

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

Mag. Pte. Dra. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

E. S. D.

Ref.: Proceso Ejecutivo de Mayor Cuantía de **BANCOLOMBIA** contra **INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S.**

Rad.: 2018-00337-01

LUIS HERNANDO GALLO MEDINA, con la personería que me asiste dentro del proceso de la referencia, dentro del término legal procedo a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN**, admitido por el Despacho mediante auto de fecha 12 de julio de 2021, notificado por anotación en el estado electrónico de fecha 13 del mismo mes y año, de acuerdo con lo siguiente:

I. OPORTUNIDAD PARA SUSTENTAR EL RECURSO.

.- Mediante auto de fecha 12 de julio de 2021, el Despacho admitió el recurso de apelación formulado por el suscrito en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 5° Civil del Circuito, y dispuso:

*“Por lo anterior y con el propósito establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, **ejecutoriado este auto, córrase traslado al apelante por el término de cinco (05) días para que sustente su medio impugnativo** o exprese si los reparos presentados en la primera instancia le sean tenidos en cuenta como sustentación del recurso de apelación memorial que deberá ser radicado en modo electrónico a las direcciones de correo electrónico institucional: chernanc@cendoj.ramajudicial.gov.co y secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.” (subrayado y negrilla fuera de texto original)*

.- Ahora bien y comoquiera que el artículo 302 del Código General del Proceso, señala sobre la ejecutoria de las providencias:

*“Las que sean proferidas por fuera de audiencia **quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas**, cuando carecen de recursos **o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes**, (...)”*

.- La presente providencia cobró ejecutoria el 16 de julio de 2021 y los cinco (5) días de traslado fenecen el 26 de julio de 2021, tal y como se observa a continuación:

LUNES	MARTES	MIÉRCOLES	JUEVES	VIERNES	SÁBADO	DOMINGO
12	13	14	15	16	17	18
19	20	21	22	23	24	25
26						

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

Por lo anterior, la sustentación del recurso se presenta dentro de la oportunidad legal prevista para tal fin.

II. OBJETO DEL RECURSO.

El presente recurso de alzada tiene por objeto que el Tribunal Superior de Bogotá D.C., **REVOQUE** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito, la cual, en su parte resolutoria, dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la pasiva según lo considerado en la motivación de esta sentencia.

SEGUNDO: Ordenar seguir adelante con la ejecución conforme al mandamiento de pago, con la precisión que aquí se continúa respecto de **INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S.**

(...).”

Tal y como se pondrá de presente más adelante, en la sentencia objeto de censura el Despacho valoró indebidamente las pruebas que obran en el plenario, desconociendo el principio de unidad consagrado en el artículo 176 del Código General del Proceso, al no encontrar probada que en el presente caso operó el fenómeno extintivo de la novación o incluso la sustitución del deudor o la asunción de la deuda por parte de **CONALVIAS**.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

A. En relación con la excepción de novación y el animus novandi de BANCOLOMBIA.

Con el fin de iniciar el estudio del caso en concreto, es preciso que se tenga en cuenta los siguientes antecedentes y hechos:

- i) **CONALVIAS** e **INFRACON** firmaron por *aval solidario* “hasta” por el 34,67% de los pagarés No. 1260158821, 1260159171, 1260159409, 1260161539 y 1260162159.
- ii) **CONALVIAS**, el cual era deudor solidario con **INFRACON**, inició un proceso de reorganización ante la Superintendencia de Sociedades, en el que se suscribió un acuerdo de reorganización, que fue objeto de reforma, y que fue votado favorablemente por **BANCOLOMBIA**, tal y como se acreditó en el presente proceso.
- iii) En el acuerdo de reorganización como en su reforma, **CONALVIAS** reconoció a **BANCOLOMBIA** como acreedor de hasta por el 34,67% de los pagarés No. 1260158821, 1260159171, 1260159409, 1260161539 y 1260162159, de acuerdo con la solicitud que hizo el BANCO dentro del proceso de reorganización, así:

Pagaré	Valor Total del Pagaré	34,67% del total del pagaré
1260158821	\$ 113.251.440.177	\$ 39.264.274.309,36

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTA D.C. - COLOMBIA

1260159171	\$ 7.935.007.386	\$ 2.751.067.060,72
1260159409	\$ 20.333.456.425	\$ 7.049.609.342,54
1260161539	\$ 21.821.270.310	\$ 7.565.434.416,47
1260162159	\$ 20.898.825.702	\$ 7.245.622.870,88
TOTAL	\$ 184.240.000.000	\$ 63.876.007.999,97

iv) En el acuerdo de reorganización reformado, los acreedores aceptaron que el deudor **INFRACON**, empresa de la cual era único accionista **CONALVIAS**-transfiriera sus bienes a **CONALVIAS**, para que esta asumiera directa y exclusivamente el pago de las obligaciones de ambas sociedades, pues era conocido por los acreedores que la única empresa que podía generar el flujo de caja para responder por las obligaciones era **CONALVIAS**, dado que era la única capaz de generar ingresos por su actividad.

v) Así, en el acuerdo y su reforma, la cual se reitera fue votada favorablemente por **BANCOLOMBIA**, se acordó:

*“Teniendo en cuenta que parte de los flujos proyectados para el pago de las obligaciones del acuerdo, **se encuentran sustentados con la venta de los activos que actualmente tiene la sociedad INFRACON S.A.S suscribe el presente acuerdo el representante legal en señal de aceptación y comprometiéndose a transferir los bienes que se relacionan en el anexo 17, dentro de los 30 días siguientes a la fecha que queda suscrita la fusión de la sociedad deudora**”.* (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

vi) Que por lo anterior, mediante Acta No. 50 de la asamblea de accionistas del 23 de agosto de 2016 de la sociedad **INFRACON**, inscrita el 22 de diciembre de 2016 bajo el No. 02169077 del libro IX, la sociedad se escindió sin disolverse transfiriendo su patrimonio a **CONALVIAS** –todo lo cual, consta en el certificado de existencia y representación de mi representada-.

De los anteriores hechos y antecedentes es preciso resaltar:

i) La Superintendencia de Sociedades, que es el juez natural de los procesos concursales de las empresas en Colombia, al conceptuar sobre el acuerdo de reorganización, en el en el Oficio No. 220-008094 del 18 de febrero de 2019, señaló que el **Acuerdo de reorganización implica una novación de las obligaciones**, así:

“El acuerdo de Reorganización, reestructura las obligaciones del deudor que son objeto del mismo, en tanto que fija nuevos plazos, términos y condiciones para su cumplimiento. ES UNA FORMA DE NOVACIÓN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES que purga la mora del deudor y lo restituye a una situación jurídica, económica y financiera que le permite reintegrarse en condiciones ordinarias del mercado. Desaparece la insolvencia y se procede a la atención de las obligaciones restructuradas en una ecuación que le permite atenderlas de manera ordenada, según las proyecciones de su flujo de caja.

(...)

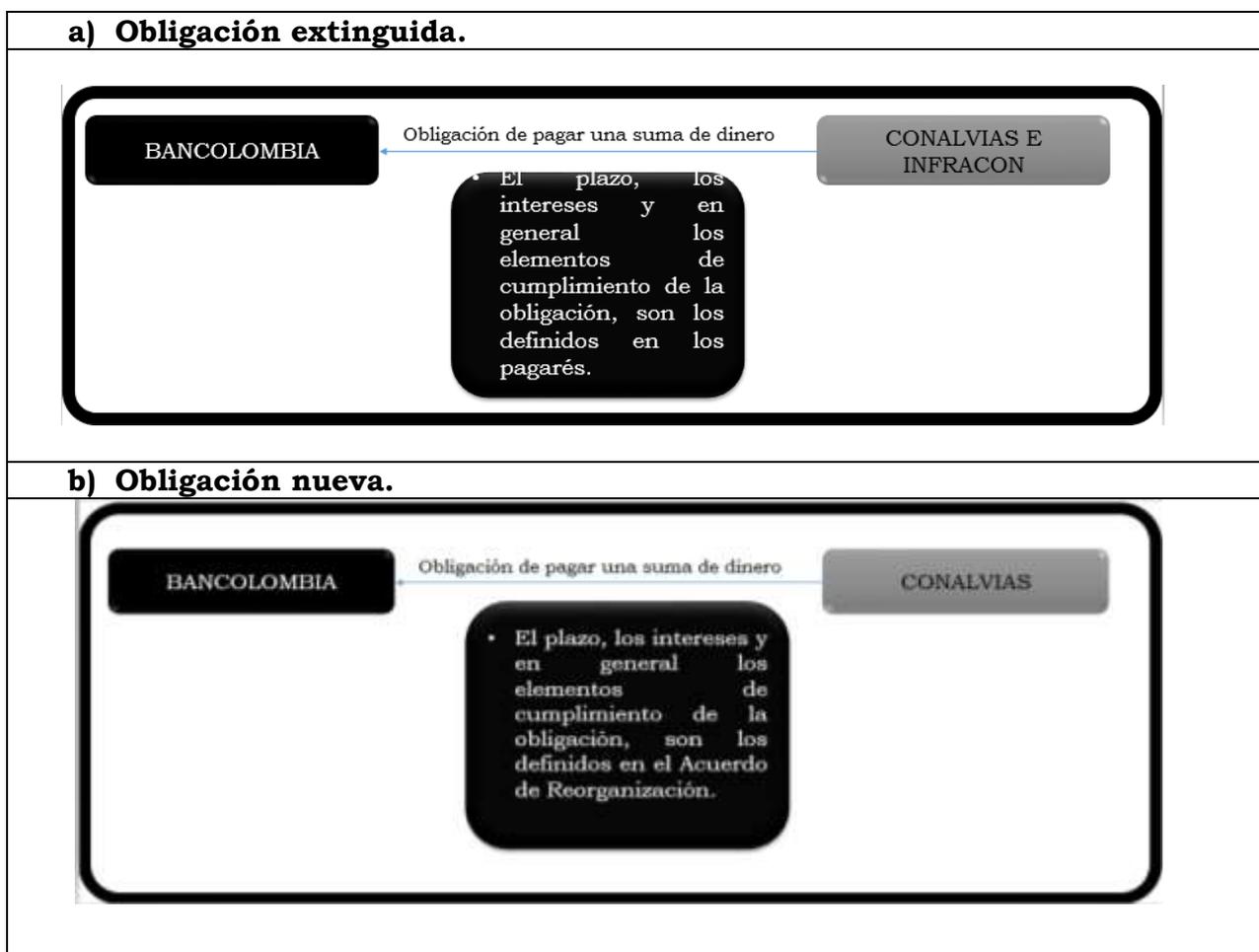
GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTA D.C. - COLOMBIA

d. En las condiciones anotadas, las obligaciones objeto del Acuerdo de Reorganización, sin excepción, quedan gobernadas por los términos del mismo, independientemente de que los acreedores sean personas privadas o públicas, de forma que los procesos ejecutivos en curso terminan.

No pueden adelantarse nuevos procesos ejecutivos sobre tales obligaciones sencillamente porque han quedado reestructuradas y por lo tanto, en lo sucesivo, no pueden considerarse en mora o incumplida (...)_(negrilla fuera de texto)

- ii) En el caso en concreto, la excepción formulada se fundamenta en el hecho de que por expresa aprobación del banco acreedor, se liberó de la obligación original a **INFRACÓN**, como deudor solidario en virtud del aval, y se aceptó que la totalidad de la obligación fuera asumida por **CONALVIAS**, liberando de la deuda a **INFRACÓN**, todo lo cual se encuentra acreditado dentro del proceso, no solo con el contenido del Acuerdo de Reorganización, sino además, por todos los hechos que se han probado en el proceso y que demuestran claramente la intención del acreedor de quedarse con **CONALVIAS** como único deudor, dada la insolvencia de **INFRACÓN**, producto de la transferencia de la totalidad de sus bienes a **CONALVIAS**.
- iii) La existencia de la novación o sustitución de deudor o asunción de la deuda por parte de uno de los avalistas, se evidencia en los siguientes cuadros:



GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

En efecto, antes de la celebración del acuerdo de reorganización de **CONALVIAS**, **INFRACON** era deudor de **BANCOLOMBIA**, sin embargo, **BANCOLOMBIA** renuncia a perseguir a **INFRACON** y en consecuencia se produce el fenómeno de la novación, una vez que el acreedor:

- a. Acepta expresamente la forma en la que fue reconocido su crédito en cuanto a: monto, intereses, plazos, entre otros **a cargo exclusivo de CONALVIAS**.
- b. Vota favorablemente el acuerdo y su reforma,
- c. Acepta expresamente al votar positivamente el acuerdo, que su deudor, **INFRACON**, transfiera sus bienes a su nuevo deudor, esto es **CONALVIAS** para que este los venda y con estos pague las deudas a favor de **BANCOLOMBIA** y los demás acreedores, deuda que corresponden al aval otorgado en relación con los pagarés identificados bajo los números 1260158821, 1260159171, 1260159409, 1260161539 y 1260162159.

Así las cosas, se altera la parte subjetiva del vínculo, en cuanto a quiénes son deudores, y la parte objetiva de la obligación en cuanto a sus elementos, no sólo de cumplimiento, sino también de estructuración, tales como su origen.

- iv) **BANCOLOMBIA** conocía la relación existente entre **CONALVIAS** e **INFRACON** y que, la primera era quien tenía la posibilidad de asumir el pago de la deuda, pues mi representada no podía generar el flujo de caja para pagar el aval, dado que no tenía operaciones que pudieran generar ingresos y, en consecuencia, permitió que **INFRACON** entregara sus bienes para que **CONALVIAS** continuara en operación y, como única deudora capaz de pagar, asumiera la deuda en los términos estipulados en el acuerdo.
- v) Dicho de otra manera, escogió como deudor a **CONALVIAS** y ahora, ante el fracaso de la ejecución del acuerdo, pretende ir en contra de quien liberó, porque el otro deudor está en condición de insolvencia. Lo anterior, va claramente en contravía de lo dispuesto en el artículo 1696 del Código Civil, que establece:

“ART. 1696. El acreedor que ha dado por libre al acreedor primitivo, no tiene después acción contra él, aunque el nuevo deudor caiga en insolvencia; a menos que en el contrato de novación se haya reservado este caso expresamente, o que la insolvencia haya sido anterior y pública o conocida del deudor primitivo” (resaltado fuera del texto).

Ni en el acuerdo, ni en su reforma, ni de ninguna otra manera, **BANCOLOMBIA** hizo la reserva a que se refiere la norma mencionada, por lo que, conforme a la ley, no hay lugar a cobrarle al deudor primitivo **INFRACON**.

- vi) La sentencia proferida por el Juzgado 5° Civil del Circuito de Bogotá, niega la prosperidad de la excepción de novación, aduciendo que no se encuentra probado el *animus novandi*, desconociendo que el mismo puede ser tácito de acuerdo a lo previsto en el artículo 1693 del Código Civil.
- vii) Si **BANCOLOMBIA** no estaba liberando a **INFRACON** ¿por qué razón permitió que esta le entregara su patrimonio a **CONALVIAS**? Y lo que es más importante, conociendo que **INFRACON** no era la que tenía el flujo de caja

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTA D.C. - COLOMBIA

para pagarle la obligación, sino que, lo único que esta tenía eran bienes representado en acciones e inversiones, pues quien generaba los ingresos era **CONALVIAS**, cuál era la razón para aceptar la transferencia del patrimonio para que fuera **CONALVIAS** la que cancelara la deuda?.

¿Por qué una entidad financiera como **BANCOLOMBIA**, un profesional en el negocio, permitiría que **INFRACON** entregara su patrimonio a una empresa en reorganización, cuando era el patrimonio de **INFRACON** la única garantía que tenía **BANCOLOMBIA** de que le pagaran su crédito?

La respuesta salta a la vista y es porque la recuperación de **CONALVIAS** era el único mecanismo con el que contaba el **BANCO** para lograr la satisfacción de las obligaciones objeto de cobro y otras obligaciones que presentó en el concurso, ergo, liberó a **INFRACON** para que **CONALVIAS** le pagara, y ante el inminente fracaso del acuerdo de **CONALVIAS** inició la persecución del deudor ya liberado.

viii) **INFRACON** no avaló nuevamente la nueva obligación que tiene como deudor a **CONALVIAS** y como acreedor a **BANCOLOMBIA**.

Por último y si, el Tribunal entiende que, pese a lo expuesto, no existe animus novandi, es preciso señalar que la **asunción de la deuda** no exige el *animus novandi*; esta se presenta cuando un deudor remplace al otro en la obligación, manteniéndose la obligación intacta pero cambiando el extremo pasivo; así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, al indicar:

“No hubo cesión o asunción de deuda, cual se denuncia. Si el ánimo de los contrayentes no va dirigido a la extinción de la obligación sino al remplazo de la persona de deudor, se produce lo que doctrinariamente se conoce como una cesión o asunción de deuda del responsable inicial al sustituto, permitida por la ley en franca proyección del principio de la autonomía privada.”

*En el Código Civil se regulan **casos de canje del deudor sin novación del débito**, por ejemplo, los contemplados en los preceptos 851, 855, 2020 y 2023; en todos ellos, el legislador establece genuinas transferencias de deudas entre vivos, a título singular, la cuestión, igualmente puede operar en la cesión de posición contractual¹.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Sobre la asunción de la deuda, el Consejo de Estado ha señalado:

***La asunción de la deuda es “una figura legalmente atípica” en la que se produce una alteración de la parte pasiva de relación obligatoria en la que un sujeto que no era parte en ella, por cualquier motivo o causa asume la prestación debida por el deudor y se compromete para con el acreedor a ejecutarla en las condiciones de modo, tiempo y lugar** convenidas, ya sea colocándose al lado del deudor originario solidaria o subsidiariamente (Adpromisión - asunción concurrente o cumulativa) o desplazándolo de su lugar (expromisión - asunción liberatoria)(30).*

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 20 de febrero de 2019, Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. SC5569-2019

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

*En la asunción de la deuda, **para que se produzca una alteración o modificación en la parte pasiva de una determinada relación jurídica, no se requiere de la intervención o participación del deudor, es decir, no se exige que éste le haya solicitado u ordenado al sujeto que no era parte en esa relación jurídico obligacional la asunción de su deuda**; a diferencia de lo que sucede con la figura de la delegación por pasiva, en la cual sí se requiere ineludiblemente que el deudor originario (delegante) le haya solicitado u ordenado al sujeto que no era parte de la relación (delegado) que asumiera el pago de su deuda frente al acreedor (delegatario)². (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

En cuanto a esta última Jurisprudencia, téngase en cuenta que si bien se refiere a sustitución de deudor, la importancia de la misma es que resalta que, aún sin que se refiera expresamente a los requisitos de la novación, la obligación original a cargo de un deudor puede ser sustituida por la misma obligación a cargo de un nuevo deudor, ya sea un tercero (sustitución de deudor) o a cargo exclusivo de uno solo de los deudores originales (asunción de la deuda), siendo claro que en ambos casos, el deudor original que no accedió a la nueva obligación, queda liberado de su obligación de pagar.

En el caso concreto, si bien, **CONALVIAS** no era un tercero ajeno a la obligación, si asumió **exclusivamente** el pago de la deuda por **INFRACON** y dicha circunstancia fue aceptada por **BANCOLOMBIA**, liberando a mi representada del vínculo jurídico que tenía con la ejecutante.

Lo anterior, considerando que, la jurisprudencia³ ha reconocido que la “adpromisión” y la “expromisión” son formas de asunción de la deuda y en esencia persiguen, en el primer caso, que un tercero asuma la posición del deudor junto con este o, en el segundo, que simplemente lo sustituya en ella, como ocurrió con **CONALVIAS** que se quedó como único deudor de la obligación.

B. Falta de Aplicación del artículo 1693 del Código Civil.

De no encontrar acreditado el Despacho la extinción de la obligación a cargo de mi representada por la novación de la obligación o la asunción de la deuda, conviene señalar que el Despacho incurrió en un yerro al no dar aplicación a lo previsto en el inciso 2º del artículo 1693 del Código Civil, que su tenor literal señala:

*“Si no aparece la intención de novar, **se mirarán las dos obligaciones como coexistentes**, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior **no se opusiere a ella**, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera.” (Resaltado fuera del texto).*

De la norma transcrita, resulta:

² Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicado: 17001-23-33-000-2012-00315-01(1534-14)

³ Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicado: 47001-23-31-000-2000-00554-01 (35.138)

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

- Si no se hubiera *acreditado* la novación, entonces debería aceptarse que existen dos obligaciones, es decir: una cuyo origen es el aval otorgado en el pagaré y otra, cuyo origen es el Acuerdo de Reorganización empresarial de **CONALVIAS**.
- Al coexistir las dos obligaciones, el Código Civil, para prevenir el fenómeno del doble pago, señala que *valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior **no se opusiere a ella***.
- Ahora bien, retomando el análisis realizado en el escrito de reparos concretos, el cual se solicita sea tenido como parte de la sustentación de este recurso, se detalla claramente que la obligación posterior, esto es, la nacida del Acuerdo de Reorganización, se opone en todo a la primitiva, es decir, a la nacida con la suscripción del pagaré para otorgar el aval, pues la última también es una obligación de pagar una suma de dinero, suma que por lo demás es la que está *avalada* y, pero que se opone a la inicial, en cuanto que solo hay un deudor y que las condiciones de pago son diferentes a las del aval.

Por lo anterior, aun cuando se tuviera la coexistencia de las dos obligaciones, lo cierto es que la última se opone en todo a la primera y esta (la primera) sólo vale en lo que no se oponga a la última, por ello, no es posible que el **BANCO** persiga a **INFRACON**.

C. El alcance del Artículo 70 de la ley 1116 de 2006.

En la sentencia de fecha 5 de abril de 2021, en relación con el artículo 70 y la facultad que este consagra para cobrarles a los codeudores, avalistas, el Despacho señaló entre otros, lo siguiente:

*“Aquí continúa la norma pero lo que interesa aquí, es el aparte que señala la viabilidad de continuar la ejecución respecto de los deudores solidarios, no obstante del inicio del proceso de reorganización frente a otros de los deudores. Frente a ese panorama, la reorganización o liquidación de las demás entidades, tanto obligada principal como avalistas e incluso que la parte demandante se haya hecho parte dentro de esos procesos como aquí ocurrió, incluso en el interrogatorio de parte el representante legal de Bancolombia, admitió haberse hecho parte dentro de los procesos de reorganización, además de dar cuenta de ello las documentales que reposan en el protocolo y los CD(s) allegados, **ninguna incidencia tiene en el asunto para deprecar o concluir una novación o inexistencia de la obligación a cargo de la aquí demandada, máxime cuando no se advierte manifestación alguna, expresa, clara o indudable como atrás se dijo de novación de las obligaciones o en su defecto de renuncia de la solidaridad respectiva.***”

*Para este Despacho, una interpretación en otros términos, es decir que, no es viable continuar la ejecución no obstante la reorganización de uno de los obligados solidarios frente a los demás solidarios, **no solo iría en contravía del artículo 70 de la Ley 1116 de 2006, sino además incluso en contravía del principio de solidaridad establecido en leyes y normas de orden público y de los ejercicios propios de esa figura.**”* (Resaltado por el suscrito).

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

Con el debido respeto, dicha interpretación demuestra el total desconocimiento de las normas de procesos concursales por parte del juez de primera instancia, lo que lo ha llevado a hacer aseveraciones contrarias a la ley y negar, injustificadamente y desconociendo la ley, las excepciones propuestas.

Dicha interpretación normativa desconoce la diferencia entre un “proceso” de Reorganización y el “Acuerdo” de Reorganización, pues es claro que el artículo 70 de la Ley 1116 de 2006, sólo rige hasta el momento en que se logra la celebración del Acuerdo, pues es allí donde termina el proceso de reorganización e inicia la etapa de ejecución.

Es claro que mientras se adelante el “proceso” de reorganización, esto es desde que se admite la solicitud para adelantar el proceso y hasta que se confirma el Acuerdo por parte del juez del concurso, el acreedor está autorizado a adelantar el cobro ejecutivo en contra de los demás codeudores solidarios. Pero una vez terminado el proceso de reorganización, dependiendo del contenido del Acuerdo de reorganización, esos procesos ejecutivos se podrán continuar o se tendrán que terminar, dependiendo del contenido y estipulaciones del Acuerdo, como sería el caso de que en dicho Acuerdo se noven las obligaciones originales y en consecuencia queden liberados los deudores contra los que se seguían los procesos ejecutivos.

En aras de una mayor claridad, para entender la diferencia entre proceso y Acuerdo concursal o de Reorganización, podemos hacer el símil con el trámite de un proceso verbal: el “proceso” se inicia con la demanda y termina con la sentencia; y el “Acuerdo” sería la sentencia, esto es que una vez dictada, termina el proceso y lo que sigue es la ejecución de la sentencia o el cumplimiento del Acuerdo de Reorganización, sin que en ningún caso se pueda decir que la sentencia es lo mismo que el proceso verbal.

Votado y aprobado el acuerdo, la fuerza vinculante del mismo obliga a todos los acreedores, tanto a los que no se presentaron, como a aquellos que votaron negativamente, y dicha fuerza vinculante, lo supedita a recibir el pago de la obligación que presentó en los términos pactados o estipulados en el Acuerdo.

Como complemento a esta afirmación, me remito al mismo ejemplo de asunción de deuda que expuse en el alegato de conclusión.

BANCOLOMBIA quedó vinculada al Acuerdo de Reorganización de **CONALVIAS**, y aceptó expresamente que su deuda fuera pagada sólo por esta, con sus bienes y con los bienes de **INFRACON**, circunstancia que está acreditada en el proceso.

Si **BANCOLOMBIA** quería continuar con la ejecución a **INFRACON**, debería: **1)** haber hecho expresa manifestación de que no la liberaba o que continuaba como codeudor de la nueva obligación que asumió **CONALVIAS**; **2)** antes de que se confirmara el Acuerdo por parte de la Superintendencia de Sociedades, haber manifestado expresamente que se retiraba del Acuerdo y que prefería seguir el cobro de la deuda reclamada, exclusivamente contra **INFRACON** como avalista, pues si con el Acuerdo se producía una novación de la deuda, quedaba

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

imposibilitado para cobrar la deuda al deudor anterior, como en efecto ocurrió en este caso.

Si **BANCOLOMBIA** quería tener la posibilidad de cobrar el aval a **INFRACON** debía hacer hecho la reserva a la que se hizo mención anteriormente y, al no haberla hecho, asumió las consecuencias legales de la novación o sustitución de deudor pactadas en el Acuerdo de Reorganización, quedando sujeta a los efectos del artículo 1963 del Código Civil, mencionado anteriormente.

D. En relación con el monto de las obligaciones que se cobran y las tasas de interés que se aplicaron con los otros deudores.

En relación con los acuerdos de intereses en la Sentencia de 5 de abril del año en curso, el Juzgado 5° Civil del Circuito de Bogotá, señaló lo siguiente:

*“Finalmente frente a la exceptiva de “reducción de intereses” en la que sólo puede cobrarse el interés bancario corriente pues así se deriva de las negociaciones entre el deudor principal y **BANCOLOMBIA**, debe señalarse que con sustento a las normas atrás señaladas y al tenor de los títulos valores que incorporan un derecho literal y autónomo, ha de atenderse el Despacho a lo señalado como intereses de mora, en los pagarés indicó que durante el plazo reconocerían a la tasa anteriormente indicada pagadero mes vencido y que, en caso de mora “pagaremos” durante ella intereses a la tasa máxima legal permitida.*

*El título valor señala “la tasa máxima legal permitida” como la de los moratorios, por ende lo expuesto en la exceptiva no encuentra sustento en otras circunstancias, a lo anterior, sùmese que nada aportaron sobre el particular los testimonios practicados, pues la deponente Paola Reyes, señaló desconocer si hubo algún pacto concretamente con **INFRACON** frente a ese punto y **BANCOLOMBIA** frente a ese particular. El otro deponente en estas diligencias nada expuso sobre el particular señaló que no estuvo presente durante las negociaciones.*

Además no se acreditó por parte de quien tenía la carga de la prueba, esto es la pasiva el pago de los intereses superiores a los permitidos legalmente, por lo que deberá asumir las consecuencias de dicha pasividad que no es otra que, la improsperidad de la acción propuesta.” (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Sobre el particular es preciso señalar:

- i) Manifiesta el *A quo* en su fallo que no hubo prueba de la reducción de intereses que se alegó por parte del suscrito pues los testimonios, en relación con ello, nada aportaron. Al respecto, se debe llamar la atención del Tribunal en cuanto a que la prueba testimonial no es la única que obra en el expediente; de hecho, **BANCOLOMBIA** aportó una certificación en la que informó los pagos que habían hecho los otros avalistas, con el valor imputado a capital y el imputado a intereses, sin indicar por supuesto la tasa de interés aplicada, pues el **BANCO** ha sido renuente a revelarla.

