la relación derivada del negocio y sometida en consecuencia "...a la indefinida expectativa de que -en algún tiempo- pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por iniciativa exclusiva de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común, o de que la acción implacable del tiempo le da vigencia definitiva a través de la prescripción... (G. J. Tomo CXLVIII, pág. 246)."<sup>[13]</sup>

Por esta razón, la intención de atribuir efectos jurídicos al mutuo incumplimiento en los contratos bilaterales resulta acorde con el eficiente tráfico de los negocios jurídicos y la dinámica comercial de las relaciones privadas, que es contraria a indefiniciones que generen zozobra y que pongan en suspenso la aplicación del principio de seguridad jurídica en estos casos; sin embargo, esto no significa, como ha apuntado la jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia<sup>[14]</sup>, que cualquier incumplimiento recíproco pueda tomarse como motivo de terminación del contrato. Para que este efecto se presente será necesario que los actos realizados por ambas partes demuestren de forma inequívoca – sea expresa o tácitamente- el total desinterés por el cumplimiento de las obligaciones contractuales; o sea, que "se precisa, para que pueda consumarse de esta forma la disolución virtual, que la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de 'desistencia' que constituye su sustancia (...)"<sup>[15]</sup>.

Sobre esta figura manifestó esta corporación:

"En efecto, la figura de la "Exceptio non adimpleti contractus" es connatural a ellos [, los contratos de seguro,] en virtud de lo consagrado por el artículo 1609 del Código Civil, según el cual, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla con su parte. **Lo anterior, con el fin de impedir " ...que una de las partes quiera prevalerse del contrato y exigir a la otra su cumplimiento, mientras ella misma no cumpla o no esté dispuesta a cumplir las obligaciones que le incumben**<sup>[16]</sup>. Igualmente, la figura de la condición

Calle 12 B No. 7-50 Oficina 429

Teléfono Móvil: 317 752 75 25 - Correo Electrónico: juanferrero@gmail.com

Bogotá D. C. - República de Colombia

*Juan Camilo Ferrero Rojas*

*Abogado*

*resolutoria tácita, supone que cuando una de las partes no se aviene a cumplir la prestación debida en forma satisfactoria, la otra puede renunciar a realizar la suya y pedir a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento del contrato con la respectiva indemnización de perjuicios, en virtud de la condición resolutoria implícita en todo contrato bilateral (C.C., art. 1546). Tal institución también ha sido recogida por la legislación comercial en estos términos: "... en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación con indemnización de los perjuicios moratorios" (C.Co., art. 870). Las anteriores circunstancias justifican de manera general, la terminación de un contrato de esta naturaleza."<sup>[17]</sup> – subrayado y negrilla ausente en texto original-*

*Ante el incumplimiento mutuo de las partes del contrato surgen consecuencias para las obligaciones derivadas del contrato, pues en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente..."*

De esta manera, al configurarse dicha *excepción de contrato no cumplido* a razón del incumplimiento de **MONOLITICA**, no puede predicarse **ningún tipo de incumplimiento del CONSORCIO SERVICAMPOS**, cayéndose de su peso los argumentos del *A Quo*.

Ahora, sin perjuicio de lo anterior, también se acreditó en el expediente que tal incumplimiento era **inexistente**, ya que, de acuerdo con la declaración del señor **ALONSO MARCELO CASAS** que además tiene un sustento o soporte documental que fue el que el *A Quo* negó su práctica (por tal motivo es absolutamente relevante que se resuelva el recurso de apelación contra el auto según lo dispuesto en el numeral 2.1 de este memorial); los costos asociados a las actividades del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN y que fueron asumidos por el **CONSORCIO SERVICAMPOS** superan el valor total de las actividades objeto del Contrato. Es decir, el **CONSORCIO SERVICAMPOS** pagó en costos directamente relacionados con la ejecución del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN un **valor superior** al que se pactó como precio del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.

Por lo tanto, **no existe** el incumplimiento que *A Quo* depreca.

*Calle 12 B No. 7-50 Oficina 429*

*Teléfono Móvil: 317 752 75 25 - Correo Electrónico: juanferrero@gmail.com*

*Bogotá D. C. - República de Colombia*

*Juan Camilo Ferrero Rojas*

*Abogado*

Ahora, desestima el Juzgado de Primera Instancia la declaración del señor **ALONSO MARCELO CASAS** porque considera que esta es una declaración de parte y tiene intereses en las resultas del proceso (tacha solicitada por el actor); sin embargo, olvida el Juez que más allá de su condición este es un **tercero** sin representación de alguna de las Partes en el presente proceso y, además, es la persona que en todas las declaraciones relevantes del proceso ha sido resaltado, como también es el caso del abogado HERNÁN ALBERTO JIMÉNEZ que fue quien elaboró el CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN. Es más, el representante legal de **MONOLITCA** siempre nombró al señor **ALONSO MARCELO CASAS** como aquel que conocía todos los pormenores del caso, por lo tanto, no se puede desestimar de esa manera la declaración de este testigo que, sin lugar a dudas, fue aquel que más luces brindó en este proceso.