Con el fin de demostrarle al Tribunal que los intereses que se cobraron a **COMPARTIMIENTO A –RUTAL DEL SOL**, no es el máximo legal permitido, se pone el siguiente ejemplo:

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

El valor total del capital del pagaré No. **1260158821** es la suma de **CIENTO TRECE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA MIL CIENTO SETENTA Y SIETE PESOS (\$113.251.440.177)**, los intereses totales de este pagaré del 16 de enero de 2018 –fecha de vencimiento- al 15 de junio de 2018 –fecha del corte-, a la tasa máxima legal, ascienden a la suma de **DOCE MIL SEISCIENTOS VEINTISIETE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SETENTA PESOS (\$12.627.278.370,22)**.

DESDE	HASTA	IBC	INTERÉS MORA %	INTERÉS MORATORIO MENSUAL	INTERÉS DIARIO %	NUMERO DÍAS	INTERESES MORATORIOS
16-ene-18	31-ene-18	20,69%	31,035%	2,278%	0,074%	16	\$1.342.358.498,55
1-feb-18	28-feb-18	21,01%	31,515%	2,309%	0,075%	28	\$2.380.917.507,96
1-mar-18	31-mar-18	20,68%	31,020%	2,277%	0,074%	31	\$2.599.717.638,36
1-abr-18	30-abr-18	20,48%	30,720%	2,257%	0,073%	30	\$2.494.502.057,50
1-may-18	31-may-18	20,44%	30,660%	2,254%	0,073%	31	\$2.573.232.963,96
1-jun-18	15-jun-18	20,28%	30,420%	2,238%	0,073%	15	\$1.236.549.703,89
TOTAL							\$12.627.278.370,22

Ahora bien, si a este valor se les calcula el 17%, que corresponde al “porcentaje avalado” por **COMPARTIMIENTO A RUTA DEL SOL**, los intereses que hubiera tenido que pagar el mencionado deudor sería la suma de **DOS MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS VEINTIDÓS PESOS (\$2.146.637.322,9)** y, conforme a la certificación allegada, que obra como prueba dentro del proceso, **COMPARTIMIENTO A RUTA DEL SOL**, canceló por intereses del pagaré No. **1260158821**, la suma de **SETECIENTOS SESENTA MILLONES SETECIENTOS DIECISIETE MIL QUINIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$760.717.519,47)**. Tal y como se observa a continuación, así:

OBLIGACIÓN	FECHA ABONO	FECHA CORTE	CAPITAL PAGADO	INTERESES PAGADOS
1260158821	29/06/2018	15/06/2018	\$ 19,250,548,784.54	\$ 760,717,519.47
1260159171	29/06/2018	15/06/2018	\$ 1,348,797,634.78	\$ 53,299,986.53
1260159409	29/06/2018	15/06/2018	\$ 3,456,270,760.24	\$ 136,580,299.54
1260161539	29/06/2018	15/06/2018	\$ 3,709,233,448.96	\$ 146,576,541.79
1260162159	29/06/2018	15/06/2018	\$ 3,552,434,045.01	\$ 140,380,352.01
TOTAL			\$ 31,317,284,673.53	\$ 1,237,554,699.34

De allí que convenga preguntarse ¿no es evidente que existió un acuerdo de reducción de intereses que debería ser aplicable a **INFRACON** en el caso de que el Tribunal resolviera no encontrar probadas las excepciones alegadas?

Al respecto, el artículo 1699 del Código Civil, señala:

“ART. 1699. De cualquier modo que se haga la novación, quedan por ella extinguidos los intereses de la primera deuda, si no se expresa lo contrario.”

Adicionalmente, el artículo 1575 del Código Civil dispone que:

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTA D.C. - COLOMBIA

“Si el acreedor condona la deuda a cualquiera de los deudores solidarios, no podrá después ejercer la acción que se le concede por el artículo 1561, sino con rebaja de la cuota que correspondía al primero en la deuda.” (Resaltado fuera del texto).

En consecuencia, de la documentación que obra en el proceso se observan anotaciones como “*cambio de tasa*”, es posible determinar que, en efecto **BANCOLOMBIA** si realizó una rebaja de intereses, a pesar de lo cual pretende cobrarle por intereses moratorios a mi representada una y media vez el interés bancario corriente que es el máximo legal, pese a que al deudor solidario no le cobraron esa suma y a lo establecido en las normas legales mencionadas.

E. El escrito de alegatos de conclusión y el escrito de reparos concretos.

Respetuosamente solicito al Despacho tener por transcritos estos escritos, los cuales acompaño como parte integral de la sustentación del recurso.

IV. SOLICITUD.

De conformidad con lo expuesto, respetuosamente solicito al Tribunal:

REVOCAR en su integridad la sentencia de primera instancia y en consecuencia, declarar la prosperidad de todas y cada una de las excepciones propuestas por **INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S INFRACON-** y proceda a denegar las pretensiones de **BANCOLOMBIA S.A.**, imponer la sanción de la que trata el artículo 206 del Código General del Proceso y la consecuente condena en costas y perjuicios conforme a los montos que se encuentran acreditados dentro del litigio.

Señora Magistrada,



LUIS HERNANDO GALLO MEDINA
C.C. No. 3.226.936 de Bogotá
T.P. No. 21.479 del C. S. de la J.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

Señor

JUEZ QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C

E.

S.

D.

Ref.: Proceso Ejecutivo de **BANCOLOMBIA S.A** contra **INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S Y OTROS**

Rad. 2018-00337

LUIS HERNANDO GALLO MEDINA, en mi calidad de Apoderado Judicial de la sociedad **INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S.**, demandada dentro del proceso de la referencia, estando dentro del término legal, procedo a sustentar el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en la Audiencia celebrada el día 5 de abril de 2021, y concedido por providencia dictada en dicha audiencia, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por este Despacho, por medio de la cual se negó la prosperidad de las excepciones de mérito formuladas y se ordenó seguir adelante con la ejecución, y procedo a **FORMULAR LOS REPAROS CONCRETOS** a la mencionada providencia, así:

I. OBJETO DEL RECURSO.

El presente recurso de alzada tiene como objeto que el Tribunal Superior de Bogotá D.C.- Sala Civil, **REVOQUE** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito, la cual en su parte resolutive dispuso, lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la pasiva según lo considerado en la motivación de esta sentencia.

SEGUNDO: Ordenar seguir adelante con la ejecución conforme al mandamiento de pago, con la precisión que aquí se continúa respecto de **INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S.**

TERCERO: Practicar la liquidación del crédito de conformidad con lo establecido en el estatuto procedimental civil vigente, teniendo en cuenta que sólo se sigue la ejecución contra la atrás citada.

CUARTO: Disponer el avalúo de los bienes cautelados y secuestrados de **INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S.** para que con su producto se pague el crédito y las costas del juicio.

QUINTO: Condenar en costas a la demanda **INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S.**, teniendo en cuenta para tal fin, la suma de **DIEZ MILLONES (\$10.000.000)** por concepto de agencias en derecho.

SEXTO: En firme la liquidación de costas practicadas conforme a lo dispuesto en los artículos 8 y 12 del Acuerdo PSA-139984 del 5 de septiembre de 2013 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y el acuerdo PSS-J17-10678 del 26 de mayo de 2017, por Secretaría remítase la actuación

de marras a los juzgados de ejecución civil del circuito de Bogotá – reparto para lo de su cargo.

Esta decisión se notifica en estrados.”

Tal como se expondrá a continuación, la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito desconoce las normas concursales, los efectos del acuerdo de reorganización, la existencia del *animus novandi* y la consecuente extinción por novación de la obligación que pretende cobrar **BANCOLOMBIA S.A.**, así como la renuncia a la solidaridad que comporta la aceptación de la transferencia de los bienes de la demandada a la sociedad **CONALVIAS en liquidación judicial**.

II. REPAROS CONCRETOS A LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

A. Sobre la extinción de la obligación por novación y la renuncia a la solidaridad realizada por el Acreedor.

Al respecto, el Juzgado de Primera Instancia, sostuvo que dentro del proceso no se acreditó el “*animus novandi*”, así como tampoco que el acreedor hubiera renunciado a la solidaridad con la presentación de su crédito, el voto favorable al acuerdo de reorganización de **CONALVIAS** y la reforma de este, pese a que, con ellos, **BANCOLOMBIA** consintió que el otro deudor solidario, es decir **INFRACON S.A.S.** transfiriera sus activos a la primera para que esta asumiera sus pasivos.

En relación con dicha situación, en la sentencia del 5 de abril de 2021, el Despacho sostuvo lo siguiente:

*“En el sub lite evidencia el Despacho del cúmulo probatorio, que no se acreditaron de manera alguna los elementos que la ley exige para que se estructure esa particular forma de extinción de las obligaciones, nótese que ninguna pieza procesal permite vertir (sic) que la obligación que aquí se cobra hubiese sido sustituida por otra y tampoco se encuentra probada la intención de novar que exige el artículo 1693 del Código Civil, mírese que la norma señala que debe aparecer indudablemente la intención de novar, lo cual estima el despacho, no se advierte aquí con total certeza y nitidez, efectivamente la real academia de la lengua dice que “indudablemente” se refiere a “indudable” e indudable lo define que “no se puede poner en duda, evidente, cierto y claro” en este caso y si bien en las alegaciones el apoderado del demandado señala que la reforma del acuerdo de reorganización, al interior del proceso que se adelanta frente a **CONALVIAS** ahí se estableció que **INFRACON** cedía sus activos a **CONALVIAS**. En efecto, allí se mira el artículo 34 y hay una cesión de bienes por parte de **INFRACON S.A.S.**, señala de la siguiente forma:*

*“Teniendo en cuenta que parte de los flujos proyectados para el pago de las obligaciones del acuerdo, se encuentran sustentados con la venta de los activos que actualmente tiene la sociedad **INFRACON S.A.S** suscribe el presente acuerdo el representante legal en señal de aceptación y comprometiéndose a transferir los bienes que se relacionan en el anexo 17, dentro de los 30 días siguientes a la fecha que queda suscrita la fusión de la sociedad deudora”.*

Sin embargo, para este Despacho la realidad es que esa mera circunstancia no resulta suficiente para invocar, de una parte una novación explícita, expresa e

indudable de la obligación y menos aún una renuncia a la solidaridad, reiteremos, tiene que ser: indudable, cierto, claro, palpable que había intención de novar para lo cual el Despacho estima que, si se analiza ese mero artículo al que se refiere el mismo apoderado no resulta suficiente.” (Negrilla y subrayado propio)

Al respecto, desconoce el Despacho que la novación subjetiva puede darse bajo la modalidad de “*delegación perfecta*”, tal y como fue señalado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 20 de febrero de 2019, con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, así:

*“La segunda especie de novación subjetiva se ejecuta sustituyéndose un nuevo deudor por el antiguo con el consentimiento, esta sí del original. Se han distinguido en esta modalidad **la delegación perfecta** o novatoria y la imperfecta, no novativa.*

*i) La novatoria, en su aspecto pasivo se identifica como delegación perfecta, delegatio. **Se trata del acto jurídico en el cual intervienen tres sujetos: delegante, delegado y delegatario. En este caso, una persona denominada delegante o deudor primitivo, otorga un encargo, una orden o mandato, invitación o autorización a otra persona, llamada delegado, como nuevo deudor, para que acepte y ejecute la prestación debida por cuenta del delegante, en favor de un tercero, conocido, como delegatario o acreedor. Una vez aceptada la delegación por el acreedor o delegatorio, el deudor original o delegante queda liberado prestacionalmente y extinguida la primera obligación, surgiendo una nueva, en su lugar, que conserva el acreedor inicial, pero a cargo del delegado, nuevo obligado.** Requiere entonces, triple consentimiento de los deudores antiguo y nuevo, como del acreedor, para liberar al primitivo deudor.*

***En esta novación subjetiva hay cambio del deudor primitivo, por uno nuevo, quien actúa por consenso y consentimiento del acreedor también, de tal manera que la delegación es “perfecta” si el deudor queda liberado y sustituido por el nuevo extremo pasivo** (el delegante se libera y queda obligado el delegado), con la aceptación expresa del acreedor; extinguiéndose la primera obligación y surgiendo una nueva con el tercero, el cual, es el nuevo deudor o delegado (...)” (Subrayado y negrilla fuera de texto original).*

Al respecto, es preciso señalar que la Reforma al Acuerdo de Reorganización de la sociedad **CONALVIAS**, el cual, fue votado favorablemente por **BANCOLOMBIA**, si bien contenía una reserva expresa de solidaridad y de novación de cara a las obligaciones de la EMPRESA (Conalvias Construcciones, Conalvias Equipos y Fincon) lo cierto, es que, en relación con **INFRACON**, tenía una estipulación de carácter *especial* contenida en el artículo 34 del mencionado documento, así:

“ARTÍCULO 34.- CESIÓN DE BIENES POR PARTE DE INFRACON SAS. Teniendo en cuenta que parte de los flujos proyectados para el pago de las obligaciones del Acuerdo, se encuentran sustentados con la venta o producido de los activos que actualmente tiene la sociedad INFRACON SAS,

suscribe el presente Acuerdo el representante legal de la sociedad, en señal de aceptación y comprometiéndose a transferir los bienes que se relacionan en el anexo No. 17, dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que quede inscrita la fusión de las sociedades deudoras.” (subrayado fuera del texto).

De la precitada cláusula, es preciso señalar lo siguiente:

- i) **INFRACON** le entregó a **CONALVIAS** sus bienes, para que con ellos se pagaran las obligaciones del acuerdo.
- ii) Dentro de las obligaciones del Acuerdo de Reorganización se encontraba relacionada e incluida, la totalidad de los avales otorgados por **CONALVIAS CONTRUCCIONES** e **INFRACON**, a los pagarés base de ejecución.
- iii) Con el voto positivo de **BANCOLOMBIA** al acuerdo y su posterior reforma, este acreedor – delegatario aceptó que la sociedad **CONALVIAS** asumiera de manera exclusiva el aval que otrora habían otorgado **INFRACON** y **CONALVIAS**.
- iv) El voto favorable a un acuerdo de reorganización que incluía dentro de sus cláusulas que **INFRACON** cediera sus bienes a una sociedad concursada, es la expresión clara, expresa y sin lugar a duda, de que el delegatario aceptaba la delegación realizada por **INFRACON** a **CONALVIAS** para el pago de la obligación.

El *aquo* sostiene en su providencia que dentro de los documentos no obra una expresión que, sin lugar a duda, permita concluir que el acreedor ha renunciado a la solidaridad y que su voluntad ha sido la de novar la obligación. Tal afirmación carece de fundamento legal y fáctico, dado que:

- Conforme al artículo 1693 del Código Civil, la manifestación de la voluntad de las partes de novar, puede ser expresa o tácita, siempre que en esta última *“aparezca indudablemente que su intención ha sido novar”*.
- Conforme a las consideraciones del a-quo, la “indudable” intención de novar, solo se podría acreditar mediante la manifestación expresa del acreedor, escrita o verbal, olvidándose que conforme a la propia norma, cuando consagra que para que haya novación es necesario que lo declaren *“... las partes, **O** que aparezca indudable que su intención ha sido novar...”* (destacado fuera del texto). Precisamente la utilización de la disyuntiva **O**, lo que implica es que no solo se demuestra la novación de la obligación con la prueba escrita que la consagre, sino también, **por cualquier otro mecanismo o conjunto de pruebas que permitan deducir “indudablemente” tal intención.**
- Contrario a lo argumentado por el juez de primera instancia, dentro del proceso aparecen plenamente demostrados varios hechos, y hasta la confesión del propio demandante, que demuestran que las partes tuvieron la intención de novar la obligación que inicialmente tenía **INFRACON** como avalista, tales como:

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

- a) Que **BANCOLOMBIA** participó como acreedor dentro del proceso de Reorganización de **CONALVIAS**.
- b) Que **BANCOLOMBIA** reclamó dentro de ese proceso la totalidad del valor del aval que tenían a su cargo **INFRACON Y CONALVIAS**.
- c) Que **CONALVIAS** asumió el pago total de la deuda que le correspondía a **INFRACON** y a ella, con el consentimiento de su acreedor.
- d) Que dentro del Acuerdo de Reorganización quedó estipulado que **INFRACON** transferiría la totalidad de sus activos a **CONALVIAS**, quien asumiría el pago de la deuda con **BANCOLOMBIA**.
- e) Que el ejecutante votó favorablemente el Acuerdo.
- f) Que el ejecutante ha aceptado pagos del deudor principal y del garante principal, con rebaja en la tasa de interés moratorio que les cobraría, tasa que debería aplicarse igualmente al ejecutado, conforme a las normas legales.
- g) Que dentro de la liquidación de **CONALVIAS**, el mismo banco se ha presentado a cobrar la totalidad de la deuda que ejecuta en este proceso, lo mismo que dentro del proceso de Reorganización de **YUMA**, de manera que no puede pretender un doble pago de la misma obligación, máxime cuando la que se reclama en este proceso se ha extinguido por novación o ha dejado de ser exigible a mi representada porque **CONALVIAS** la asumió en su nombre.
- h) Que ocurrió una novación de la obligación que tenía **INFRACON**; que, por lo tanto, el único deudor de dicha deuda es **CONALVIAS**; que no puede cobrar a la demandada el valor de los pagares que ejecuta, por haber desaparecido legalmente su obligación como avalista.
- i) Que dentro del proceso obra copia de toda la actuación desarrollada dentro del proceso de Reorganización de **CONALVIAS**, que acreditan todo lo afirmado anteriormente, así como el valor de la obligación del aval, que quedó incluida dentro de los pasivos de **CONALVIAS**.
- j) Finalmente, la propia confesión del demandante, que reconoció su participación y actuación dentro del proceso de Reorganización de **CONALVIAS**.

La mejor prueba de ello, es que el banco votó favorablemente un Acuerdo de Reorganización, en el que se pactó que **INFRACON** transferiría la totalidad de sus activos a **CONALVIAS**, lo que demuestra que el acreedor aceptó que en adelante, la obligación solidaria del aval de **INFRACON**, la asumiría exclusivamente **CONALVIAS**, pues no de otra manera se puede entender que un acreedor pretenda mantener viva la obligación de un deudor que se insolventa con el consentimiento de su propio acreedor.

Conforme lo expuesto, hay que concluir que el primer argumento para negar la excepción, carece de fundamento pues no se ajusta al precepto legal y solo constituye una indebida interpretación o aplicación de la norma mencionada.

De esta manera, es claro que en el caso en concreto, conforme a los artículos 1690 y 1693 del Código Civil, en el acuerdo de reorganización, quedó expresa la orden del delegante – **INFRACON** a su delegado **CONALVIAS**, para que con sus bienes asumiera y pagara los avales otorgados de manera solidaria por ambos y la aceptación de dicha situación del delegatario- **BANCOLOMBIA** con su voto favorable al acuerdo que contenía dicha disposición, téngase en cuenta que, en la audiencia de confirmación de la reforma del acuerdo, el acreedor no formuló reparo alguno, se expresó su voluntad de novar la obligación.

B. Asunción de la deuda de INFRACON por parte de CONALVIAS con el acuerdo de reorganización.

Ahora bien, si se estima por el Tribunal que no se produjo la novación invocada, es preciso señalar que, tal y como se manifestó en los alegatos de conclusión presentados por el suscrito ante la Juez de Primera Instancia, es preciso retomar que el cobro del Banco también puede tornarse improcedente porque otro – **CONALVIAS**- asumió la obligación de **INFRACON**, situación que no comporta la novación, pero que tiene como consecuencia que mi representada haya sido sustituida por **CONALVIAS** y, en consecuencia, aquella no tenga la calidad de deudora.

Al respecto, conviene retomar la precitada sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia¹, la cual señala:

*“No hubo cesión o asunción de deuda, cual se denuncia. **Si el ánimo de los contrayentes no va dirigido a la extinción de la obligación sino al remplazo de la persona de deudor, se produce lo que doctrinariamente se conoce como una cesión o asunción de deuda del responsable inicial al sustituto, permitida por la ley en franca proyección del principio de la autonomía privada.**”*

*En el Código Civil se regulan **casos de canje del deudor sin novación del débito**, por ejemplo, los contemplados en los preceptos 851, 855, 2020 y 2023; en todos ellos, el legislador establece genuinas transferencias de deudas entre vivos, a título singular, la cuestión, igualmente puede operar en la cesión de posición contractual.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

De la anterior cita, es preciso señalar que:

- i) Para que opere la “asunción de deuda del responsable inicial al sustituto” no se requiere el ánimo de extinguir la obligación inicial, “ánimo” que echa de menos el *aquo*.
- ii) Lo que se requiere, es la aceptación del Banco, aceptación que se ve expresada de manera inequívoca y clara, con el voto favorable al acuerdo. Téngase en cuenta que, la necesidad de la aceptación del cambio del

¹Corte Suprema de Justicia, sentencia de 20 de febrero de 2019, Magistrada Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. SC5569-2019

deudor por parte del acreedor tiene lugar en las condiciones de solvencia, reputación y confianza del deudor inicial, así lo sostuvo la Corte en sentencia del 24 de julio de 2015:

*“(...) muy seguramente, la persona del solvens, su capacidad económica, reputación, en fin, se habrían erigido en factores de confianza y de garantía al momento de otorgarse el crédito, **por lo tanto, como esas condiciones bien pueden no concurrir en el deudor reemplazante, es natural entender que el consentimiento del accipiens se hace necesario**”*
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así las cosas, si **INFRACON** transfería sus bienes a **CONALVIAS** ¿qué condiciones de solvencia podía tener para poder asumir el pago de la obligación? ¿por qué un acreedor consentiría la insolvencia de su deudor? La respuesta a estas cuestiones, no es otra que concluir que el artículo 34 del Acuerdo de Reorganización entraña una asunción de deuda de **CONALVIAS** en favor de **INFRACON**, la cual fue consentida por **BANCOLOMBIA** con su voto favorable.

De modo que, de haberse producido la mencionada *asunción*, en nada influye las estipulaciones 29.9 y 29.10, sobre las que edificó su fallo la Juez de Primera Instancia pues, claro es que, en lo relacionado con **INFRACON**, el Banco consintió que **CONALVIAS** asumiera sus deudas y en consecuencias se sometió a que su crédito fuera pagado exclusivamente por la sociedad concursada bajo las normas de insolvencia.

C. Falta de Aplicación del Artículo 1693 del Código Civil

Dispone el inciso segundo del mencionado artículo que:

*“Si no aparece la intención de novar, **se mirarán las dos obligaciones como coexistentes**, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior **no se opusiere a ella**, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera.”* (Resaltado fuera del texto).

De la norma transcrita, resulta:

- Que si fuera cierto que dentro del presente proceso las pruebas no demuestran claramente la intención de novar, entonces **“se mirarán las dos obligaciones como coexistentes”** lo que implica que, en el peor de los casos, coexisten tanto la deuda originada por el aval como la deuda originada por el Acuerdo de Reorganización.
- Dicha situación no sería posible, pues sería tanto como permitir el pago doble de la misma deuda, situación que no se acompaña con el ordenamiento jurídico. La norma mencionada dispone que *“valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior **no se opusiere a ella**”*, para lo cual es necesario interpretar que quiere decir la ley con “oponerse” a ella.
- Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “opusiere” proviene del verbo “oponerse” que significa: *“Poner algo contra otra cosa para entorpecer o impedir su efecto” “Dicho de una cosa: Ser contraria o repugnante a otra”*.

- Así las cosas, habría que analizar en qué aspectos se puede considerar que la obligación de pagar una suma de dinero, derivada del aval de un pagaré, se opone a la obligación de pagar la parte que le correspondería asumir a **INFRACON** y la que tendría que asumir **CONALVIAS**, contenida en un Acuerdo de Reorganización.

Aun cuando en principio se podría sostener que se trata de la misma obligación, resulta que existen elementos diferenciadores que hacen que las obligaciones en cuestión se opongan entre sí, como lo son:

- a) Que la obligación original es solidaria mientras que la obligación contenida en el Acuerdo de Reorganización es pura y simple y exclusivamente a cargo de **CONALVIAS**.
- b) Que el título en el que consta la obligación avalada es un pagaré, mientras que el título para cobrar la segunda obligación es el Acuerdo de Reorganización.

En este punto, es fundamental entender que el Acuerdo de Reorganización, conforme lo consagra el artículo 34 de la ley 1116 de 2006, tiene como naturaleza jurídica la de ser una convención privada entre el deudor y sus acreedores, para reconocer y pagar la totalidad de sus obligaciones, de conformidad con las condiciones que apruebe la mayoría de los acreedores y los socios o accionistas de la sociedad deudora.

Sobre el particular, y en relación con los denominados “*acuerdos de reestructuración*” previsto en la Ley 550 de 1990 y los cuales son el equivalente a los hoy denominados “*acuerdos de reorganización*” de la Ley 1116 de 2006, el tratadista Juan José Rodríguez Espitia², sostiene que la naturaleza de aquellos se ubica en las teorías contractuales, considerando que:

*“Después de examinadas las anteriores teorías y de analizar la ley 550 de 1999, podemos concluir **que la naturaleza jurídica del acuerdo de reestructuración se puede ubicar dentro de las teorías contractuales; en razón a que se requiere de la manifestación expresa de la voluntad de las partes que van a celebrar el acuerdo. Dichos acuerdos son una clara expresión de los principios de consensualismo y autonomía de la voluntad, que rigen los contratos entre particulares, por cuanto la votación de los mismos se realiza entre los acreedores internos y externos, quienes en últimas son los que determinan si se lleva a cabo o no, el acuerdo de reestructuración.***”

² RODRÍGUEZ, Espitia Juan José. Los principios rectores de la Ley 550 de 1999. Revista e-MERCATORIA. Volumen 3. Número 2 (2004) Universidad Externado de Colombia.

*Otra clara muestra del carácter contractual de estos convenios, es su concordancia con la definición que hace el Código de Comercio sobre la noción de contrato en su artículo 864, al determinar que “el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial (...); **esta definición de contrato se refiere a relaciones jurídicas patrimoniales que pueden ser preexistentes, como es el caso de los acuerdos de reestructuración. Igualmente, nos revela el carácter contractual de la figura, la exigencia de ciertas formalidades para la celebración de dichos acuerdos, Vgr. constar por escrito y su reconocimiento ante notario público por cada suscriptor; lo cual nos lleva a concluir que se trata de un verdadero acuerdo o contrato solemne.***

*Aún cuando estos acuerdos permiten un amplio margen dentro del cual las partes pueden actuar libremente; **esta libertad no es completa, por cuanto se tratan de acuerdos reglados en el sentido de que se le impone a las partes un mínimo de contenido, dado que es un tema de gran importancia en materia económica y por lo tanto de interés general que requiera por consiguiente de la intervención del Estado; no obstante lo anterior, ello no significa que las partes no tengan libertad para negociar y establecer las cláusulas que crean convenientes para el mejor desarrollo de la empresa. Así las cosas, estos acuerdos tienen validez y obligan a las partes por sí mismas, y no requieren de la homologación o aprobación por parte del juez, como si lo requeriría si se tratara de un sistema procesal.***

Finalmente, podemos ver que se trata de un verdadero y auténtico acuerdo de voluntades que crea, modifica o extingue obligaciones, es decir, produce efectos jurídicos, los cuales para verificarse no requiere de la intervención de un juez; en razón a que al igual que en los contratos las partes gozan de la posibilidad de dar por extinguidas sus obligaciones a través de la transacción, desde el momento mismo en que se lleva a cabo la negociación; en donde los acreedores pueden ceder en sus pretensiones al no exigir la satisfacción inmediata de sus acreencias, sino que se establecen fórmulas para facilitarle al deudor salga de su crisis. (Resaltado y negrilla fuera de texto original)

- c) La nueva obligación contenida en el Acuerdo a cargo de **CONALVIAS**, comprende la totalidad de la deuda que tenían solidariamente con **INFRACON** pero que ahora quedó exclusivamente en cabeza de aquella.
- d) Que la nueva obligación surgida del acuerdo, tiene solo un deudor que es **CONALVIAS**, mientras la anterior tenía dos deudores obligados solidariamente.
- e) Que **INFRACON** transfirió la totalidad de sus bienes a **CONALVIAS** para que esta asumiera el pago de cualquier obligación que tuviera aquella, dado que carecía de operación económica que pudiera generar recursos para pagar sus deudas, mientras que **CONALVIAS** por la actividad que

desempeñaba, era la única que tenía la posibilidad económica de pagar todas las obligaciones del grupo.

- Sobre qué se debe entender por oponerse las obligaciones, podemos hacer referencia a lo expuesto en el Tribunal de Arbitramento de Daniel J. Fernández & Cía. Ltda. Vs Fiberglass Colombia S.A. en el que expreso que:

*“Ahora bien, ¿de qué naturaleza debe ser la diferencia que exista entre ambas obligaciones? **¿Cuáles son los elementos que deben variar en la obligación para que esta variación produzca novación?** Oigamos de nuevo la autorizada voz del maestro de la Universidad de Chile: “En toda obligación, como en todo acto jurídico, hay elementos esenciales y elementos accidentales o secundarios. Los elementos esenciales son+aquellos sin los cuales no se concibe, jurídicamente, el acto de que se trata, aquellos sin los cuales no se puede concebir el acto denominado novación. Los elementos accidentales o secundarios son aquellos que pueden faltar en la obligación sin que por eso se modifique su naturaleza o se altere su esencia. Y mientras la omisión de los elementos esenciales acarrea la inexistencia misma de la obligación la omisión o transformación de los elementos secundarios o accidentales, si bien pueden acarrear una modificación de detalle en la obligación, no alteran su substancia y su naturaleza, ni obstan tampoco a la existencia de la misma. Hecha esta explicación, aparecen de manifiesto cuáles son los elementos que en la obligación deben variar para que pueda haber novación. Si la novación consiste en la sustitución de una obligación por otra; si la nueva obligación nace como consecuencia de la extinción de la primera, y si no se produce extinción de una obligación sino por la ausencia o transformación de sus elementos esenciales, **se comprende fácilmente que solo cabe hablar de novación cuando en la obligación se modifican o transforman los elementos constitutivos o esenciales de ella. Si en la obligación varían sus elementos accesorios o secundarios, si son solamente modificaciones que no dicen relación con la estructura íntima de la obligación, no hay modificación substancial de ella, sino modificaciones de detalle que no alteran el fondo de la obligación, y en consecuencia, no operan la novación:***

*¿Cuáles son los elementos esenciales en la obligación que deben cambiarse o modificarse para que su cambio importe en ella novación? **El artículo 1631 los señala cuando nos dice cuáles son los modos como puede efectuarse la novación; y esos elementos esenciales cuya alteración o modificación acarrea novación: son la persona del acreedor, la persona del deudor y la materia sobre que recae la obligación. Si cualquiera de estos elementos varía en la obligación en los casos y con los requisitos que señala el artículo 1631, se opera una alteración fundamental en la obligación, y, en consecuencia, se opera una novación. La novación según esto, puede ser objetiva y subjetiva. Es objetiva cuando se produce por alteración de la materia de la obligación, cuando el elemento que en la obligación se transforma, es el objeto sobre que recae; en cambio, la novación es subjetiva cuando se produce por la transformación de los sujetos que en ella intervienen, como en el caso del cambio del acreedor o del cambio del deudor”**(6) . La misma tesis expuesta por Alessandri se encuentra confirmada por la*

doctrina nacional: “la novación se produce cuando se cambia uno de los elementos estructurales de la obligación primitiva, acreedor o deudor u objeto, y también siguiendo la tradición romana cuando, se modifica el título o causa generandi de la obligación”(7) : “Todos aquellos cambios que no han tenido la virtud de transformar la obligación primitiva en otra, no constituyen novación”(8) .

*Al cotejar las anteriores posiciones doctrinales con el caso presente debemos afirmar que el análisis de los diferentes contratos que regularon la relación comercial entre Daniel J. Fernández y Cía. Ltda. y Fiberglass S.A. indica claramente que el objeto, naturaleza y modalidades contractuales fueron esencialmente las mismas durante todo el curso y desarrollo de su vínculo comercial. **En efecto, no puede pregonarse que entre dichos contratantes hubiere existido un cambio de deudor o acreedor, un cambio de objeto, un cambio de causa entendida esta última como la fuente de la obligación, o un cambio sustancial en las modalidades del vínculo contractual. En otras palabras, nada salvo cuestiones accidentales o accesorias fue modificado con ocasión del pacto novatorio.**” (Resaltado fuera del texto).*

- De otra parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 31 de mayo de 1940³, sostuvo que:

*“Finalmente, la doctrina de los expositores franceses contemporáneos sostiene la transferencia de las deudas, del factor pasivo de las obligaciones, sin que se requiera una novación, pues aseveran que así como la simple **mutatio creditoris** no entraña novación por sí sola, lo cual se verifica en la cesión de créditos, la simple **mutatio debitoris** debe seguir lógicamente la misma regla. El código colombiano, como el código francés, guardan silencio sobre el particular, pero apuntan aquellos doctrinantes que no sería difícil llegar por jurisprudencia a ese resultado, máxime si se considera que un tercero puede pagar por el deudor aun sin el consentimiento de éste.”.*

Por lo expuesto, es claro que la novación de la obligación, respecto de **INRACON**, operó legalmente y que en el peor de los casos, si no fuera así, conforme al artículo 1963 antes citado, coexistirían ambas obligaciones pero no es ejecutable la primera, o se la que en este proceso se cobra, por ministerio de la ley

D. La Solidaridad de los Títulos Valores.

Otra de las consideraciones equivocadas que contiene el fallo impugnado, es la siguiente:

*“En virtud de lo anterior, no resulta entonces dable que, el extremo demandado argumente que las sumas ejecutadas no le son exigibles con ocasión del proceso de reorganización que ha cursado ante la Superintendencia de Sociedades respecto de la demandada **CONALVIAS** y del proyecto de graduación de*

³ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 31 de mayo de 1940, Magistrada Ponente: Liborio Escallón.

*créditos allí presentado o acuerdo de reorganización alguno que fuese votado o presentado, toda vez que, **no se ha acreditado que el pago pretendido se hubiese realizado, de manera que a la demandante le asiste la facultad de iniciar o continuar las acciones pertinentes frente a cada uno de los obligados y los bienes de que cada uno sea titular**, y en caso de que, las obligaciones se satisfagan a través del aludido acuerdo de reorganización, los efectos se extenderán a la presente acción y viceversa, si fuese el pago en este caso, por lo que el medio exceptivo no está llamado a prosperar, máxime cuando la ley 116 de 2006 en su artículo 70, prevé: (...)*” (resaltado fuera del texto).

Lo primero que se advierte es la sentencia, al haber desestimado la existencia de la novación o de la asunción o sustitución de deuda o de deudor, o de la coexistencia de obligaciones, simplemente se limita a considerar que como el título ejecutivo es un título valor, en consecuencia, en virtud de la solidaridad, es procedente la ejecución del mismo.

Nadie ha discutido la solidaridad de las obligaciones mercantiles o del aval. Lo que se ha alegado es que en virtud de que se produjo la novación o sustitución de deudor, ha desaparecido legalmente la obligación contenida en el aval que otorgó y, por lo tanto, no es procedente la ejecución de una obligación inexistente.

Para una mayor comprensión, me remito a lo expuesto en el alegato de conclusión y a lo expresado en el resumen escrito de los mismos que presenté al despacho, los cuales doy por transcritos.

E. En cuanto al Alcance del Artículo 70 de la ley 1116 de 2006.-

El citado artículo dispone que:

“En los procesos de ejecución en que sean demandados el deudor y los garantes o deudores solidarios, o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación, el juez de la ejecución, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación que le informe del inicio del proceso de insolvencia, mediante auto pondrá tal circunstancia en conocimiento del demandante, a fin que en el término de su ejecutoria, manifieste si prescinde de cobrar su crédito al garante o deudor solidario. Si guarda silencio, continuará la ejecución contra los garantes o deudores solidarios.”

Sobre la interpretación y alcance de dicho aparte del artículo, como fundamento de su decisión, sostuvo que:

*“Aquí continúa la norma pero lo que interesa aquí, es el aparte que señala la viabilidad de continuar la ejecución respecto de los deudores solidarios, no obstante del inicio del proceso de reorganización frente a otros de los deudores. Frente a ese panorama, la reorganización o liquidación de las demás entidades, tanto obligada principal como avalistas e incluso que la parte demandante se haya hecho parte dentro de esos procesos como aquí ocurrió, incluso en el interrogatorio de parte el representante legal de Bancolombia, admitió haberse hecho parte dentro de los procesos de reorganización, además de dar cuenta de ello las documentales que reposan en el protocolo y los CD(s) allegados, **ninguna incidencia tiene en el asunto para deprecar o concluir una novación o inexistencia de la obligación a cargo de la aquí demandada,***

máxime cuando no se advierte manifestación alguna, expresa, clara o indudable como atrás se dijo de novación de las obligaciones o en su defecto de renuncia de la solidaridad respectiva.

*Para este Despacho, una interpretación en otros términos, es decir que, no es viable continuar la ejecución no obstante la reorganización de uno de los obligados solidarios frente a los demás solidarios, **no solo iría en contravía del artículo 70 de la Ley 116 de 2006, sino además incluso en contravía del principio de solidaridad establecido en leyes y normas de orden público y de los ejercicios propios de esa figura.***” (resaltado por el suscrito).

Las anteriores consideraciones, resultan no solo ser desacertadas sino carentes de fundamento legal, pues constituyen una apreciación subjetiva, que se aparta del contenido de las normas legales, como paso a demostrar:

1. Lo primero que hay que entender es la diferencia entre un “proceso” de Reorganización y el “Acuerdo” de Reorganización.

El “Proceso de Reorganización”, conforme a los artículos 1, 9 y 10 de la ley 1116, es un proceso judicial que *“comienza el día de expedición del auto de iniciación del proceso por parte del juez del concurso”* (art. 18 ibídem) y termina con la providencia que dicte el juez del concurso confirmando el Acuerdo que hayan votado los acreedores y el deudor, o con la providencia que ordene el trámite del Acuerdo de adjudicación por no haberse llegado a un Acuerdo dentro de los términos que establece la ley, esto último modificado por los decretos de emergencia económica.

Celebrado el Acuerdo, esto es aprobado por los acreedores con la mayoría requerida, termina el proceso y empieza la etapa de cumplimiento del Acuerdo de Reorganización, que como se dijo anteriormente, es una convención privada que obliga a todos los acreedores, aún a los disidentes.

En este orden de ideas, el juez de primera instancia se equivoca al considerar que la confirmación del Acuerdo de Reorganización por parte del juez del concurso ***“ninguna incidencia tiene en el asunto para deprecar o concluir una novación o inexistencia de la obligación a cargo de la aquí demandada”***, pues, una cosa es que el juez considere que no hay novación por falta de los requisitos de la novación o sustitución, que supone que no han existido, a pesar de que como se indicó en puntos anteriores, sí se presentan los elementos para acreditar su existencia, y otra muy diferente es que, habiéndose asumido la totalidad de la deuda proveniente del aval por parte de **CONALVIAS**, con la celebración del Acuerdo se haya extinguido la obligación de **INFRACON** como avalista.

2. No se está desconociendo el principio de solidaridad de los títulos valores. Cosa distinta es que el alcance del artículo 70 de la ley 1116, opera mientras cursa el “Proceso de Reorganización”, pues una vez confirmado el Acuerdo, en virtud de que la deuda reclamada queda toda contenida en el acuerdo, y los acreedores, tanto los que votan favorablemente aceptando el Acuerdo como los disidentes, quedan, **por ministerio de la ley**, sujetos a los términos del Acuerdo y a la forma de pago de las obligaciones, según se haya pagado.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

Lo anterior implica, que una vez el acreedor vote favorablemente el Acuerdo y se confirme, como ocurre en el presente caso, ha aceptado que el deudor reorganizado asuma exclusivamente el pago de las deudas reconocidas y graduadas, **a menos que conforme a los artículos 1570 y 1704 del Código Civil, el deudor solidario (INFRACON) haya accedido o aceptado seguir obligado con la nueva obligación, lo que no ha pasado en el presente caso.**

3. Sobra decir que si bien el mencionado artículo 70 autoriza al acreedor a continuar los procesos ejecutivos en contra de los deudores solidarios mientras se tramita el proceso de Reorganización, si el acreedor no quiere quedar vinculado a dicho Acuerdo y quedar liberado para continuar cobrando la deuda contra los demás codeudores, tiene que hacer una manifestación expresa ante el juez concursal de que se abstiene de seguir cobrando la deuda frente al deudor en proceso de insolvencia, pues de no hacerlo, al momento de que se confirme el acuerdo, quedará vinculado a este por ministerio de la ley.
4. Finalmente, me remito al ejemplo que expuse en el alegato de conclusión, para evidenciar que, si un acreedor adelanta un proceso ejecutivo en contra de un deudor solidario y hace un acuerdo de pago con el otro codeudor por la totalidad de la deuda, necesariamente el deudor del proceso ejecutivo queda liberado de su obligación y el proceso ejecutivo debe terminarse.

F. Las otras Excepciones.

Dado que las otras excepciones están relacionadas con el reconocimiento de la novación o sustitución de deuda, me remito a los argumentos contenidos en el escrito de resumen de los alegatos que presente, que respetuosamente solicito se tenga en cuenta como parte de los argumentos para sustentar el recurso de apelación y que doy por transcritos aquí.

III. SOLICITUD

De conformidad con los reparos concretos formulados en contra de la sentencia de primera instancia, respetuosamente solicito al Tribunal que **REVOQUE** en su integridad la sentencia de primera instancia, declare la prosperidad de todas y cada una de las excepciones propuestas por **INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S INFRACON-** y, en consecuencia, deniegue las pretensiones de **BANCOLOMBIA S.A.**, imponga la sanción de la que trata el artículo 206 del Código General del Proceso y la consecuente condena en costas y perjuicios conforme a los montos que se encuentran acreditados dentro del litigio.

Señor Juez,



LUIS HERNANDO GALLO MEDINA
C.C. No 3.226.936 de Bogotá
T.P. No. 21.479 del C. S. de la J.

Señor

JUEZ QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C

E.

S.

D.

Ref.: Proceso Ejecutivo de **BANCOLOMBIA S.A** contra **INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S Y OTROS**

Rad. 2018-00337

LUIS HERNANDO GALLO MEDINA, en mi calidad de Apoderado Judicial de la sociedad **INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S**, dentro del asunto citado en la referencia, estando dentro de la oportunidad legal, respetuosamente presento un resumen de los **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN** que presentaré verbalmente en la audiencia a celebrarse el 5 de abril próximo, así:

I. LA DEMANDA:

1. **BANCOLOMBIA S.A** (en adelante **BANCOLOMBIA**) presentó demanda ejecutiva en contra de **YUMA CONCESIONARIA, INFRACON** y **ALIANZA FIDUCIARIA S.A** en su calidad de administradora del **FONDO DE CAPITAL PRIVADO RUTA DEL SOL-COMPARTIMIENTO A**, con el fin de obtener el pago de los pagarés No. 1260158821, 1260159171, 1260159409, 1260161539 y 1260162159.
2. Con relación a **INFRACON**, solicitó que el mandamiento de pago se librara hasta por el 34,67% del valor total adeudado.

II. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

En escrito de contestación de la demanda, presentado por el suscrito el día 25 de julio de 2019, se formularon las siguientes excepciones de mérito, así:

- i. Extinción de la obligación por novación
- ii. El aval otorgado recae sobre el saldo del capital
- iii. Reducción de los intereses de mora

III. SUSTENTO FÁCTICO Y JURÍDICO DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO FORMULADAS

Atendiendo que las excepciones de mérito son hechos nuevos traídos al proceso por el demandado que buscan enervar parcial o totalmente las pretensiones del demandante, conviene llamar la atención en este litigio, sobre estos aspectos

particulares, así: **i)** la naturaleza de la garantía de primer requerimiento **ii)** la forma en la que fue pactado el aval que se pretende cobrar y **iii)** la extinción de la obligación que se demanda; **iv)** pago efectivo de la obligación y **v)** límite del aval y cobro de lo no debido

i) La naturaleza de la garantía de primer requerimiento

Tal como se menciona en la demanda, los pagarés báculo de esta ejecución fueron suscritos con ocasión de un crédito sindicado otorgado a **YUMA CONCESIONARIA**. Dicho crédito contaba con dos tipos de garantías a saber, una de primer requerimiento y deudores solidarios –avalistas–.

En relación con la garantía de primer requerimiento prestada por **SALINI IMPREGILO** y pactada a favor de las entidades bancarias, entre ellas **BANCOLOMBIA**, en un porcentaje del **48,33%** resulta esencial llamar la atención en la diferencia de naturaleza que existe entre esta y la de los avales prestados por **CONALVIAS** e **INFRACON** y **Compartimento A Ruta del Sol** en su calidad de deudores solidarios de **YUMA CONCESIONARIA**.

Es menester recordar que las garantías a primer requerimiento surgieron como respuesta a las dificultades que se originaban en los negocios transnacionales, de allí que, los comerciantes se vieran en la necesidad de encontrar una figura que:

- i) Garantizara las obligaciones con independencia del negocio causal y;
- ii) Que la soportara un tercero con considerable suficiencia económica, capaz de respaldar a ciencia cierta el pago efectivo de la obligación cuando el deudor incumpliera.

De allí que los terceros llamados a realizar dicho respaldo fueran las entidades financieras, y por ello, la mencionada figura también adoptó el nombre de garantía bancaria a primer requerimiento y por su independencia del negocio causal fue denominada garantía autónoma abstracta, independiente, contractual, a primera demanda, internacional, incondicional, entre otras¹.

Así las cosas, la denominada garantía a primer requerimiento ha sido definida por la doctrina, en los siguientes términos:

*“(...) es el contrato por medio del cual un banco (garante), **a partir de la solicitud efectuada por un ordenante, se compromete IRREVOCABLEMENTE a pagar una suma de dinero** previamente establecida a un tercero (beneficiario) ante la simple solicitud que este haga al tiempo que adjunte ciertos documentos mínimos y previamente determinados en los cuales se certifica el incumplimiento de la obligación u obligaciones que*

¹LEÓN, César Evaristo. “Aplicabilidad de las garantías bancarias a primer requerimiento en el ordenamiento jurídico colombiano” artículo disponible en Revista de Derecho Privado No. 10 de 2006. Universidad Externado de Colombia.

*surgen de un contrato-base celebrado entre éste y el ordenante. **Ante la solicitud del beneficiario el garante no puede oponer las excepciones que surjan de la relación contractual de base, y únicamente podría justificarse el no pago de la garantía por la existencia de un fraude manifiesto en la solicitud del beneficiario***” (Subrayado y negrilla fuera de texto original)²

Una definición más simple realiza la profesora de la Universidad de Granada Selina Serrano, en su artículo “*La garantía a primera demanda*”, en el que sostiene que se trata de una forma atípica de garantía cuya característica principal es la facultad del beneficiario de exigir su ejecución en el momento que lo desee.

En relación con su naturaleza jurídica y conforme a las citas realizadas, podemos concluir que:

- i) Se trata de un contrato cuyos sujetos son *el garante*, quien es el encargado de hacer el desembolso del dinero cuando el beneficiario lo reclame, este puede ser un banco, una aseguradora, o cualquier otra entidad; *el principal*, que es quien ordena la garantía y *un beneficiario*, quien reclamará el desembolso del dinero ante el incumplimiento del principal.
- ii) En virtud de este contrato, el garante se obliga a responder hasta un importe máximo.
- iii) Es una obligación independiente de la obligación garantizada.
- iv) El garante no puede oponerse al pago una vez se lo requiera el beneficiario, salvo que alegue que se presentó un fraude.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico colombiano la figura de garantía a primer requerimiento, se encuentra regulada respecto a los Bancos, de acuerdo con lo previsto en numeral 1° del artículo 7° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el cual se autoriza a estos a “*otorgar avales y garantías, con sujeción a los límites y prohibiciones que establezcan la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional, cada uno dentro de su competencia*”.

A su turno, el artículo 1° del Decreto 1516 de 1998, dispone:

“Artículo 1°. Los bancos, las corporaciones financieras y las compañías de financiamiento comercial sólo podrán otorgar garantías o avales destinados a respaldar las obligaciones que expresamente se determinan a continuación:

a) Obligaciones a favor de entidades del sector público, de entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, o de

² Cita realizada en el artículo “*Aplicabilidad de las garantías bancarias a primer requerimiento en el ordenamiento jurídico colombiano*” (ibídem)

asociaciones gremiales de productores debidamente reconocidas por el Gobierno Nacional;

b) Obligaciones derivadas de la emisión de bonos y de títulos provenientes de procesos de titularización;

c) Obligaciones derivadas del otorgamiento de cartas de crédito stand-by;

d) Obligaciones derivadas de la emisión y colocación de papeles comerciales mediante oferta pública previamente aprobada por la Superintendencia de Valores, y

e) Cualquier otra clase de obligaciones en moneda legal, salvo aquellas que se deriven de contratos de mutuo o préstamos de dinero y siempre que no aseguren el pago de títulos valores de contenido crediticio".

Sobre las garantías bancarias el Dr. Rodríguez Azuero sostiene que:

“En general puede decirse que en todos los supuestos en donde su cliente se ve constreñido a respaldar la seriedad de una oferta, el cumplimiento de un contrato, la presentación de documentos, la verificación de reembolsos, el cumplimiento de requisitos, etc., cabe la posibilidad de otorgar una garantía”

Sobre la garantía bancaria a “*primer requerimiento*” el Decreto Reglamentario 1082 de 2015 del Sector Administrativo de Planeación Nacional, establece:

ARTÍCULO 2.2.1.2.3.4.1. Garantías bancarias. *La Entidad Estatal puede recibir como garantía, en los términos de los artículos 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.7 del presente decreto, garantías bancarias y las cartas de crédito stand by, siempre y cuando reúnan las siguientes condiciones:*

1. La garantía debe constar en documento expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, otorgado de acuerdo con las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

2. La garantía debe ser efectiva a primer requerimiento o primera demanda de la Entidad Estatal.

3. La garantía bancaria debe ser irrevocable.

4. La garantía bancaria debe ser suficiente en los términos de los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del presente decreto.

5. El garante debe haber renunciado al beneficio de excusión.
(Subrayado fuera de texto original)

Así las cosas, resulta pertinente señalar que en el ordenamiento jurídico colombiano, la garantía a primer requerimiento prestada por una entidad diferente a un Banco, no se encuentra reglamentada, es decir se trata de una figura atípica, en la que, salvo la renuncia al beneficio de excusión, no se prevé que la única excepción oponible por parte del garante al principal sea la de fraude, como si ocurre en el derecho internacional³.

De la exposición realizada es claro que los Bancos, entre los que se encuentra **BANCOLOMBIA**, decidieron junto con **YUMA** acudir a la figura de la garantía a primer requerimiento, no porque **SALINI IMPREGILO** fuera una sociedad extranjera, como lo sostuvo la doctora Paola Reyes en su testimonio, sino por la característica principal de esta figura y es que, **el garante debe hacer el pago, sin entrar a analizar el incumplimiento de la obligación principal**. Esto con el fin de **garantizar la rapidez y seguridad del pago**; de hecho, la garantía fue ejecutada en Italia, lugar donde el compromiso de un garante de pagar en virtud de la garantía, no está sujeto a reclamaciones o excepciones derivadas de una relación distinta de la existente entre el garante y el beneficiario⁴

De hecho, **SALINI IMPREGILO**, para el 11 de marzo, remitió una comunicación a la sociedad **YUMA CONCESIONARIA** informando del pago realizado a **BANCOLOMBIA**, en virtud del requerimiento realizado por el principal al garante. Comunicación que fue aportada como prueba documental por el suscrito al contestar la demanda.

De allí que, los avales prestados por los demás garantes se prestaran “*hasta por*” un porcentaje y no “*por el*” porcentaje, toda vez que la primera garantía aseguraba casi el 50% de la obligación, lo que disminuía el importe de la deuda y en consecuencia el saldo sobre el que recaían los demás avales.

ii) La forma en la que fue pactado el aval

Tal como se venía expresando, el rasgo distintivo de la *garantía a primer requerimiento* es su autonomía, toda vez que la obligación del garante es completamente independiente de cualquier factor que afecte la validez parcial o total del contrato-base celebrado entre el ordenante y el beneficiario, lo que en términos prácticos implica la incapacidad del garante para oponer, frente al beneficiario, las excepciones que pudiera tener el contratante ordenante. De hecho, aun cuando existieran eximentes de responsabilidad frente al incumplimiento del ordenante, el garante no podría oponerlas ante el cobro del beneficiario.

Dicha circunstancia no se predica de los avalistas, toda vez que, los deudores solidarios, sin excepción, están en pie de igualdad con el deudor principal, es decir

³ Las garantías bancarias en comento están reguladas en dos cuerpos de normas internacionales: las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional (CCI Publicación n.º 458) sobre Garantías a Primer Requerimiento (referidas como RUDG), y la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes.

⁴ RUDG 758.

que, los deudores solidarios pueden oponer al acreedor todas las excepciones que el deudor principal tuviera respecto de él.

En consecuencia, la obligación contraída por **YUMA** se encontraba asegurada por dos tipos de garantía, la de *primer requerimiento* y la otorgada por los *avalistas*. Y, estando cubierto el 50% del importe total de la deuda por la garantía *a primer requerimiento*, el aval sobre los pagarés báculo de ejecución fue otorgado no sobre un porcentaje del importe total del título, sino por el saldo de la deuda luego de haberse hecho efectiva la otorgada por **SALINI IMPREGILO**, e incluso, el pago hecho por otros avalistas, como resulta del caso en concreto.

Así las cosas, aun cuando las garantías en esencia tenían como objeto multiplicar los patrimonios contra los cuales el acreedor pudiera hacer efectivo su derecho general de prenda, lo cierto es que, en el caso en concreto, **SALINI IMPREGILO** garantizó casi el 50% del importe del título, dejando a los avalistas en la obligación de asumir un tope máximo sobre el saldo de la deuda pero no sobre su total, de allí que el porcentaje avalado no lo fuera “*por*” sino “*hasta por*”.

En este punto, resulta relevante retomar la forma en la que fue pactada, el aval, téngase en cuenta que el artículo 635 del Código de Comercio, prevé:

“ARTÍCULO 635. MONTO DE LA GARANTÍA DEL AVAL. A falta de mención de cantidad, el aval garantiza el importe total del título”

En conclusión, y siendo que los avalistas definieron el porcentaje en el que avalaban, es claro que el aval no recae sobre el importe del título y, además establecieron no hacerlo por el valor de la deuda sino por el saldo insoluto, de allí la forma pactada.

Otro aspecto que es fundamental para resolver en la sentencia, es el alcance que tiene la forma en que fue pactado el aval.

Se debe tener en cuenta que el aval fue pactado en los siguientes términos **“INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S. y CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S. suscriben solidariamente por aval hasta por el 34,67%”**

Precisamente la redacción que se usa para el aval, demuestra claramente lo dicho con anterioridad, esto es, que el alcance del aval no puede ser más allá del 34,67% del saldo insoluto de la deuda, pues no de otra manera se explica que el texto, que fue redactado por el propio banco acreedor, exprese que el aval es *HASTA POR EL 34,67%*, pues si lo que se pretendía era que el aval fuera por el 34,67% del valor total de la deuda, se debería haber estipulado que se avala *EL 34,67% DE LA OBLIGACIÓN* y no *HASTA POR EL 34,67%*.

Además de lo anterior, se debe dar aplicación a lo que establece el artículo 1624 del Código Civil, así:

“No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, **se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.**

*Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, **se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse.*** (Resaltado fuera del texto).

Y dado que en el presente caso el texto del aval fue redactado por el propio banco acreedor, la cláusula que expresa que el aval es *HASTA POR EL 34,67%*, se debe interpretar a favor del deudor.

iii) La extinción de la obligación que se demanda y de los intereses

Sobre este punto y previo a realizar cualquier consideración, sea lo primero mencionar que el artículo 282 del Código General del Proceso, establece:

*ARTÍCULO 282. Resolución sobre excepciones **En cualquier tipo de proceso cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia,** salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.*

(...)” (Negrilla y subrayado para resaltar)

Así las cosas, conviene mencionar que, si bien en el presente proceso se alegó la extinción de la obligación por la novación, lo cierto es que, la denominación del medio exceptivo no resulta vinculante, en consecuencia, conviene poner de presente, que la excepción alegada, cualquiera que sea su denominación: pago por asunción de la deuda por parte de **CONALVIAS**, extinción por novación ante la celebración del acuerdo de reorganización, o simplemente inexistencia de la obligación, tiene como fundamento:

- i. La existencia de un proceso concursal de **CONALVIAS**, en el que **BANCOLOMBIA** se presentó y reclamó a ese avalista el pago total de la acreencia que pretende cobrar en este proceso.
- ii. Que el mismo crédito que se pretende cobrar en este proceso ejecutivo, quedó reconocido y aceptado como una obligación a cargo de **CONALVIAS** en el proceso de reorganización y, posteriormente, dentro del pasivo de la liquidación judicial.
- iii. Como si fuera poco y para demostrar que el ejecutante aceptó que la totalidad del crédito que tenían a su cargo **CONALVIAS E INFRACON**, como avalistas hasta por el 34,67% del saldo de la deuda, fuera asumido por **CONALVIAS EXCLUSIVAMENTE**, está el hecho de que no solo reclamó dentro del proceso de reorganización la totalidad del crédito que aquí

ejecuta, como consta en su escrito de fecha 24 de diciembre de 2015, sino que además, volvió a reclamar el pago del mismo crédito dentro del proceso de liquidación de **CONALVIAS**.