Teniendo en cuenta lo dicho, también resulta claro que es **inexistente** el incumplimiento del **CONSORCIO SERVICAMPOS**; y, en consecuencia, no solo debe revocarse esta declaración, sino también las condenas que resultan de estas declaraciones.

### **2.5.- Inexistencia de acreditación del monto de los perjuicios.-**

Sin perjuicios de lo indicado anteriormente, la Sentencia de Primera Instancia no hace un análisis de la cuantía del Proceso y, únicamente, se base en el Juramento Estimatorio de Perjuicios presentado con la demanda.

Al respecto consideramos que, no obstante no haberse objetado este Juramento Estimatorio de Perjuicio, el *A Quo* no puede obviar un análisis de razonabilidad del mismo. Y es que, NO existe en el expediente **ninguna** manera de poder llegar a las sumas que el actor alega como incumplidas por parte del **CONSORCIO SERVICAMPOS**.

Aunque el *A Quo* indica que estas sumas de dinero se derivan de las Facturas de Venta presentadas por **MONOLITICA**, ninguna de estos títulos valores se acercan a la suma de que **MONOLITICA** indicó como adeudadas por el **CONSORCIO SERVICAMPOS**. Por lo tanto, y aunque el *A Quo* considere lo contrario, la realidad es que esta suma de dinero fue arbitrariamente puesta por el demandante en el Juramento Estimatorio de Perjuicio, sin tener ningún tipo de soporte o sustento que lo justifique.

Por tal motivo, no se puede tener como prueba de los perjuicios este Juramento Estimatorio de la demanda.

### **3.- SOLICITUD**

*Calle 12 B No. 7-50 Oficina 429  
Teléfono Móvil: 317 752 75 25 - Correo Electrónico: juanferrero@gmail.com  
Bogotá D. C. - República de Colombia*

*Juan Camilo Forero Rojas*

*Abogado*

En vista de todo lo descrito anteriormente, respetuosamente solicitamos a este H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil, que se REVOQUE integralmente la Sentencia de fecha 14 de septiembre de 2023 y, en su lugar, se RECHACEN las pretensiones de la demanda.

Atentamente



**JUAN CAMILO FORERO ROJAS**  
**C.C. No. 1.110.485.966 de Ibagué**  
**T.P. No. 226.599 del C.S.J.**

*Calle 12 B No. 7-50 Oficina 429*  
*Teléfono Móvil: 317 752 75 25 - Correo Electrónico: juforeroro@gmail.com*  
*Bogotá D. C. - República de Colombia*


**MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO RICO RV: 11001310301020200006101 Sustentación de recurso de alzada**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 28/11/2023 9:02

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (1 MB)

Examen de Datos adjuntos seguros en curso;

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO RICO**

Cordial Saludo,

**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**

**Secretario Sala Civil**

**Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá**

**Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305**

**Teléfono 423 33 90 Extensión 8349**

**Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

---

**De:** Alejandro Ballen <alejandroballen1@gmail.com>

**Enviado:** martes, 28 de noviembre de 2023 8:00

**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Asunto:** 11001310301020200006101 Sustentación de recurso de alzada

Cordial saludo, en mi calidad de apoderado judicial del extremo activo, con el acostumbrado respeto y dentro del término legal oportuno me permito remitir memorial referido en el asunto.

Agradezco su atención.

Cordialmente,

Alejandro Ballen

Consultoría Jurídica - Responsabilidad civil, médica y del Estado.

Calle 12 B N° 7 - 90, oficina 517

Bogotá D.C.

Teléfono (601) 4660975

Móvil: 3504247363

[www.alejandroballen.com](http://www.alejandroballen.com)



Remitente notificado con

[Mailtrack](#)



ALEJANDRO BALLEEN

Consultoría Jurídica - Responsabilidad civil, médica y del Estado

Bogotá D.C., noviembre 27 de 2023.