- iv. Adicionalmente, el banco ejecutante sabía que **INFRACON** quedaba liberado del aval por el hecho de que la totalidad de la deuda la asumió **CONALVIAS**, al punto que dentro del texto del mismo Acuerdo de Reorganización se pactó la obligación de transferir la totalidad de los activos que tenía **INFRACON** a favor de **CONALVIAS**, como consta en la cláusula 34 del Acuerdo Reformado.

se pregunta: ¿ES POSIBLE QUE UN ACREEDOR QUE VOTA POSITIVAMENTE UN ACUERDO, EN EL QUE SE PACTA EXPRESAMENTE QUE UN DEUDOR SUYO (**INFRACON**) TRANSFERIRÁ LA TOTALIDAD DE SUS ACTIVOS AL OTRO AVALISTA (**CONALVIAS**), PRETENDA SOSTENER QUE NO LIBERÓ DE LA OBLIGACIÓN INICIAL A **INFRACON**, CUANDO SABE QUE QUEDARÁ TOTALMENTE INSOLVENTE, PUES TODOS SUS BIENES PASARÁN A SER PROPIEDAD DE **CONALVIAS**?

¿TIENE ALGUN SENTIDO QUE UN ACREEDOR PRETENDA CONSERVAR VIVO EL AVAL DE UNA SOCIEDAD, QUE CON EL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR QUEDARÁ TOTALMENTE INSOLVENTE AL TRANSFERIR LA TOTALIDAD DE SUS BIENES A OTRA SOCIEDAD (**CONALVIAS**), COMO EN EFECTO SUCEDIÓ COMO CONSECUENCIA DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN?

¿SI NO FUERA CLARO QUE EL ACREEDOR ENTENDÍA QUE SOLO UNO DE LOS AVALISTAS (CONALVIAS) ASUMIRÍA LA TOTALIDAD DEL AVAL, POR QUÉ SE PRESENTÓ A RECLAMAR LA TOTALIDAD DE LA DEUDA A ESTE, A SABIENDAS QUE EL OTRO AVALISTA QUEDARÍA SIN CAPACIDAD ALGUNA DE PAGO, Y QUE LA FUENTE ÚNICA DE RECURSOS PARA PAGAR LA DEUDA PROVENDRÍA DE CONALVIAS, TAL Y COMO QUEDÓ PACTADO EN LA CLÁUSULA 34 DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN?

No se debe olvidar que, conforme al artículo 1690 del Código Civil:

“ART. 1690.—La novación puede efectuarse de tres modos:

1. Sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor.

2. Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor.

*3. **Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre.***

Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo

*deudor se llama **delegado** del primero”. (§ ART. 1665., ART. 1694., ART. 1696., ART. 2407.). (resaltado fuera del texto).*

Además, debe tenerse en cuenta que por disposición expresa de la ley, el codeudor o avalista, cuando el acreedor acepta que la totalidad de la obligación la asuma uno solo de los deudores solidarios, queda liberado de su obligación, como en efecto lo dispone el artículo 1704 del Código Civil:

*“ART. 1704.—**La novación liberta a los codeudores solidarios o subsidiarios que no han accedido a ella**”. (§ ART. 1576., ART. 2484.). (resaltado fuera del texto).*

Por si fuera poco claro, la liberación del deudor solidario que no accede a la nueva obligación, es ratificada por otras normas del mismo Código Civil, que establecen:

“ART. 1576.—La novación entre el acreedor y uno cualquiera de los deudores solidarios, liberta a los otros, a menos que éstos accedan a la obligación nuevamente constituida”. (§ ART. 1704., ART. 2406.)

*“ART. 1579.—El deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido **por alguno de los medios equivalentes al pago**, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.*

Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán estos responsables entre sí, según las partes o cuotas que le correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores.

La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aun aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad”. (§ ART. 1583., ART. 1690., num. 3º, ART. 1727.). (resaltado fuera del texto)

“ART. 1693.—Para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.

Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera.”

iv) Pago efectivo de la Obligación.-

La parte ejecutante ha pretendido sostener que puede adelantar el proceso ejecutivo que nos ocupa, bajo el argumento de que no ha existido novación de la obligación original y que, dado que **CONALVIAS** se encuentra en liquidación judicial, no se produjo el pago de la obligación original.

Al respecto y para desvirtuar dicho argumento, debe tenerse en cuenta que:

- Las formas de extinción de las obligaciones, prevista en el artículo 1625 del Código Civil, no son taxativas ni son las únicas formas que la ley consagra como medio de extinguir una obligación.
- El artículo 1626 del Código Civil, dispone que “*El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.*”
- En este orden de ideas, existe varias formas de pagar lo que se debe, entre las que se encuentra la prevista en el artículo 882 del Código de Comercio, que dispone que:

“ARTÍCULO 882. <PAGO CON TÍTULOS VALORES>. La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera.

Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo.

Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año.”

- De la anterior norma se concluye, que la ley consagra la posibilidad de pagar una obligación, mediante la entrega de títulos valores que contengan el valor de la obligación original, sin distinguir a qué tipo de obligación se trata, sujeto a la condición resolutoria del pago del nuevo título.

Valga anotar, que la norma mencionada no se aplica directamente al caso que nos ocupa, pues no se trata de que se haya pagado el aval original con un pagaré, sino que fue pagado mediante la inclusión de la obligación dentro de Un Acuerdo de reorganización, que es una fuente de obligaciones.

Lo que se pretende demostrar con la referencia al artículo 882 del Código de Comercio, es que existen otros mecanismos de extinción de las obligaciones distintos o adicionales a los previstos en el código Civil.

- Como ya se ha expuesto con anterioridad, el **Acuerdo de Reorganización** que celebró **CONALVIAS**, incorporó el pago de la **totalidad** de la obligación proveniente del aval que tenían **CONALVIAS e INFRACON**, con lo que se produjo una **novación legal** de la deuda, dado que, por disposición expresa de la ley, la obligación original quedó asumida exclusivamente por **CONALVIAS**, para ser pagada conforme se estipuló en dicho documento.
- Es un hecho que dentro del **Acuerdo de Reorganización** de **CONALVIAS** se estipuló que “29.10. **NOVACIÓN.** *La suscripción del presente ACUERDO no implica novación de las obligaciones contraídas por LA EMPRESA las cuales continúan vigentes con las modificaciones aquí establecidas en cuanto a sus condiciones de plazo e interés*”.

Conforme al mencionado texto es claro que la estipulación se refiere únicamente a las obligaciones de la EMPRESA, esto es, **CONALVIAS**, y dado que esta declaró y reconoció la **totalidad** de la deuda que tenía conjuntamente con **INFRACON**, implica que seguía con la obligación de pagar la totalidad de la obligación, sin siquiera haber hecho reserva de cobrar la parte que le correspondería a **INFRACON**.

Para el caso que nos ocupa, es fundamental tener en cuenta que si bien existían dos deudores solidarios inicialmente (**CONALVIAS e INFRACON**), el banco acreedor aceptó mediante su reclamación y voto favorable al Acuerdo de Reorganización **CONALVIAS** que la totalidad de la deuda quedaba a cargo exclusivamente de **CONALVIAS** por lo que respecto de **INFRACON** se produjo la novación de su obligación, según lo dispuesto en los numerales 1 y 3 del artículo 1690 del Código Civil, dado que la totalidad de la deuda que tenían solidariamente quedó exclusivamente de **CONALVIAS** dado que el banco no reclamó a que **INFRACON** “*accediera*” o quedara como deudor solidario de la nueva obligación, quedando liberada por ministerio del artículo 1704 *ibidem*.

- No puede olvidarse que el **Acuerdo de Reorganización**, es un acuerdo de voluntades entre el deudor y sus acreedores, que tiene fuerza vinculante y obligatoria para todos los acreedores, inclusive para aquellos que lo hayan votado negativamente⁵.
- Como consecuencia de lo anterior, y en concordancia con el mecanismo de pago con títulos valores, es claro que una vez aprobado el Acuerdo de Reorganización, éste se constituye en el contrato o documento que en adelante

⁵ Art. 40 de la ley 1116 de 2006 “**ARTÍCULO 40. EFECTO GENERAL DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN Y DEL ACUERDO DE ADJUDICACIÓN.** *Como consecuencia de la función social de la empresa, los acuerdos de reorganización y los acuerdos de adjudicación celebrados en los términos previstos en la presente ley, serán de obligatorio cumplimiento para el deudor o deudores respectivos y para todos los acreedores, incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación del acuerdo o que, habiéndolo hecho, no hayan consentido en él.*

(...)”

regulará la forma, plazo y condiciones en que se pagarán las obligaciones que tenga el deudor.

- Dado que **BANCOLOMBIA** no solo reclamó el pago de la totalidad del aval que tenían **CONALVIAS** e **INFRACON**, sino que además manifestó su consentimiento para el pago de la nueva obligación al haber votado positivamente, es claro e indiscutible que el efecto de tal actuación, es que la obligación que se tenía con el aval por las deudas con **YUMA**, quedaron pagadas por novación contenida en el Acuerdo de Reorganización. Y tampoco puede aceptarse la teoría de que dicho pago no se ha producido porque **CONALVIAS** se halla en liquidación, pues conforme lo estipula expresamente el artículo 1696 del Código Civil:

“ART. 1696.—El acreedor que ha dado por libre al acreedor primitivo, no tiene después acción contra él, aunque el nuevo deudor caiga en insolvencia; a menos que en el contrato de novación se haya reservado este caso expresamente, o que la insolvencia haya sido anterior y pública o conocida del deudor primitivo” (resaltado fuera del texto).

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que:

“ART. 1570.—El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces deberá hacer el pago al demandante.

La condonación de la deuda, la compensación, la novación que intervenga entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la deuda con respecto a los otros, de la misma manera que el pago lo haría; con tal que uno de estos no haya demandado ya al deudor.” (resaltado fuera del texto).

“ART. 1575.—Si el acreedor condona la deuda a cualquiera de los deudores solidarios, no podrá después ejercer la acción que se le concede por el artículo 1561, sino con rebaja de la cuota que correspondía al primero en la deuda.” (Resaltado fuera del texto).

Ahora bien, el consentimiento o aquiescencia del acreedor a las condiciones que se establecen en el acuerdo, especialmente cuando lo vota positivamente como lo hizo el banco ejecutante, implica: **i)** que acepta como su único deudor al reorganizado y, en consecuencia, opera el efecto liberatorio que consagra el artículo 1576 del Código Civil y **ii)** se somete a la forma de pago establecida en el Acuerdo de Reorganización, en cuanto al monto, plazo y la tasa de interés que se establezca.

Para que la novación realizada por **CONALVIAS** y **BANCOLOMBIA**, con la celebración del acuerdo de reorganización no produjera los efectos liberatorios

establecidos en el artículo 1576 del Código Civil⁶, **INFRACON** debía haber aceptado expresamente que seguía vinculado con la nueva obligación.

Ahora bien, es importante señalar que la vinculación a un proceso de reorganización, no solo implica la renuncia a la acción ejecutiva, sino que tiene como consecuencia el nacimiento de un nuevo derecho, una obligación que extingue la anterior.

Téngase en cuenta que, en el Oficio No. 220-008094 del 18 de febrero de 2019, la Superintendencia de Sociedades, al conceptuar sobre el acuerdo de reorganización, sostuvo:

“El acuerdo de Reorganización, reestructura las obligaciones del deudor que son objeto del mismo, en tanto que fija nuevos plazos, términos y condiciones para su cumplimiento. Es una forma de novación general de las obligaciones que purga la mora del deudor y lo restituye a una situación jurídica, económica y financiera que le permite reintegrarse en condiciones ordinarias del mercado. Desaparece la insolvencia y se procede a la atención de las obligaciones reestructuradas en una ecuación que le permite atenderlas de manera ordenada, según las proyecciones de su flujo de caja.

(...)

d. En las condiciones anotadas, las obligaciones objeto del Acuerdo de Reorganización, sin excepción, quedan gobernadas por los términos del mismo, independientemente de que los acreedores sean personas privadas o públicas, de forma que los procesos ejecutivos en curso terminan.

No pueden adelantarse nuevos procesos ejecutivos sobre tales obligaciones sencillamente porque han quedado reestructuradas y por lo tanto, en lo sucesivo, no pueden considerarse en mora o incumplida (...) (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Especial atención merece el último aparte citado, el cual compagina con lo previsto en el artículo 70 de la Ley 1116 de 2006, respecto a la posibilidad de continuar los procesos ejecutivos en contra de los garantes y codeudores, entre otros.

La mencionada norma tiene una limitación temporal que va desde el inicio del proceso de insolvencia hasta la confirmación del acuerdo; nótese que una vez incluida la obligación en el Acuerdo, el acreedor queda sometido a los términos y condiciones allí estipulados, porque tal como menciona el concepto de la Superintendencia de Sociedades de fecha 19 de febrero de 2019, la mora queda purgada y la obligación es completamente reemplazada por una nueva, que tiene la facultad, en consecuencia, de extinguir la anterior y es que, tal como se ha expresado

⁶ ARTICULO 1576. NOVACION DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS. La renovación entre el acreedor y uno cualquiera de los deudores solidarios, liberta a los otros, a menos que éstos accedan a la obligación nuevamente constituida.

a lo largo de este escrito, el artículo 1576 del Código Civil, prevé que la renovación entre el acreedor y cualquiera de los deudores solidarios tiene un efecto liberador que **SOLO PUEDE SER EVITADO SI LOS DEUDORES SOLIDARIOS ACCEDEN A LA NUEVA OBLIGACIÓN**, así:

“ARTICULO 1576. NOVACION DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS. *La renovación entre el acreedor y uno cualquiera de los deudores solidarios, liberta a los otros, a menos que éstos accedan a la obligación nuevamente constituida.* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Al respecto conviene señalar que, si bien **INFRACON** suscribió OTROSÍ(es) al crédito sindicado, lo hizo solo respecto del contrato de crédito sindicado pero no sobre los pagarés, que son los que se están cobrando en el presente proceso ejecutivo, como quedó claro en el auto de fecha 10 de julio de 2019 y, en consecuencia, no existe ningún documento que pueda probar que mi representada accedió nuevamente a la obligación, en los términos en los que quedó establecido en el Acuerdo de reorganización celebrado por **BANCOLOMBIA** y los demás acreedores de **CONALVIAS**, con la entonces sociedad en reorganización judicial.

Así mismo, es fundamental señalar que, la confirmación del Acuerdo de Reorganización de **CONALVIAS** se dio en las audiencias de 28 de abril y 4 de mayo de 2016, por lo que el tiempo de elección que tenía el acreedor para impulsar el proceso ejecutivo en contra de los garantes y codeudores de manera concomitante al proceso de insolvencia, feneció el 4 de mayo de 2016, conforme a la limitación temporal establecida en el artículo 70 de la Ley 1116 de 2016 y en consecuencia, carece de fundamento jurídico el proceso ejecutivo impetrado en contra de **INFRACON**.

Así las cosas, es preciso puntualizar que:

- i) El artículo 70 de la Ley 1116 de 2006, que consagra la facultad de mantener los procesos ejecutivos de manera concomitante con el proceso concursal, está limitado hasta el momento de la confirmación del acuerdo de reorganización, que nova las obligaciones.
- ii) Con la renovación de la obligación realizada entre **BANCOLOMBIA** y **CONALVIAS** con el Acuerdo de reorganización, se produjo la liberación establecida en el artículo 1576 del Código Civil, toda vez que, **INFRACON** no accedió a los nuevos términos de la obligación.

Carece de todo sentido que **BANCOLOMBIA** pretenda cobrar en este proceso ejecutivo, la misma acreencia, que en el proceso de reorganización del otro avalista, esto es, **CONALVIAS**, cuando aceptó que este de manera **EXCLUSIVA** y **EXCLUYENTE** le pagara a unos plazos y a una tasa de interés nueva.

- v) **Límite del Aval y Cobro de lo no Debido.-**

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01
E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

Podría con razón alegar la contraparte que la existencia de un pacto con uno de los avalistas no afecta la posibilidad de cobrarle al otro; sin embargo, lo cierto es que, no se trata de un simple acuerdo de reducción de intereses, sino del cambio de la obligación, una novación subjetiva, porque se produce cambio en la pasiva del vínculo, y objetiva, porque se reestructura completamente la obligación antigua.

Así las cosas y comoquiera que por ministerio de la ley, la liberación de un deudor solidario implica, de un lado la extinción de la obligación de los demás deudores con relación al acreedor inicial, y de otro, el nacimiento en cabeza el deudor solidario que paga, de subrogarse frente a los otros, en el presente asunto **INFRACON** fue librado de su obligación con **BANCOLOMBIA** y hoy solo, podría **CONALVIAS** subrogarse – artículo 1579 Código Civil- para perseguir el cobro de lo pagado, novado o como prefiera denominarse.

Ahora bien, y en relación con el cobro del capital y de intereses que realiza el banco ejecutante, es claro que el mismo no es procedente, toda vez que, extinta la obligación respecto de **INFRACON**, los intereses al ser accesorios siguen la suerte de la principal.

Al demandante se le olvida lo dispuesto en el artículo 1572 del Código Civil, que establece:

*“ART. 1572.—La demanda intentada por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, **sino en la parte que hubiere sido satisfecha por el demandado.**”*
(Resaltado fuera del texto).

Si todos los argumentos expuestos no fueran suficientes para declarar la prosperidad de las excepciones propuestas, en todo caso tendría que modificarse el mandamiento de pago para reducir su valor y el cobro de intereses moratorios, con fundamento en lo dispuesto en la norma anteriormente mencionada.

Como está plenamente demostrado dentro del proceso, el deudor principal de la obligación y el garante principal de la misma (IMPREGILLO), así como el fondo de Capital Privado Ruta de Sol –Compartimiento A, han amortizado a la deuda original de **YUMA**, la cantidad de **TREINTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS VEINTISIETE MIL QUINIENTOS NOVENTA DOLARES CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR (\$33.927.590,87)** y **TREINTA Y UN MIL TRESCIENTOS DIECISIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y TRES MIL PESOS CON CINCUENTA Y TRES CENTAVO (\$31.317.284.673,53)**, respectivamente, por lo que el saldo de la deuda quedó reducido a **SESENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES OCHO MIL PESOS (\$63.876.008.000)**, de manera que, descontados los pagos parciales que han hecho los codeudores o avalistas, el saldo pendiente de pago, monta a la suma de **VEINTIDÓS MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS ONCE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES (\$22.145.811.973)** y conforme al artículo 1572, resulta que en el peor de los casos, **INFRACON** tendría que responder hasta por el 34,67% del saldo de la deuda, siendo esta la suma

máxima exigible a mi mandante y no la suma a la que se refiere el mandamiento de pago.

De otra parte, el artículo 1699 del mismo Código, dispone que:

“ART. 1699.—De cualquier modo que se haga la novación, quedan por ella extinguidos los intereses de la primera deuda, si no se expresa lo contrario.”

Adicionalmente, el artículo 1575 del Código Civil dispone que:

“Si el acreedor condona la deuda a cualquiera de los deudores solidarios, no podrá después ejercer la acción que se le concede por el artículo 1561, sino con rebaja de la cuota que correspondía al primero en la deuda.” (resaltado fuera del texto).

Conforme a las anteriores normas, es claro que la consecuencia de su aplicación a la situación que se ha presentado en el presente proceso, es:

- Que al haber existido una novación de la deuda que tenían los avalistas, dejándola únicamente en cabeza de **CONALVIAS**, todos los intereses que se pudieran estar debiendo, quedaron extinguidos, de manera que no pueden cobrar intereses de mora en este proceso, sin perjuicio que la obligación principal que se reclama, tampoco existe.
- Que al haber condonado el ejecutante, parte de los intereses moratorios o de plazo a **YUMA** y a **IMPREGILLO**, en consecuencia solo puede cobrar la misma tasa a los avalistas, pues no es equitativo que a unos codeudores les rebaje a la tasa y a los demás les cobre una tasa mayor.
- Que conforme a la demanda, es claro que el ejecutante está cobrando intereses moratorios sobre un capital que no se debe y, además, que está cobrando una tasa superior a la que debería cobrar, al haberla rebajado a los demás obligados.

Conclusiones.-

De acuerdo con lo que se ha expuesto, se tiene que llegar a las siguientes conclusiones:

1. Que la obligación que tenían **INFRACON Y CONALVIAS** como avalistas de las obligaciones de **YUMA** con **BANCOLOMBIA**, fueron novadas al quedar incluidas en su totalidad dentro de las obligaciones a cargo de **CONALVIAS** dentro del Acuerdo de Reorganización confirmado por la Superintendencia de Sociedades en audiencia celebrada los días 28 de abril y 4 de mayo de 2016.
2. Que **BANCOLOMBIA** consintió expresamente en la novación de la obligación, al haber reclamado la totalidad del aval a **CONALVIAS** y haber votado favorablemente el Acuerdo.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

3. Que como consecuencia, **INFRACON** quedó liberado de cualquier obligación que hubiere firmado como avalista del ejecutante.
4. Que el ejecutante no puede cobrar ninguna suma de dinero a **INFRACON**, amparado en el hecho de que es avalista, por el simple hecho de que la obligación a su cargo fue asumida o novada por parte de **CONALVIAS**.
5. Que en gracia de discusión, si pudiera intentar el cobro del aval, solo podría reclamar el pago del 34,67% del saldo de la deuda, esto es la suma de **VEINTIDÓS MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS ONCE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES (\$22.145.811.973)**, y solo podría cobrar como interese moratorios, la suma correspondiente a la misma tasa que le cobró a **IMPREGILLO** y a **Fondo de Capital Privado Ruta del Sol-Compartimiento A**.

Pruebas.-

Conforme a las pruebas que se practicaron, dentro del presente proceso se encuentran probados los siguientes hechos:

- A. Que **BANCOLOMBIA** participó como acreedor dentro del proceso de Reorganización de **CONALVIAS**.
- B. Que **BANCOLOMBIA** reclamó dentro de ese proceso la totalidad del valor del aval que tenían a su cargo **INFRACON Y CONALVIAS**.
- C. Que **CONALVIAS** asumió el pago total de la deuda que le correspondía a **INFRACON** y a ella, con el consentimiento de su acreedor.
- D. Que dentro del Acuerdo de Reorganización quedó estipulado que **INFRACON** transferiría la totalidad de sus activos a **CONALVIAS**, quien asumiría el pago de la deuda con **BANCOLOMBIA**.
- E. Que el ejecutante votó favorablemente el Acuerdo.
- F. Que el ejecutante ha aceptado pagos del deudor principal y del garante principal, con rebaja en la tasa de interés moratorio que les cobraría, tasa que debería aplicarse igualmente al ejecutado, conforme a las normas legales.
- G. Que dentro de la liquidación de **CONALVIAS**, el mismo banco se ha presentado a cobrar la totalidad de la deuda que ejecuta en este proceso, lo mismo que dentro del proceso de Reorganización de **YUMA**, de manera que no puede cobrar a todos la misma deuda varias veces y menos frente a un avalista que quedó liberado de su obligación en virtud de haber queda novada la obligación original.

GALLO MEDINA ABOGADOS ASOCIADOS

AVENIDA CALLE 72 No. 6-30 PISO 18 – PBX: 3 21 81 01

E-mail: gallomedina@gallomedinaabogados.com

BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

- H. Que ocurrió una novación de la obligación que tenía **INFRACON**; que por lo tanto, el único deudor de dicha deuda es **CONALVIAS**; que no puede cobrar a la demandada el valor de los pagares que ejecuta, por haber desaparecido legalmente su obligación como avalista;
- I. Que si fuera procedente el cobro de alguna deuda, esta sería sobre el saldo de la deuda, descontadas las amortizaciones que los otros codeudores hicieron y con la misma tasa de interés que se le cobró a los otros codeudores.

Por último, comoquiera que, el Juez debe evaluar la conducta de las partes, resulta pertinente señalar que **BANCOLOMBIA**, a su vez, se presentó en el proceso de reorganización de **YUMA**, solicitando el reconocimiento y pago del mismo crédito que está en cabeza de **CONALVIAS** y que pretende cobrarle a **INFRACON**, bajo el postulado, de que su nuevo deudor, esto es **CONALVIAS** es insolvente, cuando la ley claramente prevé, que habiendo cambiado de deudor, no puede retractarse por la condición de insolvencia del nuevo.

IV. SOLICITUD

De acuerdo con lo expuesto, solicito respetuosamente al Despacho, declarar la prosperidad de todas y cada una de las excepciones propuestas por **INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S INFRACON-** y, en consecuencia, denegar las pretensiones de **BANCOLOMBIA S.A.**, imponer la sanción de la que trata el artículo 206 del Código General del Proceso y la consecuente condena en costas y perjuicios conforme a los montos que se encuentran acreditados dentro del litigio.

Señor Juez,



LUIS HERNANDO GALLO MEDINA

C.C. No 3.226.936 de Bogotá

T.P. No. 21.479 del C. S. de la J.



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social
www.abogadodecolombiasas.com

Alega Gonzalo Gómez f2

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D. C.
Sala Civil
Doctor MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado Sustanciador
des06ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.c
E. S. D.

Ref.: Verbal No. 11001310302620160032501

Demandante. Evangelina Gunaropulos de Gómez, hoy GONZALO HUMBERTO GÓMEZ GUNAROPULOS

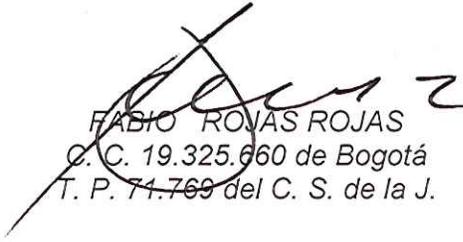
Demandado: COMPAÑÍA DEL ESTADO S. A.

Asunto: Aporte de Memorial sustentando apelación (art. 14 Decreto Legislativo 806 de 2020)

FABIO ROJAS ROJAS, en mi calidad de apoderado judicial del Demandante y Apelante, al Honorable Magistrado Sustanciador, manifiesto que aporto los alegatos contentivos de la sustentación del recurso de apelación interpuesta por la Parte Actora y considero estar en oportunidad, por las siguientes razones:

- 1.- Su Despacho, por auto del 22 de junio de 2021, notificado por estado del 23 de los mismos mes y año, declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la Actor contra la sentencia de primera instancia;
- 2.- Por auto del 14 de mayo de 2021 se admitió el recurso de alzada, (viernes) por lo que se debió notificar el 18 de los mismos mes y año, pues el 17 de mayo fue festivo, (día de la ascensión, festivo religioso), por lo que este auto cobró ejecutoria el 21 de mayo de 2021;
3. El Dr. JOSÉ HERNÁN CÓRDOBA ROJAS, era para entonces el apoderado de la Parte Demandante y Apelante y el 19 de mayo de 2021 fue diagnosticado como POSITIVO por CORONAVIRUS O COVID 19;
4. El Dr. JOSÉ HERNÁN CÓRDOBA ROJAS, fue hospitalizado por COVID 19, pero desafortunadamente perdió la batalla y el 02 de junio de 2021 falleció;
- 5.- El mismo día que empezaba a correr el término para la ejecutoria del auto que admitió la apelación enfermó el apoderado, y como se declaró la interrupción y los términos deben comenzarse a contar a partir del día siguiente a la notificación de este proveído (14 de julio de 2021), si contabilizamos el término de ejecutoria; el término que concede el art. 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, y que el 20 de julio fue festivo, a la fecha de presentación de este escrito, me hallo en oportunidad.

Atentamente,


FABIO ROJAS ROJAS
C. C. 19.325.660 de Bogotá
T. P. 71.769 del C. S. de la J.

1



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social
www.abogadodecolombiasas.com

Alega Gonzalo Gómez f2

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D. C.
Sala Civil
Doctor MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado Sustanciador
des06ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.c
E. S. D.

Ref.: Verbal No. 11001310302620160032501

Demandante. Evangelina Gunaropulos de Gómez, hoy GONZALO HUMBERTO GÓMEZ GUNAROPULOS

Demandado: COMPAÑÍA DEL ESTADO S. A.

Asunto: Memorial sustentando apelación (art. 14 Decreto Legislativo 806 de 2020)

FABIO ROJAS ROJAS, en mi calidad de apoderado judicial del Demandante y Apelante, estando en oportunidad, conforme a lo previsto por el artículo 14 de Decreto legislativo 806 del 4 de junio de 2020, proferido por el Ministerio de Justicia y Derecho, presento sustentación del recurso de apelación interpuesto por la Parte Demandante, la cual represento, contra la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

A.- Como pretensiones, la Demandante solicitó de la Empresa Compañía de Seguros del Estado S. A., el reconocimiento y pago de las indemnizaciones que se contrataron con la póliza que amparó el contrato de construcción celebrado entre la señora Evangelina Gunaropulos de Gómez, como contratante y la empresa denominada Ingeniería Construcción e Innovación Tecnológica ICEIT SAS, la cual una vez notificada, ejerció su derecho a la defensa como consta en el libelo respectivo;

B.- El Juzgado de conocimiento integró como litisconsorte necesario a la empresa denominada Ingeniería Construcción e Innovación Tecnológica ICEIT SAS y la misma se hizo parte en el proceso, se notificó, contestó y excepcionó como aparece en autos;

C.- El Juzgado de instancia, mediante sentencia de mérito, decidió de fondo, declarando probadas las excepciones: Inexistencia de perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguros contenido en la póliza objeto del proceso; inexistencia de declaración de incumplimiento, niega las pretensiones y se abstiene de estudiar las demás excepciones, con los siguientes argumentos:

1.- La póliza cubre los riesgos de incumplimiento del contrato y estabilidad de la obra y que, al respecto, el cumple los requerimientos de Ley y prestan mérito probatorio, porque no fue tachado ni redargüido de falso;

2.- Que el contrato de seguro y el contrato de obra están ligados y si se demuestra que el contratista incumplió con el contrato de obra, o cumplió en forma

2



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social

www.abogadodecolombiasas.com

Alega Gonzalo Gómez f2

tardía, habría lugar al pago del siniestro a que se refiere el contrato de seguro, como lo señala el art. 1613 del C. C., pero que como el contratista ofreció cumplir el contrato defectuoso que realizó pero como la Contratante no permitió por haber perdido la confianza en el contratista procediendo a solicitar la indemnización ante la Aseguradora y esa conducta de la contratante tiene unas consecuencias y que además la Contratante no cumplió el pago como lo señaló en la cláusula sexta del contrato y que se realizó en fecha posterior pero no se modificó el contrato como se dijo en el contrato y que el contrato es ley para las partes y deben atenerse a él;

3.- Que la conducta de la contratante conlleva el incumplimiento de los clausulados del contrato y por ende no puede endilgársele responsabilidad al contratista quien entregó la obra percatándose de los defectos que ofreció solucionar y la contratante supo de esas falencias, por eso el incumplimiento no es imputable al tomador;

4.- Amparo de estabilidad de la obra, correría a partir de la entrega de la obra, se produjo la entrega en condiciones normales, que se produjo el uso normal a partir de la obra, pero que debían hacerse reparaciones locativas, sin cambios estructurales y no comprometió la estabilidad de la obra y por ello no es cierto lo dicho por la Contratante y por ello no es de recibo;

5.- El apoderado de la Demandante apeló la decisión y presentó como reparos concretos, los siguientes: 1.- amparo de estabilidad y calidad de la obra entregada a satisfacción; 2.- Existieron errores que no se aceptaron por desconfianza en el Contratista por grandes errores y deficiencias.

D.- Sustento la apelación, teniendo en cuenta como fundamento en los reparos señalados por el apoderado de la parte Actora, así:

1º.- La señora Juez indica que no hay lugar al pago de la indemnización reclamada por la Accionante al Asegurador, debido a que el Contratista no incumplió el contrato de obra suscrito con la Contratante, porque el contratista ofreció cumplir el contrato defectuoso que realizó, pero como la Contratante no permitió por haber perdido la confianza en el contratista;

2º.- Si hablamos de que el Contratista ofreció realizar los arreglos que necesitaba la obra, es porque la obra no se verificó en debidas condiciones, de haber sido así no habría lugar a realizar arreglos;

3º.- Ahora, en el proceso no se discutió por los Demandados que la obra quedó mal efectuada, que si bien es cierto se entregó, aparentemente en buenas condiciones, tan pronto se puso en funcionamiento se comenzaron a notar los defectos, a tal punto que eran tan evidentes y graves que no se pudo utilizar la obra y requirió realizar unas obras muy importantes, como quedó demostrado en el proceso, cuyo dictamen rendido por el arquitecto Jairo González Ávila, lo cual fue corroborado por el ingeniero Jorge Morales, situaciones que no fueron desvirtuadas en el proceso, ni siquiera discutidos;



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social
www.abogadodecolombiasas.com

Alega Gonzalo Gómez f2

4º.- Ahora, que quien realiza una obra y después aparece algún defecto, el Contratista está obligado a repararla, háyase o no pactado como contrato de posventa porque es propio de la responsabilidad de los contratantes, como el que debe pagar y queda debiendo, luego deberá hacer el pago, pero una cosa es que la obra haya sufrido algún defecto, alguna imperfección o alguna falla, pero es que las imperfecciones eran tan evidentes, tan graves y notorias que no son propias de un bien constructor y la Contratante viendo que han realizado una obra mal hecha, no va a tener confianza en quien la realizó, porque quien le garantiza que la vaya a hacer bien y ella debe proteger, no solo su patrimonio, sino la responsabilidad ante Terceros, pues poner en funcionamiento un parqueadero donde van a ingresar vehículos costosos y si por culpa de la obra, perdónenme el calificativo: "chambona", no creo que le dé a ella, ni a nadie, confianza para que el mismo constructor la repare, porque lo más probable es que no lo haga bien y no puede correr ese riesgo y es una causal más que justa para no aceptar el ofrecimiento del Contratista;

5º.- Ahora, señala el Juzgador que la Contratante incumplió el pago en la forma pactada inicialmente y al respecto obra prueba En el contrato de que se presentaron inconvenientes en el pago, pero que el mismo se cumplió posteriormente en forma satisfactoria y el mismo Contratista dice que recibió el dinero, y en ninguna parte se excepcionó el incumplimiento en el pago, luego sería una excepción extra patita, que en esta clase de procesos no le está dada a declarar de oficio a la señora Juez, y por ende no es de recibo, porque, a pesar de los graves defectos, de las cantidades de dinero que luego tuvo que invertir la Contratante para poderla poner a topo, ella le pagó el total de lo pactado, porque como lo dijeron en el proceso, ella era una persona seria y responsable;

6º.- Ahora, la señora Juez dice que no hay lugar el reconocimiento del siniestro reclamado porque la obra no amenazaba inestabilidad, pero creo que aquí cometió un error de interpretación, una cosa es inestabilidad o como la misma funcionaria dijo: peligro de que se caiga el edificio, y otra cosa es inestabilidad y sostenibilidad de la obra. La obra es todo un conjunto que comprende, no solo el esqueleto del edificio, sino todos sus componentes y por ello, tomando un concepto de la Caja de Vivienda Popular, publicado en GOOGLE, ESTABILIDAD: "Estado posterior al uso de la obra, en determinado periodo de tiempo que cumpla con criterios de funcionalidad" y SOSTENIBILIDAD: "cualidad que se determina especialmente para las características de compromiso de uso adecuado por la comunidad a la obra"

7º.- En alguna parte de la audiencia dice la señora Juzgadora que la Contratante supo de esas falencias y por ello el incumplimiento no es imputable al Contratista; al respecto debe decir, la Contratante es una persona ignorante en las lides de la construcción, pues los que saben de ello son los arquitectos, ingenieros y afines, ella no tenía ninguna de esas profesiones o habilidades, además se dijo en el expediente la Contratante cuando firmó el acta de entrega, ni siquiera fue al edificio a recibirlo, ella firmó un documento que le llevó una emisaria del Contratista, y ella de buena fe, creyó que estaba bien; es más la obra se veía bien, según dicen los testigos, pero cuando se puso el edificio en operación, comenzaron los problemas, como pasaría con un billete falso, al comienzo se ve normal, pero cuando se revisa debidamente se



ABOGADOS DE COLOMBIA S.A.S.

Visión Jurídica con Justicia Social

www.abogadodecolombiasas.com

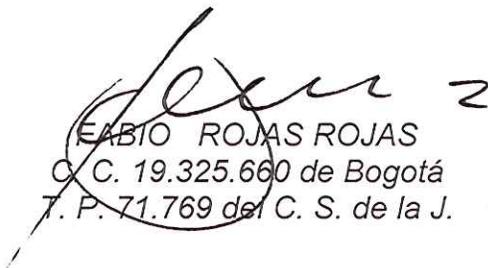
Alega Gonzalo Gómez f2

ve la falsedad y por ser ignorante en las lides de la construcción no se le puede achacar la responsabilidad del Constructor, por lo que creo que en eso también se equivocó la Juzgadora;

8°.- Ahora, la Parte Demandada presentó una gama de excepciones, pero como la Juzgadora solo estudio las denominadas: inexistencia de perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguros contenido en la póliza objeto del proceso, e inexistencia de declaración de incumplimiento por las razones antes anotadas y la Parte Demandada no se adhirió a la apelación a su Honorable Despacho no le está dado estudiar las demás, por lo que demostrado el perjuicio causado por el Contratista a la Contratante, considero hay lugar a revocar la decisión y condenar a la Demandada en la forma pedida en la demanda.

Dejo de esta manera rendidas mis alegaciones finales y sustentación de la apelación interpuesta por la Parte Demandante, y solicito comedidamente a la Honorable Sala, en cabeza del Honorable Magistrado Ponente, revocar la sentencia impugnada y como consecuencia, proferir fallo, accediendo a las súplicas de la demanda.

Atentamente,


FABIO ROJAS ROJAS
C. C. 19.325.660 de Bogotá
T. P. 71.769 del C. S. de la J.



Bogotá D.C., 15 de julio de 2021

Señor

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA CIVIL
M.P. JULIAN SOSA ROMERO
E. S. D.

1

REF: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION
RAD: 2017 - 702 - 01
DE: DALIZ MARIA BELLO BLANCO Y OTROS
CONTRA: FUNDACION HOSPITAL DE LA MISERICORDIA Y OTROS

ENRIQUE ARANGO GOMEZ, mayor y vecino de esta ciudad, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, obrando en mi condición de apoderado de la parte demandante, dentro del término legal, me permito presentar de forma comedida y respetuosa **SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION** ante el honorable **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA CIVIL**, de conformidad con lo ordenado por su honorable despacho en auto del 12 de julio del año 2021 y en esa medida procedo de la siguiente forma a sustentar el recurso:

I. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Constituyen argumentos que sustentan este recurso, los siguientes:

1. En primera medida, es importante hacer referencia a la cuestión de que los médicos tratantes que declararon en curso del proceso, como lo son el doctor **OSCAR FERNANDO TORRES, ALONSO, FERNANDO DAZA AMEZQUITA Y JUAN JAVIER VALERO**, al igual que los médicos que rindieron los dictámenes periciales aportados por las entidades demandadas pueden carecer de imparcialidad, en virtud de que los médicos que rindieron sus declaraciones y atendieron al menor, son galenos que primero podrían verse directamente afectados o beneficiados por los efectos de la sentencia y segundo son subordinados de las entidades aquí demandadas, como se sabe **el elemento esencial y propio de toda relación laboral es elemento de la subordinación o dependencia, es decir, los doctores OSCAR FERNANDO**



TORRES, ALONSO, FERNANDO DAZA AMEZQUITA Y JUAN JAVIER VALERO son subordinados de la parte demandada, **a favor de quien emitieron su testimonio.**

Dejando claridad en lo dicho de forma precedente, es decir, los testigos son dependientes y llamados en garantía de la parte demandada y por ende tienen que ser considerados como testigos sospechosos, tal y como lo ha dicho el honorable Consejo de Estado *“en el ordenamiento jurídico colombiano **son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes** o a sus apoderados, **antecedentes personales u otras causas**”*.¹

Es más que claro que los testimonios de los señores OSCAR FERNANDO TORRES, ALONSO, FERNANDO DAZA AMEZQUITA Y JUAN JAVIER VALERO estaban encaminados a favorecer únicamente a la parte demandada, pues de su declaración es evidente que más que un recuento de hechos como debería hacerlo un testigo, pero en este caso el mismo se dedicó a argumentar y defender las razones por las cuales no se hizo uso de todos los medios disponibles para confirmar o descartar un diagnóstico, lo cual claramente llevo a la muerte de la paciente o en el peor de los casos le causo una perdida en la oportunidad de vivir.

En la misma medida puede desprenderse de la contradicción de los dictámenes periciales aportados por la parte demandada, peritos quienes al contestar sus las preguntas en su declaración demostraban la incomodidad al sentir que se atacaba no su dictamen, sino el actuar de las entidades demandadas y médicos tratantes, además de lo anterior, **ES IMPORTANTE TENER EN CUENTA QUE EL PERITO DOCTOR ANDRES GALINDO, MANIFESTO EN SU DECLARACION QUE INVESTIGO LITERATURA MEDICA PARA SUSTENTAR EL ACTUAR MEDICO, ES DECIR TRATO DE DEFENDER LA POSICION DE LA PARTE DEMANDADA COMO EL MISMO LO MANIFESTO AL SEÑALAR EL METODO UTILIZADO EN SU DICTAMEN, PUES INVESTIGO PARA RESPALDAR EL ACTUAR DE LA PARTE DEMANDADA, NO FUE UN DICTAMEN PERICIAL IMPARCIAL.**

Por lo anterior los testigos técnicos y peritos aportados por los demandados debieron ser considerado sospechosos.

¹ CE Sección Tercera, Sentencia 41001233100019990098701 (36932), 14/07/16



2. Es evidente que desde el 24 de abril del año 2013, día en que el menor difunto tuvo la primer atención medica como consecuencia de su dolor abdominal y demás síntomas propios de la apendicitis, inicio una cadena de errores que llevaron a la muerte, iniciando con el diagnóstico erróneo de la Unidad Pediátrica de los Andes, para posteriormente el día 27 de abril de 2013, los médicos de la Fundación Hospital la Misericordia, reiterando el paciente y su madre los síntomas propios de una apendicitis, deciden acoger el concepto emitido por la anterior IPS y tratar al menor con un diagnostico erróneo, a pesar de que se manifestó por parte del menor y su madre en las dos instituciones prestadoras de servicios de salud y tal como quedó plasmado en la historia Y COMO FUE MUY CLARA LA SEÑORA DALIZ BELLO EN SU DECLARACION, AL MANIFESTAR LOS SINTOMAS QUE LE INDICO CON CLARIDAD A LOS MEDICOS, PUES CUALQUIER MADRE PREOCUPADA SEÑALA AL MEDICO DE URGENCIAS CON DETENIMEINTO TODOS LOS INTOMAS E INLCLUSO PUEDEN LLEGAR A EXAGERARLOS, MANIFESTO CLARAMENTE A LOS MEDICOS COMO LO SEÑALO EN EL INTERROGATORIO DE PARTE QUE los síntomas eran un fuerte dolor abdominal, dificultad al caminar, diarrea, dificultad para hacer sus deposiciones, fiebre de hasta 40 grados, las alucinaciones, la pérdida del control de esfínter y a pesar de que como los mismos médicos lo manifestaron el dolor recurrente durante varios días, lo cual sin lugar a dudas daba origen a la toma de muestras y a la realización de exámenes más profundos que impidieran que se reventara el apéndice, llegando a una peritonitis y a un desenlace fatal como finalmente sucedió, PUES NUNCA SE RALIZARON PRUEBAS DE SANGRE, PRUEBAS DE ORINA, PRUEBAS DE DIAGNOSTICO POR IMÁGENES O UNA LAPARATOMIA EXPLORATORIA, PARA CONFIRMAR O DESCARTAR LA APENDICITIS DEL MENOR, LO QUE LO TENDRIA HOY CON VIDA JUNTO A SUS PADRES, EL HABER DESPLEGADO TODOS LOS ESFUERZOS PARA NO HABER FALLADO EN EL DIAGNOSTICO, PORQUE ES CLARO QUE HUBO UN ERROR DE DIAGNOSTICO, DE ESO NO HAY DUDA. ESAS MANERAS DE LOGRAR DIAGNOSTICAR UNA AOENDICITIS CON CLARAS EN LA LITERATURA MEDICA, QUE OBRA EN EL EXPEDIENTE Y A LA CUAL EL HONORBALE DESPACHO PUEDE ACCEDER Y FUNDAMENTAR SU DECISION EN ELLA, TAL COMO LO HA HECHO LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SU SALA DE CASACION CIVIL EN SUS MULTIPLES OPORTUNIDADES, PUES ES NATURAL QUE LOS MEDICOS QUE trataron Al menor justifiquen su forma de actuar para no aceptar el gran error de diagnóstico cometido que llevo a la muerte del menor,



que llevo a que perdiera su oportunidad de vivir, también es natural y normal que los médicos contratados por las entidades demandadas para rendir dictamen, busquen estar acordes con el actuar de los médicos que estaban vinculados a la entidad que los contrato.

- 4
- El 24 de abril de 2013 en la SOCIEDAD PEDIATRICA DE LOS ANDES, el menor que en paz descansa es atendido por el doctor OSCAR FERNANDO TORRES ALONSO siendo el motivo de consulta: **“dolor abdominal”** y señalando como enfermedad actual **“Dolor abdominal, desde ayer dolor abdominal tipo cólico, asociado a vomito ultimo a las 3 am, (...) no diarrea, ayer fiebre”** (Ver folio 31) el médico tratante no solicita exámenes ni establece un plan de tratamiento, pues indica a la madre del menor que puede estar tranquila, que no se trata de un dolor abdominal que requiera cirugía y **consigna en la historia clínica respecto del tratamiento “paciente con dolor abdominal no quirúrgico”**. y el médico tratante después de explicar a la madre lo anterior **“da salida al menor con acetaminofén”** y queda consignado en la historia clínica de ese día como diagnostico **“RINOFARINGITIS AGUDA (RESFRIADO COMUN)”**

 - Como se puede observar al menor MIHAEL SANTIAGO RIVERA BELLO (Q.E.P.D.) se le da salida indicando a la madre que puede estar tranquila que no se trata de un dolor abdominal quirúrgico y ordena suministrar acetaminofén, que según la literatura médica **“El acetaminofén se encuentra en una clase de medicamentos llamados analgésicos (calmantes para el dolor) y antipiréticos (para bajar la fiebre). Funciona al cambiar la forma en que el cuerpo siente el dolor y por el enfriamiento del cuerpo.”** (Ver folios 53-58), es decir con el acetaminofén se ocultaron los síntomas del dolor abdominal, estando los mismos afectando al menor, PERO ADEMÁS MUY IMPORTANTE DE TENER EN CUENTA, AL MENOR SE LE DA SALIDA SIN NINGUN TIPO DE SIGNO DE ALARMA Y DANDO TOTAL TRANQUILIDAD A LA MADRE CON UN DIAGNOSTICO EQUIVOCADO, GENERANDO EN ELLA UNA CONFIANZA LEGITIMA Y TRANQUILIDAD, RESPECTO DE QUE EL DOLOR ABDOMINAL NO ERA GRAVE Y NO ERA QUIRURGICO SEGÚN LO EXPLICO EL MEDICO TRATANTE.



- El día 27 de abril del año 2013, la señora DALIZ BELLO madre de MIHAEL SANTIAGO RIVERA BELLO (Q.E.P.D.), a pesar de las recomendaciones médicas y el diagnóstico dado en la atención médica recibida en SOCIEDAD PEDIATRICA DE LOS ANDES donde se le manifiesta que es un simple resfriado y no es nada grave, llega a la conclusión de que su hijo no se encuentra bien y decide llevarlo nuevamente a urgencias; pero esta vez un poco inconforme con la atención recibida, decide llevar a su hijo a la FUNDACION HOSPITAL LA MISERICORDIA, donde espera en urgencias aproximadamente 40 minutos hasta que son llamados para realizar el TRIAGE.
- EN LA ATENCION RECIBIDA el día 27 de abril del año 2013 a las 11:34 am por la FUNDACION HOSPITAL LA MISERICORDIA, quedo especificado que el motivo de la consulta fue "TIENE DOLOR ABDOMINAL" y se plasmó como enfermedad actual "PACIENTE MASCULINO DE 10 AÑOS Y ONCE MESES DE EDAD QUE CONSULTA POR CUADRO CLINICO DE 5 DIAS DE EVOLUCION DE DOLOR ABDOMINAL DE PREDOMINIO EN HIPOGASTRIO²". HA TENIDO FIEBRE CUANTIFICADA HASTA EN 40 GRADOS" hipogastrio como lo explico el doctor cirujano pediatrico en su declaración, es debajo de la región umbilical.
- SE RECETA NUEVAMENTE ACETAMINOFEN.
- En la consulta de este mismo día a las 15:52, el medico de turno señala que "SE REVALORA PACIENTE QUIEN PERSISTE CON DOLOR ABDOMINAL SIN EMBARGO REFIERE QUE HA DISMINUIDO (...) SE CONSIDERA PACIENTE CURSA CON GASTROENTERITIS DE PROBABLE ETIOLOGIA VIRAL SE CONSIDERA PUEDE RECIBIR MANEJO AMBULATORIO CON CONTROL DE UROANALISIS DE MANERA AMBULATORIA." (En esa medida DE MANERA IMPRUDENTE se da de alta al menor.
- Como se puede observar los médicos de turno de la SOCIEDAD PEDIATRICA DE LOS ANDES y FUNDACION HOSPITAL LA MISERICORDIA a pesar de que el paciente presentaba síntomas propios de una apendicitis no tomaron ninguna medida Y NO SE TIENE EN

² Según la enciclopedia Wikipedia, el Hipogastrio es una [región del abdomen](#) localizada debajo de la [región umbilical](#) y entre las fosas ilíacas o regiones inguinales derecha e izquierda.



CUNETA COMO UN POSIBLE DIAGNOSTICO, LO CUAL DEBIA HACERSE, TAL COMO LO INDICO EL MINISTERIO DE SALUD EN LA REPSUESTA AL NUMERAL 5 DEL DICTAMEN PERICIAL ESCRITO POR ENTIDADES OFICIALES AL INDICAR EXPRESAMENTE LO SIGUIENTE “El dolor abdominal no siempre quiere decir un diagnóstico de apendicitis pues existen otros diagnósticos diferenciales -Si se debe tener en cuenta como posible diagnostico”, LO CUAL NO SE HIZO POR LAS ENTIDADES DEMANDADAS,

- Pero además de lo anterior el dolor abdominal, vomito, nauseas, fiebre y diarrea, eran claros síntomas de una apendicitis, ya que según lo indicado en la literatura médica “El primer síntoma a menudo es el dolor alrededor del ombligo o en la parte media del abdomen superior. Este dolor inicialmente puede ser leve al principio, pero se vuelve más agudo y grave. Es posible que también se presente inapetencia, náuseas, vómitos y un bajo grado de fiebre.

El dolor tiende a desplazarse a la parte inferior derecha del abdomen y tiende a concentrarse en un punto directamente sobre el apéndice llamado el [punto de McBurney](#). Esto ocurre con mayor frecuencia de 12 a 14 horas después del comienzo de la enfermedad.

El dolor puede empeorar al caminar, toser o hacer movimientos súbitos. **Los síntomas tardíos incluyen:**

Escalofríos y temblores

Heces duras

Diarrea

Fiebre

- Náuseas y vómitos³

Tal cual los síntomas sufridos por el paciente son los señalados por la literatura médica como cuadro clínico de apendicitis, pero se diagnosticó erróneamente y jamás se tuvo la apendicitis como posible diagnóstico en las atenciones clínicas señaladas con anterioridad,

³ <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000256.htm>



- Los médicos de turno de la FUNDACION HOSPITAL LA MISERICORDIA, a pesar de que los síntomas de apendicitis persistían desde hace 5 días, descartan toda posibilidad de apendicitis señalando el día 27 de abril de 2013, que el dolor abdominal ha disminuido, sin tener en cuenta que los síntomas de la apendicitis aumentan normalmente y van empeorando gradualmente, pero hay un momento en que dichos síntomas disminuyen, especialmente el dolor puede reducirse temporalmente cuando el apéndice se rompe por la presión acumulada, tal como lo ha señalado la literatura médica al respecto *“Según la Clínica Mayo, los síntomas de apendicitis aumentan usualmente en un período de 12 a 18 horas después de la infección. A medida que la inflamación empeora, el dolor comenzará a aumentar gradualmente. Después de este período de tiempo, los síntomas, especialmente el dolor, pueden reducirse temporalmente cuando el apéndice se rompe por la presión acumulada. Sin embargo, esto permite la liberación de pus, que infecta a la cavidad abdominal, pudiendo crear otra infección llamada peritonitis secundaria. Después de algunas horas de alivio, el dolor vuelve y es más intenso debido al desarrollo y la expansión de la infección. Si no se trata, la peritonitis causada por un apéndice que se rompe puede rápidamente convertirse en una amenaza para la vida (causando otras complicaciones como sepsis, infección del torrente sanguíneo), especialmente si has tenido síntomas durante más de 48 horas sin tratamiento, según el Centro Médico de la Universidad de Maryland.”*⁴

Lo anterior demuestra que se dio mala interpretación al progreso del cuadro clínico del paciente.

- Al menor MIHAEL SANTIAGO RIVERA BELLO (Q.E.P.D.) en la FUNDACION HOSPITAL LA MISERICORDIA se le realizó un examen COPROSCOPICO, el día 27 de abril de 2013, examen que es conocido por los médicos de turno y en el cual se observa la presencia de diversos parásitos, parasitosis, entre ellos ASCARIS, OXIUROS, UNCINARIAS y LARVAS entre otros **y se observa que aparece el TRICOCEFALO,** que según la literatura médica *“ El diagnóstico del tricocéfalos con el laboratorio se basa en la detección de los huevos típicos presentes en las heces, además de contarlos. Los sujetos con tricuriasis leve no presentan*

⁴ https://muyfitness.com/cuanto-pueden-durar-los-sintomas-de-apendicitis_13094526/



*síntomas. Los casos de infección fuerte padecen apendicitis aguda.*⁵ TAL COMO LO INDICO EL MINISTERIO DE SALUD EN LA RESPUESTA AL NUMERAL 9 DEL DICTAMEN PERICIAL RENDIDO DE MANERA ESCRITA POR ENTIDADES OFICIALES AL INDICAR EXPRESAMENTE LO SIGUIENTE QUE LA PARASITOSIS NO ES FRECUENTE EN LA APENDICITIS PERO SI ES UN INDICE DE SOSPECHA, QUE POR NINGUN LADO A LOS MEDICOS TRATANTES LES GENERO ESTA SOSPECHA, SIGUIENDO LA TARDANZA EN EL DIAGNOSTICO ADECUADO DEL PACIENTE.

- Como se puede observar los médicos de turno de la FUNDACION HOSPITAL LA MISERICORDIA no solo interpretaron de forma errónea el cuadro clínico del paciente, dieron un diagnostico errado, sino que también se hizo una errónea interpretación del examen COPROSCOPICO realizado, el cual demostraba que la presencia de TRICOCEFALO con infección fuerte da lugar a la presencia de apendicitis aguda SEGÚN LA LITERATURA O ES UN INDICE DE SOSPECHA DE DICHO CUADRO CLINICO Y LO MAS ASOMBROSOS AUN ES QUE SE DA SALIDA AL PACIENTE EL DIA 27 DE ABRIL DE 2013 EN HORAS DE LA TARDE SIN SIGNOS DE ALARMA, TAL COMO SE PUEDE OBSERVAR EN LA HISTORIA CLINICA, PUES SE HACE UNA ACLARACION QUE LAS RECOMENDACIONES NO CORRESPONDEN AL MEDICO QUE SEÑALA LA HISTORIA CLINICA QUE LAS EMITIO.
- OTRO PUNTO INACEPTABLE Y ALEGADO POR LA PARTE DEMANDADA, ES TRATAR DE CULPAR A LA MADRE DEL MENOR POR NO SEGUIR RECOMENDACIONE SMEDICAS, CUANDO AL DIA SIGUIENTE CUMPLIENDO ESAS RECOMENDACIONES MEDICAS LLEVO A SU HIJO NUEVAMENTE A URGENCIAS, LOS MEDICOS AL DECLARAR DICEN QUE EL VOMITO CONSTANTE COMO SEÑAL DE ALARMA, ES VOMITAR 4 VECES POR HORA, LA MAMA FUE TAN CUIDADOSA QUE, CON VOMITAR UNA CUARTA PARTE DE ESTO, DECIDE LLEVARLO A URGENCIAS.
- EL MENOR EVIDENTEMENTE ESTABA EN PESIMAS CONDICIONES, POR LO CUAL AL DIA SIGUIENTE DEL EGRESO ORDENADO POR

⁵ https://es.wikipedia.org/wiki/Trichuris_trichiura



LOS MEDICOS TRATANTES, ES NUEVAMENTE LLEVADO POR SUS PADRES AL HOSPITAL DE LA MISERICORDIA, DONDE COMO SE PUEDE OBSERVAR EN LA HISTORIA CLINICA del 28 de abril del 2013, por fin se diagnosticó lo que siempre tuvo el menor y lo que los síntomas siempre evidenciaron, una apendicitis aguda LO QUE JAMAS SE TUVO COMO SOSPECHA, A PESAR DE HABER ESTADO EL DIA ANTERIOR EN EL MISMO HOSPITAL Y HABER PERSISTIDO LOS MISMOS SINTOMAS DESDE LA PRIMER ATENCION, los diagnósticos fueron *“(k922) hemorragia gastrointestinal, no especificada – impresión (k350) apendicitis aguda con peritonitis generalizada – confirmado nuevo.”* TAL COMO SE PUEDE OBSERVAR EN LA HISTORIA CLINICA.