Honorable Magistrada

**AIDA VICTORIA LOZANO RICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Sala de Decisión Civil

Ref: Proceso Verbal – Responsabilidad Civil Extracontractual  
Rad. **110013103 010 2020-00061 01**  
Demandantes: **SANDRA JANNETH MURIEL SANCHEZ Y OTROS**  
Demandados: **SOLUTRANS S.A.S.**

Asunto: **SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El suscrito **ALEJANDRO BALLEEN**, apoderado judicial del extremo activo, dentro del término legal oportuno y con el acostumbrado respeto, me permito sustentar el recurso de alzada interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia que recayó dentro del trámite de la referencia el pasado 17 de octubre de 2023, conforme a los siguientes argumentos:

Tal como se refirió al momento de formularse los reparos concretos en contra de la decisión recurrida, existió un **deficiente análisis frente a la incidencia de cada uno de los actores viales en la ocurrencia del siniestro**, lo que inevitablemente **conllevó a una indebida graduación de la culpa**.

En el fallo recurrido se pasa por alto un hecho que prueba de manera incontrovertible la culpa del demandado y que ha venido denunciándose desde la misma génesis de la demanda y es la imprudencia del conductor del tractocamión en la maniobra de adelantamiento que realizó en el lugar del accidente al no percatarse de que las llantas de su vehículo sobrepasaron la humanidad de la víctima.

Es así como, al dar contestación a la demanda y de manera específica, al hecho n°4 de la misma, el apoderado judicial reconoció como cierto (confesión) el hecho de que *“el conductor del tracto camión siguió su marcha, sin percatarse del accidente”*.

En efecto, en sus propias palabras, el profesional del derecho señaló:

*“Es cierto, el joven murió en el sitio de los hechos y **desde luego que el conductor de la tractomula no se percató del hecho, porque no se dio cuenta que el joven fallecido impacto con su vehículo**. Pues el impacto fue en la parte posterior lateral en las llantas del cuarto conjunto del trailer.*

*Muy seguramente no se dio cuenta, porque al transitar por su carril la tractomula, el cabezote ya había traspasado paralelamente el bus e instantemente (sic) el motociclista choca contra la parte posterior del bus y lo expulsa cayendo sobre las llantas laterales del cuarto conjunto de las llantas de la tractomula.”* Negritas fuera del texto.



Dicho esto, es palmaria la culpa en la que incurrió el conductor del tractocamión y que fue ignorada en el fallo recurrido, al transitar por un sector tan concurrido como lo es las inmediaciones del entonces Hospital de Meissen, pues estaba obligado a maximizar todas las medidas de seguridad para dar cumplimiento a las normas del Código Nacional de Tránsito contenidas en los arts. 55° y 68°, los cuales establecen, en su orden, el deber genérico de seguridad frente a terceros y la obligatoriedad, en específico, de dar una correcta utilización a los carriles de la vía.

En efecto, el primero establece que *toda persona que tome parte en el tránsito como conductor, pasajero o peatón, debe comportarse en forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás (...)* mientras que el mencionado artículo 68 impone que *los vehículos deben transitar, obligatoriamente, por sus respectivos carriles, dentro de las líneas de demarcación, y atravesarlos solamente para efectuar maniobras de adelantamiento o de cruce.*

Prueba de la inobservancia de dicha norma por parte del conductor del vehículo de carga, es el hecho de que no se percató de lo sucedido sino hasta después de haber avanzado cerca de un kilómetro y medio más, cuando otros conductores y un uniformado de la policía lo detuvieron por lo sucedido, lo que se configura como una imprudencia absoluta como factor generador de culpa, pues como conductor de un vehículo de dimensiones y masa mayúsculas genera un riesgo exponencialmente mayor frente a los demás actores viales, situación que hace mucho más exigible ese deber de cuidado que debe maximizar al poner en marcha un vehículo de tales características y así evitar poner en riesgo la integridad de personas y bienes a su alrededor, como ocurrió en este caso, el conductor le ocasionó la muerte a una persona sin siquiera darse cuenta de ello.

Al omitir dicha obligación, no se percató de que su vehículo pasó sus llantas sobre la humanidad de la víctima, ocasionándole la muerte de forma inmediata, **sin importar la razón por la cual el motociclista terminó en el piso**, pues se recuerda, éste último no falleció por el choque con la buseta aparcada a un lado de la vía sino por el aplastamiento por parte del tractocamión.