- El mismo día los médicos de turno señalan en la evolución que se trata de un “paciente de 10 años con cuadro clínico de 7 días de evolución de dolor abdominal tipo cólico localizado en mesogastrio que ha aumentado en intensidad (...) se solicitan paraclínicos de extensión y valoración por cirugía pediátrica, se explica a padre manifiesta entender y aceptar.” (Ver folio 42)
- Posteriormente el menor “es valorado por cx (cirugía) pediátrica considera peritonitis generalizada”, como se puede observar ya la apendicitis estaba tan avanzada que había llegado a su última etapa, la cual es una peritonitis.
- La apendicitis tiene cuatro etapas según la literatura médica y las cuales se desarrollan en periodos de tiempo muy cortos, estas son:

“Etapa 1. Apendicitis simple o catarral: cuando se obstruye la luz del apéndice el moco que segrega, como segrega cualquier parte del intestino, no puede fluir libremente y comienza a acumularse en su interior. Esto hace que las bacterias que forman parte de la flora intestinal se multipliquen en exceso y comience el proceso inflamatorio. En esta etapa el apéndice tiene un aspecto exterior normal y sólo se puede identificar la inflamación al microscopio.

Etapa 2. Apendicitis flemonosa o fibrinosa: poco a poco el apéndice se distiende al aumentar su presión interior. Llega un momento que la presión es tanta que la sangre no puede irrigar correctamente el apéndice. El aspecto del apéndice es inflamatorio: roja y agrandada.



Etapa 3. Apendicitis gangrenosa: las paredes del apéndice se van debilitando, tanto por la falta de riego sanguíneo, como por el aumento de la presión interna. Hay partes que empiezan a necrosarse y se vuelven de color negro pudiendo segregar pus.

Etapa 4. Apendicitis perforada: finalmente las paredes se rompen y se libera toda la pus y heces hacia el interior de la cavidad abdominal, dando lugar a una peritonitis.⁶

Como se puede observar la cuarta etapa de la apendicitis, es la conocida como apendicitis perforada, donde las paredes se rompen, liberando pus y heces al interior de la cavidad abdominal, dando lugar a una peritonitis, esta era la que ya padecía el menor, AL MOMENTO DEL TARDIO DIAGNOSTICO.

- Como se puede observar el día 28 de abril del año 2013, debido a los errores de diagnóstico de los médicos y de la poca atención prestada al cuadro clínico del paciente, una apendicitis que pudo ser detectada a tiempo, PORQUE DIO TIEMPO DE HACERLO, ya para esta fecha estaba tan avanzada que se había convertido en una peritonitis de gran gravedad.
- El mismo día 28 de abril de 2013 el menor en **“CIRUGIA PEDIATRICA valorado a las 20:50 hs paciente de 10 años de edad en sala de reanimación, con médico de urgencias sin acompañante (...) ANESTESIOLOGIA (...) paciente en mal estado general, shock séptico⁷ de origen abdominal. Sangrado digestivo. (...) Se explican riesgos, alta probabilidad de complicaciones perioperatorias. Se confirma reserva de gre se solicita cama en uci.”**
- El día 29 de abril del año 2013, los médicos de turno realizan una nota del procedimiento, en la cual señalan como diagnósticos **“abdomen agudo, peritonitis generalizada, choque séptico (...) apendicitis aguda perforada con peritonitis generalizada, sepsis grave”** y como plan se indicó **“traslado a unidad de cuidado intensivo”**
- RECORDEMOS ACA QUE EL PAICENTE ERA UN NIÑO DE SOLO 10 AÑOS, RESPECTO DE QUIEN PREVALECEN SUS DERECHOS FUNDAMENTALES SOBRE LOS DEMAS, SEGÚN LO ORDENADO EN LA CONSTITUCION, PERO EN ESTA HISTORIA CUANDO TODOS

⁶ <http://www.webconsultas.com/apendicitis/etapas-de-la-apendicitis-404>

⁷ Según la literatura médica un Shock Séptico es: *El shock séptico es la manifestación más grave de una infección.* <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0716864011704291>



CREEMOS QUE NADA PUEDE EMPEORAR, LOGRAMOS VER COMO SI EMPEORA, PUES EL MENOR NO ES TRASLADADO A LA UNIDAD DE CUIDADO INTENSIVO A PESAR DE NECESITARLO URGENTEMENTE, POR FALTA DE DISPONIBILIDAD.

- Posteriormente en la misma historia clínica quedo registrado respecto del paciente lo siguiente *“paciente en estado crítico, inestable hemodinamicamente, soporte vasoactivo y abdomen abierto. Requiere unidad de cuidado intensivo sin embargo no hay disponibilidad de cama. En las condiciones actuales del paciente, no es factible remitir a otra institución, por lo que se continuo manejo en salas de cirugía, en espera de traslado.”*
- Después de esto y de que se había establecido que el traslado a UCI era necesario para el paciente MENOR desde el 28 de abril del año 2013 a las 20:50 hr, el traslado se hace efectivo HASTA EL DIA SIGUIENTE, a pesar de necesitarlo urgentemente dado SU estado crítico Y SU PREVALENCIA DE DERECHOS POR TRATARSE DE UN NIÑO, pues en la historia clínica se puede observar que *“ingresa a uci en pésimo estado general, posterior al ingreso se evidencia actividad eléctrica sin pulso y a las 6:34 inician maniobras de reanimación cardiopulmonar avanzada por 47 minutos sin lograr respuesta”* (Ver folio 42 reverso)
- **PACIENTE INGRESO SIN PULSO A LA UNIDAD DE CUIDADO INTENSIVO.**
- A las 7:25 del mismo día el menor fallece, pues *“se suspende maniobras de reanimación, hora de muerte 7+25 hr. Se informa a la familia y se brinda acompañamiento. Se solicita autopsia.”*
- El día 29 de abril del año 2013 a las 9:30 am se realiza autopsia del cuerpo del menor, donde se hace **un resumen de las lesiones de la siguiente forma “1. Choque séptico de origen abdominal con: - Criterios clínicos y de laboratorio – Estado post apendicetomía por apendicitis aguda perforada y drenaje de peritonitis. – SE INDICA EN LA AUTOPSIA LO SIGUIENTE POR EL MEDICO PATOLOGO “RESPUESTA INFLAMATORIA NO CONTROLADA QUE LO LLEVA A LA MUERTE”**

Dentro de los comentarios se evidencia que debido a la mala interpretación de los exámenes, se dio una complicación en la salud del menor, lo cual generó la aparición de una de una peritonitis generalizada por apendicitis perforada.



- Vale la pena recordar que la mortalidad de la apendicitis tratada de manera adecuada es mínima, pues equivale al 0.1%, tal como lo ha señalado la literatura médica **“La mortalidad en la apendicitis aguda simple es aproximadamente de 0.1% y no ha cambiado significativamente desde 1930. El adelanto de los cuidados preoperatorios al igual que en el posoperatorio, con énfasis particular en el tratamiento de líquidos antes de las intervenciones quirúrgicas, ha reducido la mortalidad por perforación a aproximadamente 5 por ciento. Sin embargo, todavía ocurren infecciones posoperatorias en 30% de pacientes con apéndices gangrenados o perforados. Aunque la mayoría de estos pacientes sobreviven, muchos se agravan y requieren hospitalización prolongada».** (LAWRENCE WAY. *Diagnósticos y tratamientos quirúrgicos*. 7ª ed. Bogotá, 1994. p. 741)

(...)

La mortalidad quirúrgica de una apendicitis no complicada es menos del 0,1%: se eleva a 0,6% en la apendicitis gangrenosa y llega al 5% en la perforada, en pacientes ancianos; la morbilidad posoperatoria llega al 10% y está relacionada principalmente con infecciones de la herida y con abscesos intraperitoneales». (HIPÓLITO WAISMAN, *Op. cit.* p. 274)⁸

- Además de lo anterior, el cuadro clínico del paciente demostró que eran síntomas propios de una apendicitis que nunca se sospechó por los médicos de las entidades demandadas NI SE ADELANTARON TODOS LOS MEDIOS PARA EVIDENCIA LA PRESENCIA O NO DE UNA APENDICITIS, PUES UNA LAPARATOMIA EXPLORATORIA HUBIERA DEMOSTRADO LA PRESENCIA DE DEL CUADRO CLINICO DE APENDICITIS Y SE HUBIERA SALVADO LA VIDA DEL MENOR y según la literatura médica ***“La apendicitis aguda siempre deberá sospecharse en los pacientes que se quejan de dolor abdominal o que manifiestan síntomas mínimos que sugieren irritación peritoneal... La única forma de disminuir la morbilidad y prevenir la mortalidad es ejecutar apendicectomía antes de que hayan ocurrido perforación o gangrena”***⁸, situación que nunca se sospechó, pero siempre existió queja por parte del paciente del dolor abdominal desde la primera atención medica recibida.
3. El fallador de primera instancia no dio aplicación a los INDICIOS que son la prueba por excelencia en estos casos, no da aplicación a todos los graves

⁸ CONDON, Robert E. *Apendicitis*. En Sabinston, David C. op. cit., p. 877.



indicios obrantes en el proceso, ni al principio RES IPSA LOQUITUR, de que los hechos hablan por sí solos, el fallador de primera instancia erróneamente concluye que la atención prestada al paciente fue debida, cuando fue evidente el error de diagnóstico y la falta de utilización de medios técnicos para confirmar un diagnóstico y dar un tratamiento adecuado a la paciente, pues los peritos en su declaración al contestar las preguntas del despacho, señalan que si todos los síntomas que la madre declaró que tenía el menor en sus atenciones se hubieran relacionado en la historia clínica, el diagnóstico hubiera sido diferente de apendicitis, pero resulta que como la madre lo manifestó en su declaración bajo la gravedad de juramento, son síntomas que con claridad le explico a los médicos tratantes, que no fueron con claridad plasmados en la historia clínica.

4. **OTRO ERROR DEL FALLADOR DE PRIMERA INSTANCIA, FUE NO PRONUNCIARSE DE MANERA EXPRESA RESPECTO DE LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS PLANTEADAS EN LA DEMANDA,** pues si bien las relaciona en la sentencia, al momento de despachar las pretensiones principales de manera desfavorable, no entra a estudiar las **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS, QUE BÁSICAMENTE IBAN ENCAMINADAS A OBTENER LA RESPONSABILIDAD DE LA PARTE DEMANDADA POR LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD DE VIVIR,** la cual es evidente y no fue objeto de estudio en la sentencia, pues si la atención prestada al paciente no fue la que llevo a la muerte del menor de manera clara, de todas las pruebas no sería posible concluir algo diferente a que por dichas actuaciones erróneas se perdió la oportunidad de vivir de MIHAEL SANTIAGO RIVERA BELLO, al no utilizar todos los medios técnicos para confirmar el cuadro clínico que padecía, que posteriormente la llevo a la muerte, **POR SU TARDIO DIAGNOSTICO, QUE DIO BASTANTE TIEMPO PARA CONFIRMARLO EN DEBIDA FORMA Y DE MANERA PREVIA.**

5. FUNDAMENTOS JURIDICOS Y ANTECEDENTES DE CONDENA POR CASOS SIMILARES EN LA JURISPRUDENCIA

En la prestación del servicio médico, por regla general no interviene una sola entidad o un solo ACTO en la prestación de este servicio y de ahí la necesidad de analizar los comportamientos y momentos en la atención por cada entidad, pues **“la responsabilidad por los daños causados con la actividad médica, por regla general está estructurada por una serie de actuaciones que desembocan en el resultado final y en las que intervienen, en diversos**



momentos, varios protagonistas de la misma, desde que la paciente asiste al centro hospitalario, hasta cuando es dada de alta o se produce su deceso. Esa cadena de actuaciones sobre la paciente no es indiferente al resultado final y por ello, la causa petendi en estos juicios debe entenderse comprensiva de todos esos momentos, porque la causa del daño final bien puede provenir de cualquier acción u omisión que se produzca durante todo ese proceso.⁹

Cuando hablamos de la prestación del servicio de salud, es importante tener en cuenta que en el paciente se genera una confianza legítima de que la atención por parte de la entidad o entidades que prestan el servicio de salud va a estar encaminada a buscar por todos los medios posibles que se recupere la salud, frente a este principio de confianza legítima el Consejo de Estado ha señalado que **“En tratándose de la prestación del servicio médico-hospitalario, (...) asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/u hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud. En ese orden de ideas, el principio de confianza legítima en materia de la prestación del servicio médico - hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud.”**¹⁰

En este caso debe haber responsabilidad de las entidades demandadas, toda vez que se violó con la obligación propia del principio de confianza legítima depositado en la actividad médica, pues el personal médico de ambas entidades no tomó con seriedad el caso, hay responsabilidad porque **se “rompió con la obligación propia del principio de confianza legítima depositado en la actividad médica de búsqueda de alternativas para la detección, diagnóstico, tratamiento y, si es posible la mejoría o recuperación del paciente, y no, como en el caso la aplicación descoordinada, errática e ineficiente de los conocimientos médicos, a partir de la historia clínica que tan deficientemente se tuvo y al inexistente seguimiento que se hizo.”**¹¹

⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Exp: 16085.

¹⁰ Consejo de Estado. Sentencia de junio 16 de 2008. Exp: 16775.

¹¹ Consejo de Estado. Sentencia enero 24 de 2011. Exp: 17547.



JURISPRUDENCIA SOBRE LE RESPOSNABILIDAD CIVIL EN CASOS SIMILARES - POR ERROR DE DIAGNOSTICO DE APENDICITIS Y UNA POSTERIOR PERITONITIS QUE LLEVA A LA MUERTE

La jurisprudencia Colombiana ha tenido la oportunidad de tratar muchos casos similares a este, en los cuales ha soportado sus decisiones con base en la literatura médica y ha condenado la responsabilidad civil proveniente de la prestación del servicio médico, en casos de diagnóstico erróneo o tardío de la apendicitis, como los que veremos a continuación:

15

El siguiente es un caso tratado en la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, con ponencia del doctor Ariel Salazar Ramírez y SC13925-2016 Radicación n° 05001-31-03-003-2005-00174-01, del 24 de agosto de 2016:

“Sin embargo, no puede decirse lo mismo de las etapas anteriores, en las que, como quedó demostrado, la atención brindada a la usuaria se caracterizó por una larga cadena de errores negligentes, omisiones injustificables y violaciones a los estándares científicos que demuestran con un altísimo grado de probabilidad la grave culpa en la que incurrió el equipo médico de la Clínica Las Vegas y que desencadenó el deterioro de la salud de la paciente y su posterior muerte.

(...)

La muerte de la señora Luz Deisy en las circunstancias antes descritas no fue obra del infortunio o de complicaciones inevitables producidas por su propio organismo, como quisieron dar a entender en sus declaraciones los médicos que la atendieron, pues está científicamente documentado que la mortalidad de cero por esta patología es teóricamente posible, y que los pocos casos de muerte que aún se presentan son perfectamente evitables:

«La mortalidad en la apendicitis aguda simple es aproximadamente de 0.1% y no ha cambiado significativamente desde 1930. El adelanto de los cuidados preoperatorios al igual que en el posoperatorio, con énfasis particular en el tratamiento de líquidos antes de las intervenciones quirúrgicas, ha reducido la mortalidad por perforación a aproximadamente 5 por ciento. Sin embargo, todavía ocurren infecciones posoperatorias en 30% de pacientes con apéndices gangrenados o perforados. Aunque la mayoría de estos pacientes sobreviven, muchos se agravan y requieren hospitalización prolongada». (LAWRENCE WAY. Diagnósticos y tratamientos quirúrgicos. 7ª ed. Bogotá, 1994. p. 741)



«La mortalidad quirúrgica de una apendicitis no complicada, es menos del 0,1%; se eleva a 0,6% en la apendicitis gangrenosa y llega al 5% en la perforada, en pacientes ancianos; la morbilidad posoperatoria llega al 10% y está relacionada principalmente con infecciones de la herida y con abscesos intraperitoneales». (HIPÓLITO WAISMAN, Op. cit. p. 274)»

Como consecuencia de todo lo anterior, la honorable Corte Suprema de Justicia declara LA responsabilidad civil medica de las entidades demandadas, POR CONSIDERAR QUE EN LA ACTUALIDAD LA MUERTE POR APENDICITIS Y PERITONITIS SON CLARAMENTE EVITABLES.

El siguiente es un caso tratado en el Consejo de Estado, con ponencia del doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera y Radicación número: 85001-23-31-000-2005-00630-01(37387), del 13 de junio de 2016:

“ Bajo esta perspectiva, el personal médico de la Clínica Casanare, de conformidad con las exigencias de la lex artis, estaban compelidos a despejar las dudas que ofrecían los síntomas y el dolor abdominal persistente que aquejaba a la señora Deyanira Vega Aguirre, los cuales podían ser concordantes con un cuadro de apendicitis y que debieron generar en los especialistas una duda en cuanto al diagnóstico y al manejo inicial que se le dio a la paciente. En otros términos, a pesar de que los síntomas de apendicitis podían ser evidentes¹², los médicos de la Clínica Casanare nunca confirmaron o descartaron dicha patología.

En ese orden de ideas, es claro que en este caso resultaba imperativo establecer un diagnóstico diferencial para identificar cuál era la enfermedad que padecía la señora Deyanira Vega Aguirre, la cual posiblemente pudo evidenciarse a través de una laparotomía exploratoria, que, como se advirtió, no se le practicó a la paciente.

Por lo anterior, la Sala considera que está demostrada la responsabilidad de la Clínica Casanare en el presente caso, pues esta institución no realizó todos los procedimientos recomendados por la ciencia médica para diagnosticar a tiempo la patología que sufría la señora Deyanira Vega Aguirre, lo que, a su vez, impidió que se le realizara oportunamente el tratamiento quirúrgico

¹² CONDON, Robert E. Apendicitis. En Sabinston, David C. op. cit., p. 877. “La apendicitis aguda siempre deberá sospecharse en los pacientes que se quejan de dolor abdominal o que manifiestan síntomas mínimos que sugieren irritación peritoneal... La única forma de disminuir la morbilidad y prevenir la mortalidad es ejecutar apendicectomía antes de que hayan ocurrido perforación o gangrena”



indicado (apendicetomía), hecho que ocasionó la muerte de la mencionada paciente.”

RESPONSABILIDAD POR ERROR EN EL DIAGNOSTICO MEDICO

17

Como lo ha indicado el honorable Consejo de Estado “PARA IMPUTAR RESPONSABILIDAD (...) POR DAÑOS DERIVADOS DE UN ERROR DE VALORACIÓN, ES NECESARIO DEMOSTRAR QUE EL SERVICIO MÉDICO NO SE PRESTÓ ADECUADAMENTE PORQUE, POR EJEMPLO, EL PROFESIONAL DE LA SALUD omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban; no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria ; OMITIÓ UTILIZAR OPORTUNAMENTE TODOS LOS RECURSOS TÉCNICOS A SU ALCANCE PARA CONFIRMAR O DESCARTAR UN DETERMINADO DIAGNÓSTICO ; DEJÓ DE HACERLE EL SEGUIMIENTO QUE CORRESPONDE A LA EVOLUCIÓN DE LA ENFERMEDAD, O SIMPLEMENTE, INCURRIÓ EN UN ERROR INEXCUSABLE PARA UN PROFESIONAL DE SU ESPECIALIDAD”¹³ (Negrilla, mayúscula sostenida y subrayado fuera del original).

FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EPS Y LAS IPS

La jurisprudencia de Colombia ha tenido la oportunidad de avanzar en temas de responsabilidad y hoy en día es claro PERO NO SOBRA MENCIONARLO EN ESTOS ALEGATOS que las EPS tienen responsabilidad solidaria justo con las IPS por medio de las cuales se presta el servicio médico de salud, pues se ha señalado por la jurisprudencia frente a este punto que “Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con

¹³ DANILO ROJAS, Betancourt. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subseccion B. Radicación número: 66001-23-31-000-2005-00026-01(36517). Del 2 de mayo de 2016.



Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.¹⁴

Es muy importante lo indicado en esta sentencia, pues en ella se señala de forma inequívoca, expresa y clara; que las Entidades Promotoras de Salud que prestan sus servicios mediante Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, por este hecho no se exoneran de responsabilidad, sino, por el contrario son todas solidariamente responsables por todos los daños causados, especialmente en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas, y este caso objeto de estudio es un caso de muerte.

PARA FINALIZAR ME PARECE IMPORTANTE Y EVIDENTEMENTE APLICABLE A ESTE CASO, LA POSICION JURISPRUDENCIAL ADOPTADA POR EL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MEDICA, CITADO ENTRE MUCHAS EN LA SENTENCIA DEL 10 DE JULIO DE 2013, EXPEDIENTE 27000 CON PONENCIA DEL DOCTOR MAURICIO FAJARDO GOMEZ, EN LA QUE SEÑALA LO SIGUIENTE

“En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a un grado suficiente de probabilidad, que permitían tenerla por establecida. “De manera más reciente se precisó que la exigencia de un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios”

NO SE REQUIERE CERTEZA O EXACTITUD EN EL NEXO CAUSAL, LOS INDICIOS QUE DAN PROBABILIDAD DE ESTE SON SUFICIENTE PARA OBTENER UNA CONDENA DE RESPONSABILIDAD.

¹⁴ NAMEN VARGAS, William. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 2011. Radicado: 11001-3103-018-1999-00533-01



Es por todo lo anterior señoría, que le solicito de manera muy comedida, se acceda a las pretensiones de la demanda, pues los fundamentos jurídicos respaldan nuestra posición.

Agradezco profundamente la atención prestada y el trámite favorable que se le al presente escrito.

Atentamente y con todo respeto,

ENRIQUE ARANGO GOMEZ
CC 1.018.451.255 de Bogotá D.C.
TP 256.025 del CSJ

HONORABLES

MAGISTRADOS SALA CIVIL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MAGISTRADA PONENTE: ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

E. S. D.

REFERENCIA: ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A. CONTRA DIEGO FERNANDO GARCÍA ARIAS, GERMÁN SARABIA HUYKE Y ANDRÉS FERNÁNDEZ GARRIDO

RADICADO: 2019-800-00263

ASUNTO: REPAROS CONCRETOS CONTRA LA SENTENCIA ORAL DEL 22 DE ABRIL DE 2021 - RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN LA AUDIENCIA.

MARIO ALONSO PÉREZ TORRES, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi condición de apoderado de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** (en adelante “**Inassa**” o la “**Compañía**”), calidad previamente reconocida en este proceso, conforme a lo ordenado en el auto del 12 de julio de 2021 presento sustentación del *recurso de apelación* contra la sentencia oral proferida en audiencia del 22 de abril de 2021, en los siguientes términos:

I.

OPORTUNIDAD

Me encuentro en tiempo oportuno de interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en la audiencia del 22 de abril de 2021, toda vez que el auto del 12 de julio de 2021 fue notificado mediante estado del 13 de julio de 2021. Así, en los términos del artículo 14 del Decreto 806 de 2021 el término para sustentar el recurso de apelación vence el 21 de julio de 2021.

II.

MANIFESTACIÓN PRELIMINAR

Me permito poner de presente que en general la sentencia recurrida adolece de diversos defectos como por ejemplo i) carece de una adecuada valoración probatoria razonada y crítica, ii) no observa normas de carácter sustancial y procesal, iii) desconoce y va en contra de sus propios precedentes. En efecto

como se desarrollará en los siguientes capítulos la sentencia este viciada de errores por lo cual la deberá ser revocada.

III. FUNDAMENTOS

La sentencia oral objeto de este recurso de apelación (“Sentencia”), divide su decisión en varios acápites:

1.1. Acápite denominado: “A) Sobre los hechos de soborno trasnacional en la Republica de Ecuador”

1.2.1. Sustentación del reparo concreto en contra de este acápite de la sentencia:

La Sentencia concluyó erróneamente que, no existen medios de pruebas suficientes para declarar la prosperidad de la pretensión relacionada con los hechos de soborno trasnacional en contra de Diego García. La Sentencia cometió una imprecisión al indicar que el único material probatorio aportado por las partes y que tuvo como propósito demostrar la responsabilidad del aludido demandado por los hechos relacionados con el soborno trasnacional en la República del Ecuador corresponde a las manifestaciones realizadas por Andrés Fernández Garrido, declaraciones que en todo caso la Delegatura desechó sin fundamento. En efecto, omitió el Despacho hacer una valoración conjunta de las pruebas allegadas al proceso, las cuales sustentan los hechos que el Despacho tuvo como no probados, las pruebas que se pasaron por alto son:

- Prueba documental 8.2.3: ampliación del dictamen de Grant Thornton (GT), que indica: “(...) *Por último, hacer constar que según nos ha manifestado D. Andrés Fernández en las entrevistas mantenidas, las irregularidades sobre las que nos referimos en el presente documento y que guardan relación con la resolución de la Superintendencia, fueron ordenadas por su superior jerárquico D. Diego García Arias.*” (Subrayado y negrita como énfasis)
- Prueba documental 8.2.5.: en la cual se evidencia que la Superintendencia de Sociedades llegó a la siguiente conclusión: “*Por lo expuesto anteriormente, la Superintendencia de Sociedades encuentra que existe evidencia acerca de que Inassa, por medio de sus empleados, dio y prometió a servidores públicos extranjeros sumas de dinero, a cambio de las cuales obtuvo la terminación y liquidación de los contratos de los proyectos denominados Milagro, Jama y Coaque. Los actos desplegados por dichos funcionarios públicos se cumplieron en ejercicio de sus funciones por lo cual se configura la responsabilidad administrativa de la persona jurídica prevista en el artículo 2° de la Ley 1778 de 2016.*”
- Prueba documental 8.2.39: se prueba la calidad de administrador de Diego García, mediante la constancia emitida por el Secretario General de Inassa.

La Sentencia se contradice probatoriamente, pues de un lado indicó que el dictamen de GT no se tratará como tal sino como una prueba documental, y al momento de revisar la responsabilidad de Diego García, indica que solo se evidencia el dicho de Fernández, desconociendo por completo la propia prueba entonces documental que señala puntualmente que: las irregularidades fueron ordenadas por Diego García Arias como jefe del señor Andrés Fernández y director de expansión de Inassa y que **dichas pruebas obtenidas por GT lo fueron antes de la iniciación del presente proceso.** De donde, las conclusiones de la Delegatura sobre que las contundentes afirmaciones del señor Fernández sobre el involucramiento del señor García como su superior jerárquico no tienen razón ni el soporte suficiente para desecharlas como lo hizo en la sentencia recurrida.

En este punto téngase en cuenta que el señor Fernández confesó su participación en estos hechos también al contestar la demanda y que allí claramente indicó que lo había hecho a partir de las instrucciones del señor García y aunque es claro que Fernández no está confesando en nombre de García, no es correcto afirmar que la única prueba de la violación de los deberes de administrador por parte de Diego García sea la declaración de Andrés Fernández dentro del proceso y es más infortunada la conclusión de la Delegatura en cuanto a que en las pesquisas de GT, Fernández pretendía exculparse cuando ni siquiera habían procesos judiciales en curso.

Le está proscrito al juez la posibilidad de valorar las pruebas aisladamente, por el contrario conforme lo dispone el artículo 164 del CGP, la decisión del juez deberá estar fundamentada en las pruebas aportadas, y en este caso el *A-quo* concluyó que solo había una referencia a la responsabilidad y participación de Diego García, misma que desvirtuó a pesar del rigor y la contundencia que ella implicaba, haciendo una indebida valoración probatoria respecto de la probada participación de Diego García y en su también probada condición de director de expansión de Inassa y superior jerárquico de Andrés Fernández.

En cuanto al perjuicio que ocasionó a la demandante el señor Diego García, está plenamente demostrado, con los siguientes documentos: (i) Resolución de la Superintendencia de Sociedades sancionando a Inassa; (ii) constancia de que Inassa pagó la sanción que le impuso la Superintendencia de Sociedades; (iii) facturas y constancias de pago en favor de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría, a título de representación legal en el proceso sancionatorio adelantado por la Superintendencia de Sociedades; (iv) facturas y constancias de pago en favor de Grant Thornton por la labores de auditoría forense relacionada con estos hechos; (v) estudio de percepción elaborado por Dattis que da cuenta de la afectación al derecho constitucional de Inassa a la honra y al buen nombre.

En cuanto a la violación dolosa o culposa del deber de administrador de Diego Garcia, la página 7 del Informe de Grant Thornton del 13 de junio de 2018 [prueba documental 8.2.3. de la reforma a la demanda]:

Por último, hacer constar que según nos ha manifestado D. Andrés Fernández en las entrevistas mantenidas, las irregularidades sobre las que nos referimos en el presente documento y que guardan relación con la resolución de la Superintendencia, fueron ordenadas por su superior jerárquico D. Diego García Arias.

En cuanto al nexo causal, este deviene del hecho consistente en haber realizado pagos en favor de funcionarios públicos ecuatorianos, pues por tales motivos Inassa fue investigada y posteriormente sancionada por la Superintendencia. Inassa tuvo que incurrir en gastos por representación legal y en gastos para contratar una auditoría forense que confirmara los hechos alegados por la Superintendencia.

Igualmente y no menos importante, la Sentencia olvidó hacer mención a lo preceptuado por el artículo 200 del Código de Comercio, que indica: *“En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.”* Lo cual es una presunción que debe ser desvirtuada por el administrador desleal, pues la conducta de extralimitación en sus funciones y la violación de la ley está probada en este asunto, de manera puntual también por parte del señor Diego García, de donde, la culpa se presume y la conclusión a este respecto de la Delegatura en la sentencia no fue afortunada.

Finalmente, respecto a este acápite la Sentencia también tiene un yerro probatorio inaceptable respecto a la tasación del perjuicio, pues indica que no procede la condena por los montos relacionados con los servicios legales contratados para la defensa de Inassa en el proceso administrativo y el costo de la auditoría forense realizada por Grant Thornton Advisory S.L.P. **Cuando ninguno de los demandados objetó el juramento estimatorio, por lo que está probada la cuantía del daño.** Artículo 206 del Código General del Proceso: *“Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo.”*

1.2. Acápite denominado: B. De los hechos relacionados con la sociedad Interamericana de Aguas de México S.A.

1.2.1. Sustentación del reparo concreto en contra de este acápite de la sentencia oral:

La Sentencia concluyó erróneamente que no hay lugar a imponer una condena pecuniaria con ocasión a la responsabilidad de Germán Sarabia y Diego García por los hechos, porque supuestamente acaecieron respecto de la compañía Triple A S.A. E.S.P., **situación que no es materia del proceso**, no es entendible que la Delegatura tome esta posición cuando ésta totalmente probado que Inassa giró un Cheque a nombre de Inassa que fue cobrado por ventanilla por Germán Sarabia y que dicho cobro se hizo cuando ni siquiera se había expedido una factura por dicho concepto aún.

En efecto, la Sentencia omitió valorar que Germán Sarabia cobró un cheque por 950 millones y luego, sin justificación alguna, se lo entregó al Gerente de Triple A Ramón Navarro, a pesar de que el dinero

en apariencia estaba destinado a pagar por un contrato celebrado con Inamex. No hay razón por la cual el Despacho desconozca tal circunstancia. Es claro que el señor Sarabia no entregó el dinero a nadie de Inamex y por ende las explicaciones de la Delegatura a partir de la explicación que el propio señor Sarabia había dado a GT en cuanto a que Triple A (quien no es parte del proceso) fue la perjudicada pues mediante otro contrato espurio habría devuelto el dinero a Inassa es totalmente deleznable. En este caso el *A-quo* otorga una credibilidad plena a la mención de Sarabia ante GT sobre un tema no ventilado en el proceso como lo es otro supuesto contrato irregular entre Triple A e Inassa; por el contrario frente al tema de Andrés Fernández y el tema de soborno en Ecuador la declaración de éste ante GT que luego ratificada en la demanda y ante la Delegatura no le fue suficiente para acreditar la responsabilidad de Diego García, es decir, hubo un doble rasero en cuanto a la manera de valorar estas pruebas las declaraciones obtenidas por GT frente a Andrés Fernández y frente a Germán Sarabia y en este punto ruego al Honorable Tribunal poner mucha atención.

Es claro que el contrato fue firmado por Germán Sarabia en un abierto conflicto de intereses, pues siendo miembro de la Junta Directiva de Inassa firmó el Contrato sin embargo en nombre de Inamex, y luego cobró el cheque en nombre de Inassa dizque con autorización del presidente de la compañía tal como lo muestran los siguientes documentos obrantes dentro del proceso, las cuales el Despacho interpreta de manera aislada:

- Página 7 del Informe de Grant Thornton del 6 de agosto de 2018 [prueba documental 8.2.12 de la reforma a la demanda]
- Con fecha 2 de junio de 2015, D. Diego García – en representación legal de Inassa – y D. Germán Sarabia – como Director General de Inamex – suscribieron un contrato para *El diagnóstico del estado del sistema de sostenibilidad empresarial aplicable a Inassa, la consolidación de sus actuales sistemas de sostenibilidad empresarial, y la elaboración de un memorándum de observaciones*; estipulando un precio de USD\$455.500.
- Derivado de dicho contrato, el 15 de septiembre de 2015, Inamex emitía una factura a Inassa por el importe estipulado según contrato. No obstante, con anterioridad, el 10 de agosto de 2015, fue emitido un cheque procedente de Inassa y cuyo destinatario era, igualmente, Inassa por importe de 950.000.000 COP, que se correspondía con la mencionada factura de Inamex.
- En base a la información proporcionada por Bancolombia a Inassa, el cheque fue cobrado en efectivo por D. Germán Sarabia, quien afirmó en la entrevista que mantuvimos con fecha 9 de julio de 2018 que, mediante autorización de D. Edmundo Rodríguez Sobrino (Presidente de Inassa por aquél entonces), retiró el efectivo de este cheque y lo trasladó en las instalaciones de Triple A, concretamente al despacho de D. Ramón Navarro – en ese momento, Gerente General de Triple A –; sin que tuviese mayor información ni conocimiento del destino que se le dio a dicha cantidad de dinero, según sus propias manifestaciones en la entrevista.

Está probado que, el señor Sarabia retiró un cheque de 950 millones y sin ningún motivo legítimo se lo entregó al Gerente de Triple A., es decir, el perjuicio está probado de manera contundente. Al ser preguntado al respecto, el señor Sarabia se negó a contestar alegando su derecho a no auto incriminarse en la audiencia inicial; respecto a este punto el Despacho pasó por alto su propio precedente pues lo importante es que los 950 millones cobrados por Sarabia no fueron destinados a pagar el contrato con Inamex:

“De todo lo anterior, el Despacho puede concluir que el demandado solicitó y obtuvo préstamos en nombre de Husqvana Colombia S.A. en exceso de sus facultades estatutarias, pues obligó a la compañía por montos superiores a los que estaba autorizado, sin cumplir con el requisito de doble firma previsto en el artículo 21 de los estatutos sociales. Además, se apropió de recursos sociales por \$927.318.055 e incurrió en violaciones a las normas contables con el fin de encubrir las actuaciones descritas. De ahí que el Despacho deba concluir que, al actuar en nombre de Husqvarna Colombia S.A., pero con fines completamente ajenos a los mejores intereses de la compañía, el demandado se apartó de su deber de lealtad. Igualmente, como se puso de presente en el informe de la auditoría llevada a cabo por Ernst & Young, existió una violación evidente de las normas contables imputable a Raúl Navarro Belalcázar, por lo que éste también habría violado su deber de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias sobre la materia. Por lo anterior, deberá indemnizar los perjuicios generados a la demandante con las actuaciones descritas, en el monto ya indicado”.

El señor Sarabia frente a este punto manifestó lo siguiente, y el Despacho lo interpretó de manera errónea, razón por la cual le pido respetuosamente al Honorable Tribunal tener en cuenta este acápite:

De manera adicional, D. Germán Sarabia confirmó que el retorno del efectivo del cheque se llevó a cabo a través de un contrato entre Triple A e Inassa. Contrato suscrito con fecha 3 de agosto de 2015 entre D. **Diego García** (en representación de Inassa) y Dña. Julia Serrano Monsalvo (representante legal de Triple A) en el que se citaba que Inassa prestaría *servicios profesionales para el acompañamiento a TRIPLE A en la consolidación de su actual sistema de sostenibilidad empresarial a través de la aplicación de los diferentes estándares que ofrece el mercado en esa especialidad*, estipulando un precio de 1.238.202.246 COP (IVA incluido).

El dicho del señor Sarabia que se recoge en el Informe de Grant Thornton tan solo **da cuenta de otro presunto acto fraudulento ocurrido al interior de Triple A**, que en todo caso es ajeno a esta acción social de responsabilidad y que no tiene ninguna relación concreta con el contrato celebrado por Inassa con Inamex y respecto del cual se persigue el resarcimiento causado por el administrador desleal Germán Sarabia.

En cuanto al nexo causal, este fue demostrado con el hecho consistente en que la causa del daño fue el hecho de que el señor Sarabia cobrara el cheque y lo entregara al Gerente de Triple A.

Min 4:32:56 de la audiencia del 27 de agosto de 2020, German Sarabia confesó que no pidió autorización para este tema de Inamex, porque era mandatario, no estaba actuando como persona sino como representante. No vio porque debía pedir autorización, pues actuó como representante de Inamex (**lo cual no es cierto pues el cheque fue librado a nombre de Inassa por la propia compañía**). Confesó en todo caso que cuando actuó en representación de Inamex era administrador de Inassa y miembro de junta directiva.

Min 4:35:13 respecto al tema del cobro de los 950 millones no contestaba porque se acogió a la no autoincriminación.

El Despacho no valoró y ni siquiera hizo mención juiciosa del informe de GT, cuyas conclusiones evidencian la trazabilidad de la operación y fundamentan el perjuicio, del cual es afectado Inassa consistente en que Inamex no prestó ningún servicio a Inassa que justificara pagos a su favor. Y tales pagos injustificados en favor de terceros son contrarios a los deberes de un administrador, en este caso de Germán Sarabia, de actuar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, la violación a los deberes de velar por el adecuado desarrollo del objeto social y de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, descritos en el numerales anteriores. No existe razonabilidad en la conclusión de la Superintendencia de que Inassa no sufrió perjuicio pues Triple A a través de otro negocio oscuro le habría devuelto lo que Sarabia entregó en efectivo a Ramón Navarro. Por tanto, considerar que las actuaciones del señor Sarabia no causaron perjuicio alguno a la sociedad, sería admitir que un hecho fraudulento posterior que según el dicho de Sarabia hiciera en beneficio de Inassa tuviera el efecto de purgar el incumplimiento de deberes por su parte y el perjuicio efectivamente causado a la sociedad. Honorable Tribunal, desde ningún punto de vista, el análisis de responsabilidad del administrador puede ser un ejercicio de sumar perjuicios y restar beneficios a la sociedad, menos cuando los presuntos beneficios pudieran tener origen en un asunto ilícito. En este caso el que peca y reza no empata como pretendió la Delegatura.

1.3. Acápite denominado: “C) Acerca de los hechos relacionados con la Consultora Nortedur S.A.

1.3.1. Sustentación del reparo concreto en contra de este acápite de la sentencia oral:

La Sentencia concluyó erróneamente que, Germán no era administrador, porque para el momento de este acto en particular estaba suspendido de su cargo, sin embargo esto no afecta la prosperidad de las pretensiones de Inassa. La misma Delegatura que a través de su decisión en este acápite desconoció sus propios precedentes, en tanto en otras ocasiones ha condenado a administradores que cometieron actuaciones desleales **incluso con posterioridad a que el máximo órgano social hubiera aprobado la interposición de la acción social de responsabilidad**, lo que, en virtud del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, implica la remoción del administrador. En palabras de la Delegatura:

“En los anteriores términos dentro de este proceso quedó probado que a partir del momento en que la junta de socios aprobó la acción social de responsabilidad en su contra, Carlos Emilio Guerrero Jaramillo se dedicó a desempeñar su actividad en beneficio propio, utilizando los activos de Metro Ltda.

En otras palabras, las operaciones ejecutadas por el demandado utilizando los activos de Metro Ltda. para su provecho, constituyeron una apropiación indebida de los recursos de la compañía, por parte del administrador removido. El Despacho considera que esta reprochable conducta es, a todas luces, una violación del deber general de lealtad a cargo del señor Guerrero Jaramillo. En efecto, mal podría obrar con lealtad quien distrae, para beneficio propio, activos que le han sido confiados para adelantar la gestión de los negocios de una compañía.” (subrayado cómo énfasis) Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos Mercantiles. Sentencia del caso de Sociedad Metro Manejo de Residuos Sólidos Limitada ‘Metro Ltda.’, José Dionel Mancipe Rondón y Juan Pablo Espinosa contra Carlos Emilio Guerrero Jaramillo. Exp.: 2013-801-030.

En vista de lo anterior, en cuanto a la violación dolosa o culposa de los deberes de los administradores, se pasaron por alto los siguientes medios probatorios:

Entrevista de Andrés Fernández del 10 de julio de 2018 [prueba documental 3.1.4. aportada al momento de descorrer el traslado de las excepciones de mérito contra la reforma a la demanda]:

Min. 14:15. *“Entonces, de qué forma se puede hacer este tema. Entonces, él incluso [refiriéndose a Germán] me dijo ‘se tiene que hacer un contrato, algún tipo de contrato con ellos [refiriéndose a Nortedur], mira de qué forma se les puede hacer un contrato a ellos para que encajen esos pagos en lo que haya que pagar. Andrés, yo te digo una cosa, si no haces eso, estás muerto. (...) Mira a ver qué contrato de consultoría puedes hacer, me lo mandas y yo te lo reviso.”*

Página 88 del Informe de Grant Thornton del 21 de agosto de 2018 [prueba documental 2.1.8. aportada al momento de descorrer el traslado de las excepciones de mérito contra la demanda inicial]:

En el cuadro siguiente mostramos una imagen en la que se puede observar una página del documento que envió D. Andrés Fernández al Sr. Sarabia el 23 de febrero, y la misma página de dicho documento que el Sr. Sarabia le envió al Sr. Fernández en el correo electrónico de 14 de marzo. Tal y como se puede observar, el Sr. Sarabia introduce determinados cambios en el documento.

Es así como es evidente que Germán Sarabia participó en la elaboración y revisión de unos contratos ficticios para justificar pagos en favor de Nortedur y que lo hizo a partir de su ascendencia sobre Fernández, misma que solo tenía en razón de su condición de administrador.

Min 4:27:36 de la audiencia del 27 de agosto de 2020, Germán Sarabia confesó que el revisó el contrato y le dijo a Andrés Fernández que debía firmar el contrato, Andrés le preguntó a él porque era quien más tenía experiencia en los temas respecto a Inassa. Confiesa que le revisó el contrato a Andrés Fernandez. Le envió el contrato en control de cambios.

Min 31:25:32 el contrato era para que Inassa Panamá contratara a Nortedur.

1.4. Acápito denominado: “D) Sobre los hechos relacionados con la asignación y cesión de opción de compra de un vehículo empresarial a favor de Germán Sarabia Huyke:

1.4.1. Sustentación del reparo concreto en contra de este acápito de la sentencia oral:

La Sentencia concluyó erróneamente que, los estatutos sociales de la sociedad demandante sí establecían como función del representante legal someter a consideración de la junta directiva el reconocimiento de cualquier clase de beneficio extralegal, como lo es, en el presente caso, la asignación y posterior cesión de la opción de compra sobre el vehículo automotor IRX406.

Sin embargo, no se discute lo anterior sino que se celebró una operación en propio beneficio. Es evidente y quedó demostrado que existió un conflicto de interés no aprobado por la Asamblea, pues el 18 de enero de 2017, Inassa, representada legalmente por Germán Sarabia Huyke, celebró con Diego García un contrato titulado “*Convenio celebrado entre Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. “INASSA” y Diego Fernando García Arias.*” [prueba documental 8.2.23. de la reforma a la demanda], el cual, como si de pagar un favor se tratara, reproduce los términos de los contratos que hace menos de un año Diego García, en representación de Inassa, celebró con Germán Sarabia. El propósito de estos convenios era que Inassa pagara los cánones de los vehículos corporativos y luego se los transfiriera a los administradores demandados. Ni Diego García ni Germán Sarabia le informaron a la Asamblea que se concederían mutuamente estos beneficios, ni solicitaron la respectiva aprobación. El Despacho frente a estos hechos probados en la Sentencia indicó que la temporalidad y las fechas de los negocios no eran suficientes para inferir un conflicto de interés, estas afirmaciones en la Sentencia se hacen sin ningún fundamento, lo cual hace que sea un fallo desconocedor de las pruebas legalmente aportadas practicadas.

No hubo aprobación de la Junta, en violación de los estatutos de Inassa y era carga de los demandados García y Sarabia probar en contrario. Es así como, el artículo 36.16 de los Estatutos señala lo siguiente:

*“Negociar y suscribir, con autorización previa y expresa de la Junta Directiva, las convenciones y pactos colectivos a celebrar con los empleados de la compañía, **así como** someter a aprobación de la Junta el reconocimiento y pago de incentivos, bonificaciones y/o prestaciones extralegales.”* (Subrayado y negrita como énfasis)

El uso del conector “*así como*”, por definición, denota que el artículo se refiere a dos situaciones distintas. Por un lado, la autorización de las convenciones o pactos colectivos y, por el otro, la aprobación de prestaciones extralegales. La Junta no aprobó estas prestaciones extralegales en favor del señor Sarabia. El hecho de que haya otros actos que puedan estar viciados y que no hayan sido aún sometidos a la jurisdicción es irrelevante. A voces del artículo 200 del Código de Comercio, se presume la culpa del administrador, pues no había autorización para llevar a cabo las negociaciones que ahora se cuestionan, tenía entonces la carga de la prueba de demostrar que si la tenían.

En la misma línea, es evidente que los mismos términos del Convenio indican que el señor Sarabia debe devolver el vehículo, en tal Convenio de cesión celebrado con Germán Sarabia se incluyó la siguiente Cláusula:

*“En el evento de que termine anticipadamente el vínculo laboral entre INASSA y GERMÁN SARABIA HUYKE **por causas no imputables a éste**, la primera se compromete para con el segundo a solicitar ante la compañía de leasing el traspaso del vehículo a favor de éste.”* (Subrayado y negrita como énfasis)

En virtud de esta Cláusula, en caso de que el vínculo laboral entre Inassa y Germán Sarabia terminara por causas imputables a este, Inassa no tendría obligación alguna de “*solicitar ante la compañía de leasing el traspaso del vehículo a favor de éste.*”

Es así como el 21 de diciembre de 2018, Inassa comunicó a German Sarabia la terminación de su contrato laboral con justa causa [prueba documental 8.2.24. de la reforma a la demanda].

“Ahora bien, la mencionada certificación también da cuenta de que las bonificaciones por cumplimiento de objetivos debían ser aprobadas previamente —por la gerencia comercial y la gerencia de asuntos médicos (Sr. Miguel Ángel Rodríguez y Sra. Luz Norela Correa Garzón, respectivamente) para pago (vid. Folio 348). En este sentido, el Despacho advierte que, aunque el señor Rodríguez sí podía ser beneficiario de tales bonificaciones, para el efecto requería, necesariamente, la autorización de la gerente de asuntos médicos. Con todo, en el expediente no reposa una autorización en ese sentido por parte de Luz Norela Correa Garzón. Por el contrario, en los referidos mensajes de correo electrónico remitidos el 22, 23 y 24 de diciembre se realizaron advertencias como las siguientes: i) —[h]oy no es fecha para estar en esas labores. El lunes yo misma los verifico porque yo misma me di cuenta que no cumplen—

*de Luz Norela Correa a Miguel Ángel Rodríguez— (vid. Flio 350); ii) —[a]ntes de pagar los bonos es necesario verificar los cumplimientos. Le ruego al señor Miguel Ángel enviar la evidencia del cumplimiento—de Luz Norela Correa a Gennyfer Restrepo y Miguel Ángel Rodríguez— (vid. Folio 355); iii) —[m]e han notificado que usted solici[ó] el pago de sus bonos, por supuesto son el producto de su honrado trabajo y yo los reconozco. Sin embargo, le pido el favor que espere para su cancelación a la junta de socios por usted [propuesta]—de Luz Norela Correa a Miguel Ángel Rodríguez (vid. Folio 357); iv) —[a]claro que los bonos correspondientes al año 2015 tanto del personal como el de don Miguel Ángel no fueron revisados en ningún momento por mí—de Gennyfer Restrepo a Miguel Ángel Rodríguez— (vid. Folio 358). **Así las cosas, el trámite interno para el reconocimiento y pago del bono no se cumplió en su totalidad, toda vez que no contó con la autorización expresa de la gerente de asuntos médicos. Ahora bien, no podría entenderse que dicha autorización haya sido otorgada en virtud de la tributación sobre tal monto o de su posible registro en la contabilidad social. En verdad, de haberse incluido la referida bonificación en los estados financieros de la compañía sin que se hubiera causado debidamente dicha obligación, podría eventualmente comprometer la responsabilidad del funcionario que así haya procedido, más no es óbice para que se efectúe el pago de forma irregular.**”*

Al igual que como sucedió con los contratos con Germán Sarabia, este contrato no fue sometido a aprobación ni de la Junta Directiva ni de la Asamblea General de Accionistas, a pesar de que constituía la concesión de una prestación extralegal y de que su celebración suponía un conflicto de interés, de donde no se entiende que la Delegatura no encontrare probada la conducta.

Dado que el contrato laboral de Germán Sarabia terminó por causas que le eran imputables, Inassa no tenía obligación alguna de solicitar a la compañía de leasing que le traspasara el vehículo a Germán Sarabia. Atendiendo a lo anterior, el 11 de febrero de 2019, César Camacho, Gerente de Asuntos Legales de Inassa, le escribió a Germán Sarabia lo siguiente:

“Buenos días Dr. Sarabia.

Como es de su conocimiento, el plazo para la entrega del vehículo que se encuentra en su poder, pero que cuya titularidad se encuentra en cabeza de INASSA, expiró ya hace días, por lo que agradecemos que el día de hoy, a más tardar 6:00 PM lo ponga a disposición de la empresa.

Gracias por su atención.

César Camacho. O.

PD. Agradecemos su ayuda y comprensión sobre el particular.” [prueba documental 8.2.25.]

Ese mismo día, Germán Sarabia envió un correo negándose a entregar el vehículo [prueba documental 8.2.26.]. Inassa ha tenido que pagar los comparendos que se le han impuesto al vehículo por el uso que del mismo ha hecho Germán Sarabia [prueba documental 8.2.28.].

Así mismo, en la audiencia inicial del 27 de agosto de 2020, a minuto 2:18:04 el señor Diego García, indicó que si tuvo participación en el tema del carro del señor Sarabia y de otras compañías. Él aprobaba todo este tipo de situaciones en razón de su cargo.

1.5. Acápito denominado: “Acerca de la incompetencia del Despacho para conocer de algunas de las pretensiones formuladas por la parte demandante.”

1.5.1. Sustentación del reparo concreto en contra de este acápito de la sentencia oral:

La Sentencia concluyó erróneamente que, carece de la competencia para conocer de la inoponibilidad por extralimitación de las facultades de representación. Al igual, que no tiene competencia según lo indicado en la Sentencia para conocer respecto a la nulidad relativa o la nulidad absoluta de los contratos celebrados el 2 de febrero de 2016 por parte de la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A.

Pasa por alto la Sentencia que, según el artículo 88 del Código General del Proceso:

“El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- 1. Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía.*
- 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- 3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.”*

Todas estas condiciones se cumplieron en el presente caso. En primer lugar, la Delegatura es competente de conocer todas las pretensiones planteadas en virtud de lo dispuesto en los literales b) y c) del numeral 5° del artículo 24 del Código General del Proceso. En segundo lugar, la mayoría de las pretensiones formuladas no se excluyen entre sí, y las que podrían estarlo, se han planteado como principales y subsidiarias. Por último, todas las pretensiones se tramitan a través del mismo procedimiento.

Además, debo poner de presente que no es extraño para esa Delegatura permitir la acumulación de pretensiones de nulidad respecto de pretensiones indemnizatorias, tal y como se plantea en la presente demanda. En ese sentido, en el caso de María Virginia Cadena López y Fernando Alfredo Cadena López contra Amira López de Cadena y otros, esta Delegatura señaló lo siguiente:

“Ahora bien, las irregularidades descritas en esta sentencia pueden dar lugar a diversas consecuencias jurídicas. Por este motivo, para resolver el presente caso, el Despacho habrá de atender al orden de las pretensiones formuladas por los demandantes. La primera pretensión principal apunta a que ‘se declare la nulidad absoluta de los actos, contratos u operaciones celebrados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral séptimo del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y demás normas pertinentes y, como consecuencia, se restituyan las cosas a su estado anterior, incluyendo, sin limitarse, al reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de las conductas sancionadas’. Adicionalmente, en la octava pretensión de la demanda se solicita ‘que se reconozca y declare que los señores Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López [...] realizaron actividades que generaban conflicto de interés, favoreciendo el propio en detrimento de la sociedad, sin autorización del máximo órgano social y en flagrante violación de la ley’. Como consecuencia de lo anterior, se ha pedido ‘el reintegro de las ganancias obtenidas’ por los aludidos demandados.”¹

Por otro lado, según el ya citado artículo 88:

“También podrán formularse en una demanda pretensiones de uno o varios demandantes o contra uno o varios demandados, aunque sea diferente el interés de unos y otros, en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando provengan de la misma causa.*
- b) Cuando versen sobre el mismo objeto.*
- c) Cuando se hallen entre sí en relación de dependencia.*
- d) Cuando deban servirse de unas mismas pruebas.”*

Las pretensiones en contra de Germán Sarabia, Diego García y Andrés Fernández provienen de una misma causa, a saber, la violación de sus deberes como administradores de Inassa. Así mismo, se sirven de unas mismas pruebas, como lo son los Informes de GT.

¹ Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos Mercantiles. Sentencia del caso de María Virginia Cadena López y Fernando Alfredo Cadena López contra Amira López de Cadena y otros. Exp.: 2014-801-55.

Adicional a lo anterior, en la sentencia se reconoce la competencia de la Delegatura para declarar nulidades de contratos en operaciones celebradas en conflicto de interés; sin embargo también indicó la Delegatura que *“es claro que la parte demandante no ha encaminado su pretensión en una de las acciones judiciales que tenga como propósito dicho efecto”*. Aspecto éste último que no es cierto y contradice el propio dicho de la sentencia que expresamente indicó:

“Finalmente, y a título de contextualización, la parte demandante ha puesto de presente la existencia de una presunta práctica perniciosa dentro de los órganos de dirección y administración de la compañía. Así, a criterio de la demandante, Diego Fernando García Arias y Germán Sarabia Huyke, en su condición de administradores de la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A., habrían dado su voto favorable para mejorar la posición que tendría el co-directivo Edmundo Rodríguez Sobrino con ocasión de un contrato de asistencia técnica suscrito con una sociedad que él representa; así las cosas, y a juicio de la parte demandante, este último habría otorgado su voto favorable en la concesión de los “Golden Parachutes” en retribución.

El aparte transcrito no es un simple “contextualización” hecha por la demandante, sino la exteriorización probada y no desvirtuada de la existencia de un conflicto de interés en el que se encontraban incursos los señores García y Sarabia por el otorgamiento mutuo de distintos beneficios que además violaban las normas estatutarias. Lo anterior, teniendo en cuenta que es plausible que con una misma conducta se desconozcan diferentes deberes fiduciarios por parte de los administradores, a saber, celebración de contratos en conflicto de interés y desconociendo los estatutos de la sociedad.

Así, y considerando lo explicado en relación con la debida acumulación de pretensiones, el Despacho sí es competente para conocer de las pretensiones a las que se refiere este acápite.

1.6. Acápite denominado: “La acción social tiene unos límites que señaló la asamblea, entonces frente a los deberes fiduciarios no se dijo nada, por eso no se pronunciará.”

1.6.1. Sustentación del reparo concreto en contra de este acápite de la sentencia oral:

La sentencia concluyó que la asamblea general de accionistas se había ocupado de limitar el alcance de la acción social de responsabilidad. No obstante, el Despacho omitió hacer una valoración conjunta de las siguientes las pruebas allegadas al proceso:

- Pruebas documentales aportadas mediante memorial comunicación radicada con el n.º 2020-01-587083 del 8 de noviembre de 2020, en cumplimiento de la carga probatoria impuesta por el Despacho:
 - Declaración extra-juicio rendida por Alejandro Serrano: El señor Serrano quien actuó como presidente de la reunión señaló lo siguiente: *“QUINTO: La decisión de los accionistas fue darles plenas facultades a la administración de INASSA para que en nombre y representación de la compañía iniciaran las acciones de responsabilidad que correspondieran **por todas las irregularidades cometidas y las demás que constataran en el curso de las investigaciones realizadas por la empresa**”.*
 - Correo electrónico enviado por César Barrero a Antonio Ruiz el 27 de noviembre de 2018: *“(…) A tal efecto, Jose María me pidió preparar un informe resumen sobre el punto del orden del día en el que se discutirán y eventualmente, aprobará la interposición de acciones de responsabilidad de INASSA contra administradores o exadministradores que le hubieren causado daño, **principal, pero no exclusivamente, por lo casos INASSA Ecuador e INASSA Panamá**”.*
- Prueba testimonial de Nelson Polo Carbonell: El señor Polo accionista de la sociedad, asistente a la reunión en la que se aprobó la presentación de la acción social de responsabilidad, de minuto 4:16:37 a minuto 4:40:00 frente a la pregunta formulada por este apoderado consistente en: “existía una restricción para que los temas y las acciones a adelantar fueran exactamente esos o se podían adelantar otras investigaciones: respondió: me imagino que debió quedar abierto, porque como habían unos hallazgos y habían temas puntuales, pero me imagino que lo dejamos abierto”. En otras palabras, manifestó que se aprobó los hallazgos que se debían investigar, la aprobación era abierta para incluir los temas que se fueran descubriendo en las investigaciones de la compañía.