Ese deber de diligencia y cuidado debía observarse por parte del conductor del vehículo de carga con mayor rigurosidad al aproximarse a una zona urbana tan concurrida, no solo por vehículos sino por personas dado que en las cercanías se encuentran múltiples paraderos de bus y el mismo hospital de Meissen. De hecho, el mismo informe de accidente de tránsito en su primera página indica que en el lugar del accidente se encuentran señales de tránsito informativas codificadas SI-08, SI-16 y SI-05B, que en su orden informan sobre “Paradero de Buses”, “Primeros Auxilios” y “Croquis”, esta última, informando sobre conexiones de intersecciones próximas.

Y es que se presume que el conductor del vehículo de carga se encontraba realizando la maniobra de adelantamiento, al tenor de lo dicho en la contestación de la demanda por el apoderado judicial y en el interrogatorio de parte rendido por la señora representante legal del demandado, en donde manifiestan que su vehículo transitaba por el carril central de la vía.

Recuérdese que, al tenor del art. 68 del Código de Tránsito Terrestre, en las vías de sentido único de tránsito, como la avenida Boyacá en el sentido Sur-Norte, en



donde ocurrió el accidente, los vehículos deben transitar de la siguiente forma: “*en aquellas vías donde los carriles no tengan reglamentada su velocidad, los vehículos transitarán por el carril derecho y los demás carriles se emplearán para maniobras de adelantamiento*”.

Recordemos también que, según el mismo informe de accidente de tránsito, la vía en la que ocurrió el accidente es de tres carriles y dado que en el documento no se indica que exista reglamentación de velocidad para cada uno de los carriles de dicha vía ni tampoco se acreditó tal situación dentro del presente trámite por parte del demandado, es dable presumir que el conductor del vehículo de carga se encontraba usando el carril central para efectuar la maniobra de adelantamiento del bus o del motociclista, pues de lo contrario estaría cometiendo una infracción de tránsito.

Y es que la misma lógica de la gestión del riesgo en materia de tránsito indica que los vehículos de grandes dimensiones como los del servicio de carga y pasajeros, caracterizados por su gran tamaño y la gran masa que movilizan deben circular a bajas velocidades por cualquier vía, dado que ante una eventual pérdida de control o ante la aparición de cualquier situación inesperada, hacen muy difícil su detención o la recuperación de su control cuando este se haya perdido, lo que implica un grave e inminente riesgo de generar daños catastróficos.

Por esa razón el deber objetivo de cuidado y prudencia que a todos nos asiste, indica que dichos vehículos circulen por el carril derecho, tomando el carril central solamente para maniobras de adelantamiento como lo indica la norma, para que, una vez surtido el sobrepaso, se retorne al carril derecho, pues de mantenerse en el carril central en vías de dos o más carriles o avanzar por el carril izquierdo invita a su conductor a aumentar la velocidad de manera inconsciente a la par con los demás vehículos que por allí transitan, situación que, como ya se dijo, representa un peligro mortal en las carreteras de nuestro país.

Bajo ese entendido, es dable asumir que el tractocamión se encontraba realizando el adelantamiento del motociclista o de la buseta, o de ambos, no lo sabemos, cuando produjo el atropellamiento del joven **MARCIALES MURIEL**, sobrepasando sobre su humanidad con las llantas del tráiler y sin darse cuenta de ello, prosiguió su camino hasta que fue interceptado por otros motociclistas y la policía más adelante.

Por esto mismo, es clara la imprudencia denunciada en la que incurrió el conductor del vehículo de carga, pues estaba obligado a realizar la maniobra de adelantamiento con absoluta prudencia, poniéndose en estado de alerta, mirando en todas direcciones, reduciendo su velocidad en un lugar tan concurrido y en todo caso, evitando incrementar el riesgo de lesiones a personas o daño a otros vehículos mientras usaba momentáneamente el carril central para adelantar.

Recuérdese también que, el documento “*ANÁLISIS FÍSICO INICIAL No 148-2018*” obrante como prueba trasladada allegada al expediente proveniente de la FGN, establece como *secuencia probable del accidente*, **[teniendo en cuenta la información suministrada por parte del Patrullero José Cuellar]** que *el hoy occiso (...) realiza una maniobra de frenado, marcando una huella y generando la caída de la motocicleta sobre su costado izquierdo. La motocicleta se arrastra 11.06*





*metros e impacta la zona inferior de la parte trasera izquierda del bus de placas WHQ174 (...) mientras que el hoy occiso cae en el carril central por lo que es sobrepasado por las llantas del costado derecho del tractocamión de placas THX483 que se movilizaba por esta vía de sur a norte”.*

Con ello se prueba que el mecanismo de la muerte fue el aplastamiento, mas no el choque del motociclista con la buseta, como se concluye erróneamente en el fallo impugnado.

En gracia de discusión, bien puede interpretarse que, muy a pesar de haber chocado la parte trasera de la buseta, si la tractomula no hubiere sobrepasado el cuerpo del motociclista el desenlace fatal seguramente no hubiere ocurrido.

En efecto, a riesgo de la incomodidad que genera imaginar la escena, debe tenerse muy en cuenta el contenido del Informe Pericial de Necropsia obrante también como prueba trasladada y en donde se registran las lesiones generadas a la víctima:

#### SISTEMA RESPIRATORIO

PLEURAS Y ESPACIOS PLEURALES: desgarro pleural por aplastamiento de tórax con hemotorax residual 500 cc aproximadamente

LARINGE: mucosa de aspecto usual sin lesiones o cuerpos extraños en su interior

TRÁQUEA: desgarro traqueal por aplastamiento de tórax

BRONQUIOS: de distribución usual, con desgarro por aplastamiento de tórax

PULMONES: peso de 745 gramos en conjunto, con evidencia de desgarro pulmonar bilateral por aplastamiento de tórax

#### SISTEMA CARDIOVASCULAR

PERICARDIO: ruptura de saco pericardico por aplastamiento de tórax

CORAZÓN: peso de 343 gramos al examen con desgarro de pared ventricular derecha por aplastamiento de tórax

CORONARIAS: de distribución usual sin evidencia de obstrucciones en su trayecto

AORTA Y GRANDES VASOS: sistema arterial con evidencia de desgarro de arterias en región toraco-abdominal por aplastamiento y exposición de contenido abdominal,

VENAS: con evidencia de desgarro de venas en región toraco-abdominal por aplastamiento y exposición de contenido abdominal y torácico

#### CAVIDAD ABDOMINAL

PERITONEO: con evidencia de desgarro de abdominal y perineal por aplastamiento y exposición de contenido abdominal,

MESENTERIO: con evidencia de desgarro de mesenterio por aplastamiento y exposición de contenido abdominal,

RETROPERITONEO: con evidencia de desgarro renal bilateral con hematoma retroperitoneal por aplastamiento y exposición de contenido abdominal,

DIAFRAGMA: desgarro por aplastamiento

#### SISTEMA DIGESTIVO

LENQUA: de aspecto saburral sin evidencia de lesiones al examen

FARINGE: mucosa eritematosa sin cuerpos extraños en su interior ni signos de trauma al examen

ESÓFAGO: mucosa eritematosa con desgarro esofagico por aplastamiento de tórax

ESTÓMAGO: con evidencia de desgarro por aplastamiento y exposición de contenido gástrico

  
WALTER ANATOLIO DUARTE ARIAS

Dichas lesiones, evidentemente, fueron producto del aplastamiento provocado por un vehículo de carga de más de 34 toneladas de peso al sobrepasar la humanidad de la víctima, mas no fueron producto del choque del motociclista contra la buseta, situación en la que no reparó el fallo recurrido.



ALEJANDRO BALLEEN

Consultoría Jurídica - Responsabilidad civil, médica y del Estado

Dicho esto, es claro que la causa eficiente del fallecimiento de la víctima fue, precisamente, el aplastamiento infligido por el tractocamión, cuando aquel se encontraba tendido en la carretera y mientras el vehículo de carga realizaba una maniobra de adelantamiento desprevenida, situación esta que compromete la responsabilidad del demandado Solutrans S.A.S., frente a la generación del daño.

Esa deficiente valoración de la verdadera incidencia causal del conductor del tractocamión provocó la conclusión errada a la que se llegó en el fallo recurrido y, según la cual, la culpa exclusiva de la víctima fue la razón única del infortunado desenlace.

Bojo los anteriores argumentos solicito tener por sustentado el recurso de alzada interpuesto en contra de la sentencia de primer grado de la cual reclamo su revocatoria para, en su lugar, declarar la responsabilidad civil extracontractual en cabeza del demandado por el fallecimiento del joven **JULIAN DAVID MARCIALES MURIEL (QEPD)**, y ordenar la correspondiente indemnización de perjuicios por los conceptos y en las cuantías reclamadas en el escrito genitor.

Recibo notificaciones en la calle 12 No.7 – 90, oficina 517 en la ciudad de Bogotá D.C., correo electrónico [alejandroballen1@gmail.com](mailto:alejandroballen1@gmail.com), teléfonos 350 424 7363 y (601) 4660975.

Cordialmente,

**ALEJANDRO BALLEEN**

C. C. 80.226.754 de Bogotá

T. P. 210.738 del C. S. de la J.