De otra parte, resulta bastante extraño que frente al tema de Emisao decidido previamente mediante sentencia parcial anticipada el Despacho si decidió pronunciarse y extralimitar entonces para declarar la caducidad de la acción al respecto mediante la sentencia anticipada parcial que profirió. Es una evidente contradicción el hecho que en la sentencia parcial anticipada se haya pronunciado el Despacho frente al tema de Emisao y ahora frente a este punto indique que éste no estaba contemplado en lo determinado por la Asamblea pues es claro que con anterioridad **el Despacho ya había verificado los requisitos para proferir sentencia.**

1.7. Acápito denominado: “De los hechos relacionados con los “Golden Parachutes” aprobados a

favor de Germán Sarabia Huyke y Diego García Arias”

1.7.1. Sustentación del reparo concreto en contra de este acápite de la sentencia oral:

La Sentencia concluyó equivocadamente que, por tratarse de una decisión de un órgano social, el procedimiento aplicable es el previsto para la impugnación de actas, y lo diferencia de las operaciones celebradas en conflicto de interés para el cual sí procede adelantar al amparo de la acción de conflictos societarios.

A este respecto es importante señalar que en este caso particular la pretensión de nulidad de la decisión relativa a los Golden Parachutes de la reunión de junta directiva de Inassa del 2 de diciembre de 2015, no tiene fundamento en el artículo 191 del Código de Comercio por no ajustarse a las prescripciones legales o a los estatutos, sino que tiene fundamento en el artículo 2.2.2.3.1 del Decreto 1074 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo (antes artículo 5 del Decreto 1925 de 2009) que es una norma especial que prevé la nulidad como el efecto de la violación del deber de los administradores de abstenerse de actuar en conflicto de interés (numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995). Este artículo dispone expresamente:

Artículo 2.2.2.3.5. Declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores. El proceso judicial para obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7 del artículo 23 de la [Ley 222 de 1995](#), se adelantará mediante el proceso legalmente establecido, de conformidad con el artículo 233 de la [Ley 222 de 1995](#); sin perjuicio de otros mecanismos de solución de conflictos establecidos en los estatutos. Salvo los derechos de terceros que hayan obrado de buena fe, declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada, sin perjuicio de las acciones de impugnación de las decisiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 y siguientes del Código de Comercio.

Mediante este mismo trámite, el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la [Ley 222 de 1995](#), será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios. El juez competente, según lo establecido en la ley, podrá sancionar a los administradores con multas y/o con la inhabilidad para ejercer el comercio, sin perjuicio de la responsabilidad penal que dicha conducta pudiese generar.

Parágrafo. En el caso de que la sociedad hubiese pactado cláusula compromisoria o compromiso, se estará a las normas respectivas. En el caso de la Sociedad por Acciones Simplificada se aplicará el artículo 44 de la [Ley 1258 de 2008](#)”.

Por su parte, la prohibición consagrada en el numeral 7 del artículo de la ley 222² se refiere indistintamente a todos quienes ostenten la condición de administradores, sin perjuicio de que se trate de representantes legales o miembros de junta directivas. Al tratarse del mismo incumplimiento del deber, la sanción o el efecto es también el mismo. Por lo anterior, no es posible interpretar que si el administrador que actúa en conflicto de interés es un representante legal que celebra un contrato el efecto del incumplimiento del deber sea uno, pero si es un miembro de junta directiva (cuya violación de deber siempre debe ser en la toma de decisiones sociales), el resultado sea diferente y que además se aplique un término de caducidad distinta.

Finalmente, aunque se solicitó como adición de la sentencia, y el Despacho lo resolvió en la misma audiencia, insistimos en que no hubo un pronunciamiento expreso respecto a la pretensión subsidiaria consistente en que se declarara que Inassa “no está obligada a pagar a DIEGO FERNANDO GARCÍA ARIAS y a GERMÁN SARABIA HUYKE los beneficios extralegales que les fueron concedidos en la reunión de Junta Directiva del 2 de diciembre de 2015” como efecto natural de declarar que los señores Sarabia y García estaban incurso en conflicto e interés en la decisión durante la sesión de junta directiva del 2 de diciembre de 2015 y con ocasión de la decisión de aprobar un “Golden Parachute” a su favor. Razón por la cual con todo respeto solicito se considere este aspecto como parte integrante del recurso de apelación.

III. PETICIÓN

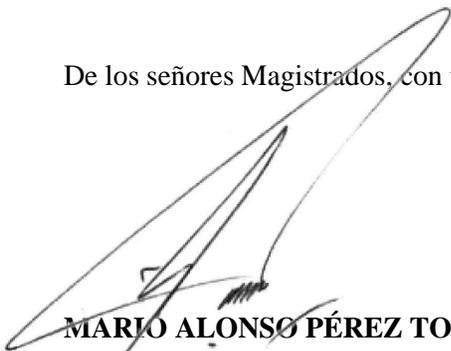
Con fundamento en lo expuesto, y en los términos del artículo 327 del CGP, respetuosamente solicito a los Honorables Magistrados **REVOCAR** la sentencia oral del 22 de abril de 2021 y en su lugar acceder a las pretensiones formuladas en la demanda y que junto con aquellas que fueron negadas en la sentencia

² 7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad”

parcial anticipada emitida por escrito (también apelada) hubieren sido negadas por el *A-quo*, bien fueren las principales o las subsidiarias formuladas en nombre de Inassa.

De los señores Magistrados, con todo respeto,



MARIO ALONSO PÉREZ TORRES
C.C. 18.531.061
T.P. 105.707 del C. S. de la J.

1

SEÑORES
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL.(Sala 001 Civil de Bogotá D.C.)
Dra. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA.
E.S.D.

Ref.- Proceso No. 03-2021-00930-01
Verbal de MAURICIO MARTINEZ RICARDO contra BBVA SEGUROS DE VIDA
COLOMBIA S.A.
Sustento recurso de Apelación.

Comedidamente, como apoderado del demandante dentro del proceso de la referencia, me permito en tiempo sustentar el recurso interpuesto así:

Como primer aspecto solicito sean tenidos en cuenta los reparos que presenté en primera instancia como razonamientos en que respaldé la interposición del recurso , toda vez que de allí se generan los argumentos que ahora expongo complementando la sustentación de la apelación.

De esto se tiene que el inconformismo en que respaldo el recurso se resume en establecer si los términos de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro fue la ordinaria o la extraordinaria , y al efecto me permito transcribir algunas jurisprudencias que dan fuerza y respaldan el recurso interpuesto, pues aclaran dadas las circunstancias y fechas de lo acaecido, la clase de prescripción extintiva que realmente afectaría el derecho o la acción derivada del contrato de marras.

Radicación 76001-31-03-012-2007-00217-01 Sentencia SC 5297 de 3 de mayo de 2000, rad. 5360.

“De lo anterior se concluye, reiterando la interpretación finalista acogida de antaño, que en la prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato de seguro la intención fue consagrar dos modalidades: la primera ordinaria, de tinte subjetivo, y la segunda extraordinaria, con visos meramente objetivos.

Esta última corre en contra de toda persona, tiene un plazo para que se configure de 5 años e inicia a partir del momento en que nace el derecho, con total prescindencia de que haya sido conocido o no el hecho que daba lugar al reclamo.

Aunque parezcan odiosas estas características, su razón de ser haya venero en la estabilidad jurídica que deben tener las partes, lo que, como se sabe, garantiza el orden social, al impedir que quienes alguna vez tuvieron interés en elevar reclamaciones lo esgriman en cualquier tiempo, tornando indefinidas sus disputas.”

Para quien no tiene conocimiento de él, cualquier término puede considerarse corto ,pero el orden jurídico exige que se fije uno cualquiera. El de cinco (5) años es razonable. Y debe correr contra toda clase de personas.

Por su parte en la sentencia del 3 de mayo del 2000, la Corte cita al Subcomité de Seguros, el cual hizo parte del Comité asesor para la revisión del Código de Comercio según el cual: "en caso de duda en la aplicación de una u otra prescripción debería acudir a la extraordinaria". Situación que está acorde con la desigualdad que implica el presente contrato.

Fuente formal:

Artículo 1081 del Código de Comercio.

Fuente jurisprudencial:

Sentencia SC de 3 de mayo de 2000, rad. 5360.

Fuente doctrinal:

Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio del año 1.958, Ministerio de Justicia, Bogotá, T.II, 1.958.

Actas del Subcomité de Seguros, Acoldece, Bogotá, 1.983.

Expediente T-3.921.594 Sentencia T-662-13 de la Corte Constitucional.

Existen dos tipos de prescripción para las acciones derivadas del contrato de seguros; la ordinaria (2 años) y la extraordinaria (5 años). La primera de ellas comienza a contar desde que la persona razonablemente pudo conocer el hecho que da origen a la acción (el siniestro) y la extraordinaria corre desde que ocurre el siniestro. Ambas clases de prescripción pueden comenzar a correr paralelamente. La diferencia radica en que una (la ordinaria) se aplica para personas que por su condición (incapaces) o por otras razones justificables no pueden tener conocimiento del hecho, y la otra (extraordinaria) aplica para cualquier tipo de personas independientemente su calidad.

Sentencia T-272/15 Expediente T-4.655.360 Corte Constitucional

PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA EN CONTRATO DE SEGUROS-Finalidad

La finalidad es brindar seguridad jurídica a las partes del contrato cuando existen situaciones jurídicas en las que transcurrido un tiempo (5 años), aun no se han definido. Por esta razón, como lo ha resaltado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la prescripción extraordinaria es objetiva. Ya no importa si la persona tiene o no tiene conocimiento de los hechos, o puede o no tenerlo. Independientemente de ello, el tiempo comienza a contarse desde que ocurre el siniestro.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre las diferencias que existen entre los tipos de prescripción. De esta manera, la prescripción ordinaria se diferencia de la extraordinaria, principalmente, por dos aspectos puntuales.

Por un criterio subjetivo *“relacionado con el conocimiento, real o presunto, que se tenga de la ocurrencia del siniestro”*^[34] y el otro objetivo, *“que tiene que ver con la capacidad para hacer efectivo el reconocimiento del siniestro y el pago de la indemnización pretendida, sin que ello impida que corran de modo simultáneo, como en efecto puede suceder”*^[35]. De acuerdo con ello, debe identificarse el tipo de sujeto y su condición para verificar cuál de estos términos le es aplicable.

A su vez, en sentencia del 4 de abril de 2013, la Sala de Casación Civil (Expediente 00457-01) al referirse a las dos clases de prescripción –ordinaria y extraordinaria- adujo que *“ambas se pueden presentar en cualquier clase de discusión originada en un contrato de seguro y corren frente a todos los titulares del derecho respectivo, ya se trate del tomador, el beneficiario, la aseguradora o el asegurado. Lo que las diferencia, en esencia, son dos aspectos puntuales, uno subjetivo, relacionado con el conocimiento, real o presunto, que se tenga de la ocurrencia del siniestro, y el otro objetivo, que tiene que ver con la capacidad para hacer efectivo el reconocimiento del siniestro y el pago de la indemnización pretendida, ...”*.

Finalmente la Superintendencia Financiera ha indicado que *“los parámetros para la determinación del momento a partir del cual empiezan a correr los términos de prescripción, distingue entre el momento en que el interesado, quien deriva un derecho del contrato de seguro, ha tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, en la prescripción ordinaria y, el momento del nacimiento del derecho, independientemente de cualquier circunstancia y aun cuando no se pueda establecer si el interesado tuvo o no conocimiento de tal hecho, en la extraordinaria. Se destaca entonces, el conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, como rasgo que diferencia la prescripción ordinaria de la extraordinaria, pues en tanto en la primera exige la presencia de este elemento subjetivo, en la segunda no.”*^[36]

A manera de conclusión y respecto de estos tipos de prescripción en la sentencia T-662 de 2013 se estableció que *“los dos tipos de prescripción son aplicables. La prescripción ordinaria comienza a correr desde el momento en que la persona razonablemente haya tenido o podido tener conocimiento de los hechos que dan base a la acción. La extraordinaria comienza a contar desde el momento en que ocurre el siniestro.*

Sentencia de 3 de Mayo de 2000. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Expediente No. S-045-2000 de 2000

De lo extraído en éstas jurisprudencias (aunque hay otras más) se desprende que la prescripción extintiva de la acción derivada del contrato de seguro que nos ocupa es la extraordinaria, es decir la de cinco (5) años, pues claramente se manifiesta en los apartes de las sentencias transcritas que dicho término prescriptivo para la extraordinaria, se comienza a contar desde el momento en que ocurre el siniestro, es decir desde el 10 de agosto de 2017 , cuando nace el derecho , sigue diciendo la jurisprudencia arrimada, y toda vez que la prescripción extraordinaria es objetiva, se basa en un aspecto puntual a saber el objetivo como dice textualmente un aparte de la jurisprudencia transcrita: “ (...) y el otro objetivo, que tiene que ver con la capacidad para hacer efectivo el reconocimiento del siniestro y el pago de la indemnización pretendida...” que es precisamente lo que se está pretendiendo con ésta demanda , siendo así que la prescripción que extingue la capacidad y el derecho para hacer efectivo el reconocimiento del siniestro y el respectivo pago de la indemnización pretendida, se cumple hasta el 10 de agosto de 2022, y no lo digo yo sino la jurisprudencia traída para respaldar el recurso.

Finalmente, acudo al Art. 1624 del C.C., sobre interpretación de los contratos donde se establece que: “ las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán , siempre que la ambigüedad provenga de una explicación que haya debido darse por ella “ , y es aquí donde se puede ver con claridad que la sentencia de primera instancia sólo hace un cómputo de los dos años a partir del aviso o notificación del siniestro, pero sin explicar porqué aplica el criterio de la prescripción ordinaria, y no la extraordinaria, mientras que ahora a través de la apelación , se explica y razona con la jurisprudencia arrimada o transcrita, el porqué se debe aplicar la prescripción extraordinaria de 5 años, por lo que solicito que se tenga por no probada la excepción de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, y en su defecto se dé prosperidad a las pretensiones de la demanda.

Señora Magistrada.



JAIRO DELGADO GARCIA.
 C.C. 19.157.535 de Bogotá.
 T.P. No. 35.214 del C.S.J.
 Correo Electrónico: jairodega@hotmail.com

HONORABLES

MAGISTRADOS SALA CIVIL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MAGISTRADA PONENTE: ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

E. S. D.

REFERENCIA: ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A. CONTRA DIEGO FERNANDO GARCÍA ARIAS, GERMÁN SARABIA HUYKE Y ANDRÉS FERNÁNDEZ GARRIDO

RADICADO: 2019-800-00263

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA ANTICIPADA PARCIAL DEL 24 DE FEBRERO DE 2021

MARIO ALONSO PÉREZ TORRES, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi condición de apoderado de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** (en adelante “**Inassa**” o la “**Compañía**”), calidad previamente reconocida en este proceso, conforme a lo ordenado en el auto del 12 de julio de 2021 presento sustentación del *recurso de apelación* contra la sentencia anticipada parcial del 24 de febrero de 2021, en los siguientes términos:

I.

OPORTUNIDAD

Me encuentro en tiempo oportuno de sustentar el recurso de apelación en contra de la sentencia anticipada parcial del 24 de febrero de 2021, toda vez que el auto del 12 de julio de 2021 fue notificado mediante estado del 13 de julio de 2021. Así, en los términos del artículo 14 del Decreto 806 de 2021 el término para sustentar el recurso de apelación vence el 21 de julio de 2021.

II.

MANIFESTACIÓN PRELIMINAR

Es claro que el artículo 278 del CGP, indica que en cualquier estado del proceso el Juez puede dictar sentencia anticipada, sin embargo, esta sentencia anticipada parcial objeto de apelación, tiene una particularidad: fue proferida faltando cuatro (4) días hábiles para llevarse a cabo la audiencia original

de alegatos y sentencia, circunstancia que ya de por sí deslegitima esa figura que busca la economía procesal.

Me permito llamar la atención de los Honorables Magistrados, respecto a esta circunstancia, pues es evidente que al proferir sentencia anticipada solo cuatro (4) días antes de la audiencia final, respecto de algunas de las pretensiones, **lo que en la práctica implicó es que se cercenó la oportunidad de alegar de conclusión respecto a la excepción de fondo de prescripción** que fue alegada por los demandados y que al menos en teoría estos alegatos hubiesen podido ilustrar lo ocurrido y probado en el expediente.

La posibilidad de dictar sentencia anticipada es una obligación del Juez en procura de la realización del principio de economía procesal, evitando el desgaste de la administración de justicia, y procurando la realización de la eficiencia, celeridad y tutela efectiva de los derechos. Sin embargo, en este caso faltando 4 días hábiles para la audiencia de alegatos y fallo, para este apoderado no se justifica tal decisión parcial anticipada, máxime que a la postre esto implicó un menoscabo en el derecho de contradicción de la demandante al privársele de la posibilidad de alegar de conclusión.

III.

SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS

La sentencia anticipada parcial objeto de este recurso de apelación, divide su decisión en tres principales acápite.

1.1. Acápite denominado: “Sobre la presunta facilitación y aprobación del pago a proveedores que no prestaron ningún servicio en favor de la compañía”:

La sentencia concluyó erróneamente que, operó la prescripción de los hechos relacionados con los pagos efectuados a los proveedores Épsilon Gerencia de Proyectos S.A.S., Graval Gestión Integral de Proyectos S.A.S. y Alemán Constructores S.A.S., tras considerar que, el periodo en que fueron efectuados los pagos a favor de los proveedores supera el término de 5 años previsto en la Ley 222 de 1995.

Según la anterior declaración, ese Despacho indicó que las siguientes pretensiones, estaban prescritas:

“

3.2. Pretensiones respecto de los pagos a proveedores como contraprestación de servicios que no fueron efectivamente prestados

PRIMERA. Que se **DECLARE** que **DIEGO FERNANDO GARCÍA ARIAS** y **GERMÁN SARABIA HUYKE**, en su condición de administradores de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.**, violaron e incumplieron el

*régimen de deberes y prohibiciones de los administradores sociales y, en consecuencia, violaron la Ley y los Estatutos de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.***

SEGUNDA. *Como consecuencia de la anterior declaración, que se **DECLARE** que **DIEGO FERNANDO GARCÍA ARIAS** y **GERMÁN SARABIA HUYKE** son responsables solidariamente de todos los daños y perjuicios que haya sufrido o que pueda sufrir la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.**, como consecuencia de las conductas violatorias de sus deberes como administradores de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** de acuerdo con los estatutos de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** y la Ley.*

TERCERA. *Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se **CONDENE** solidariamente a **DIEGO FERNANDO GARCÍA ARIAS** y a **GERMÁN SARABIA HUYKE** a pagarle a la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** todos los daños y perjuicios que haya sufrido o que pueda sufrir como consecuencia de las conductas violatorias de sus deberes como administradores de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** de acuerdo con los estatutos de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** y la Ley.*

CUARTA. *Como consecuencia de las anteriores pretensiones, se **CONDENE** solidariamente a **DIEGO FERNANDO GARCÍA ARIAS** y a **GERMÁN SARABIA HUYKE** a pagarle a la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** la suma de ciento noventa millones novecientos tres mil trescientos treinta y seis pesos con cuatro centavos (COP\$190,903,375.8) o lo que resulte probado en el proceso, a título de daños y perjuicios que haya sufrido o que pueda sufrir como consecuencia de las conductas violatorias de sus deberes como administradores de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** de acuerdo con los estatutos de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** y la Ley.*

QUINTA. *Que se **CONDENE** solidariamente a **DIEGO FERNANDO GARCÍA ARIAS** y a **GERMÁN SARABIA HUYKE** a pagarle a la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** la actualización de las sumas anteriores y los intereses comerciales moratorios sobre la condena que se le imponga, desde que dicha suma se haga exigible y hasta que su pago se realice.”*

**1.1.1. Sustentación del reparo concreto en contra de este acápite de la sentencia parcial anticipada-
“Improcedencia de la declaratoria de prescripción frente al numeral 3.2. del acápite de pretensiones
de la demanda”:**

Las consideraciones del Despacho para interpretar lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 desconocen la realidad del asunto sometido a su estudio y los precedentes jurisprudenciales al respecto, pues el tiempo de prescripción **debe contarse desde que Inassa conoció el daño que le fue ocasionado, esto es desde que tuvo acceso a los informes de GT y a la confesión de Diego García.** Pretender desconocer la naturaleza de quien demanda en este tipo de acciones, la cual es una persona jurídica, **haría inane la posibilidad de demandar a quienes precisamente al momento de los hechos eran quienes manejaban los asuntos de que ahora son objeto de reproche,** vía judicial, pues solo con tales

informes es que se pudo desentrañar los hechos oscuros que llevaron a la interposición de la presente acción.

Erróneamente la Delegatura presumió que la demandante como persona jurídica debía conocer justo al momento de los hechos de sus propios administradores demandados, las conductas que ahora se reprochan desconociendo que solo con el informe de GT se llegó a conclusiones como la siguiente:

*“Por último, cabe destacar que, en base (sic) al análisis forense de evidencia digital que hemos realizado, **no hemos podido identificar información o comunicaciones electrónicas que permitan justificar y soportar la efectiva prestación de los servicios de los proveedores Epsilon, Graval y Alemán Constructores a la Fiducia.**”* (Subrayado y negrita como énfasis)

En otras palabras, la interpretación de la Delegatura desconoció las particularidades del proceso e interpretó el término de la prescripción, de espalda a las realidades fácticas probadas, a partir de una simple suma de tiempo y contabilización; sin embargo, no se trata de la ocurrencia del daño simplemente como erróneamente lo indicó la providencia sino del momento en el cual la sociedad demandante tuvo noticias de las conductas reprochadas. Indicar que se “debió” conocer los hechos con anterioridad para decidir el cierre de un debate jurídico es ubicar el derecho en un supuesto de hecho, pues al indicarse que se “debió” conocer, la Delegatura formuló una hipótesis, que luego no pudo probar, pues simplemente se limitó a enunciarla y luego sin más desconoció los supuestos de hecho alegados y justificados. Olvidándose también la Delegatura que **la sociedad demandante actuaba por medio de aquellas personas que hoy son demandados** y que en su condición de administradores no revelaban todo lo que ocurría o le daban una connotación distinta que solo pudo ser conocida por los accionistas luego de revelaciones en otros países y cuyas precisiones solo fueron identificadas luego del trabajo de la consultora extranjera Grant Thornton, de donde, atribuir un conocimiento o endilgar una obligación de conocimiento en los términos llevados a cabo en la providencia atacada es un error que debe ser subsanado por el Honorable Tribunal vía apelación.

Es decir, la Sentencia apelada está premiando los actos de corrupción de tres personas que controlaban la administración de la Sociedad, y que, a espalda de los accionistas, de grupos de interés, y del país mismo, hicieron cuanto estuvo a su alcance para cometer graves defraudaciones que tienen efectos incluso en el ámbito internacional, y que, escudándose en contratos espurios lograron distraer dineros y/o bienes sociales. Es un pésimo y peligroso antecedente el que está creando esa Sentencia, pues resulta en efecto beneficiando a quien con trucos y artilugios esconde la verdad en contratos irreales, poniendo una carga ilegal, excesiva e inventada a una sociedad ante la gestión dolosa de sus administradores, y para rematar, premia a esos administradores con absurdas condenas de hasta 100 millones de pesos en costas judiciales. No solo esos administradores defraudaron a la sociedad, sino

que ahora la sociedad “sale a deberles” por una interpretación tan equivocada y simplista como la que la Sentencia aduce para liberarlos de responsabilidad.

Pero es más, no solo la Sentencia inventa reglas de derecho de imposible cumplimiento, desconociendo que nadie está obligado a lo imposible al exigírsele a mi mandante que “debió” haber conocido hechos intencionalmente escondidos en actos espurios, sino que desconoce teorías del derecho como la de la conducta continuada, o el daño continuado, que esa misma Superintendencia y esa misma delegatura han aplicado, incluso, en materia de responsabilidad de los administradores, o en casos como el del abuso del derecho, en que se encuentra un real “*iter criminis*”, una intención y acciones reflexivamente encaminadas y de manera continua a un resultado dañoso¹, pero que ahora como si se tratara de hechos aislados viene la Sentencia a declararlos prescritos y a continuar dañando el patrimonio social al condenar a la Sociedad a pagarle a esos administradores desproporcionadas sumas de dinero.

Finalmente, el fallo resulta entonces prematuro, y violatorio del debido proceso, pues las conductas deberían haber sido analizadas en su conjunto, y no como conductas apartadas. Ese fallo supuestamente inspirado en una eficacia judicial le birló a mi mandante la oportunidad de ejercer debidamente sus derechos en juicio, y por el contrario congestiona al sistema judicial con la necesidad de interponer una apelación adicional ante una conducta tan ligera en el juzgamiento.

Un razonamiento similar se encuentra en la sentencia del 1° de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en donde acoge la tesis de la misma Superintendencia de Sociedades -en el ejercicio de sus labores de inspección, vigilancia y control- manifestando lo siguiente respecto a la aplicación del artículo 235 de la ley 222 de 1995:

“De manera que es claro que como fundamento del ejercicio de las facultades de inspección, control y vigilancia, antes transcritas, la Superintendencia de Sociedades puede iniciar las investigaciones administrativas pertinentes, frente a las cuales es necesario que adelante el procedimiento pertinente dentro del término de cinco (5) años, so pena que se declare la prescripción de que trata el artículo 235 ibídem.

(haciendo referencia al artículo 235 de la ley 222 de 1995 que contempla la prescripción de las acciones civiles y sancionatorias)

Ahora bien, en cuanto al momento de la ocurrencia del hecho que dio lugar a las sanciones impuestas al demandante se tiene que si bien las irregularidades

¹ Sobre el particular, puede consultarse la jurisprudencia de esa misma Delegatura, en la que por ejemplo, se declaró la responsabilidad de actos defraudatorios de un administrador que se extendieron por más de seis años antes de la interposición de la demanda: Ver Sentencia de Husqvarna Colombia contra Raúl Navarro de 31 de octubre de 2019, que se puede consultar en el siguiente link: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/2019-01-394971.PDF

*atribuidas tuvieron ocurrencia para la época en que el demandante ejercía el cargo de miembro de la Junta Directiva de la sociedad BIMA S.A., lo cierto y relevante es que la Superintendencia sólo tuvo conocimiento de tales irregularidades, por la cuales se le formuló cargos y posteriormente se le sancionó, a raíz de la visita administrativa realizada a la sociedad, cuando advirtió de las presuntas violaciones en las que presumiblemente habían incurrido los administradores de la sociedad. **Luego es a partir de tal momento que la Superintendencia tuvo conocimiento del hecho lesivo para la sociedad BIMA S.A., circunstancia esta que es el punto de partida para contar el término de prescripción de la facultad sancionatoria de la demandada y no a partir de la celebración de la Junta Directiva donde se adoptaron las decisiones que resultaron posteriormente gravosas a los intereses de la sociedad.**²*

En efecto, cuando se constata el incumplimiento de las obligaciones / violación de lo previsto en el libro segundo del Código de Comercio, es cuando comienza a correr el término de prescripción contemplado en el artículo 235 de la ley 222 de 1995:

“ARTICULO 235. TERMINO DE PRESCRIPCION. *Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa”.*

En el caso objeto de este recurso, la empresa verificó un hecho gravoso de su patrimonio y luego constató el incumplimiento de las obligaciones del administrador, —incluyendo la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio— a través de los forensic realizados por la firma de auditoría externa — y el dicho de los propios exadministradores que reconocieron la realización de actividades contrarias a derecho luego de haberse visto descubiertos—, por lo que solo a partir de este momento es que puede iniciarse la contabilización del término contemplado en el artículo 235 arriba transcrito. Contabilizarlo antes no tiene ninguna lógica como se deduce de la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

1.2. Acápito denominado: “Acerca del otorgamiento de un beneficio laboral a favor de Francisco Javier Domínguez”:

El Despacho concluyó erróneamente que, operó la prescripción de los derechos relacionados con el otorgamiento de una prestación extralegal a favor de Francisco Javier Domínguez, tras considerar que, el 7 de febrero de 2012 Inassa celebró un contrato de trabajo con el señor Francisco Javier Domínguez; posteriormente, y mediante otrosí del 2 de mayo de 2012, el señor García Arias, concedió el beneficio laboral de retiro, por lo tanto desde tal fecha se debía contar según el Despacho el término de prescripción, el cual erróneamente se consideró prescrito el 2 de mayo de 2017.

² TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA SUBSECCIÓN “A” Bogotá D.C., marzo primero (1°) de dos mil siete (2007). Magistrada Ponente: DRA. SUSANA BUITRAGO VALENCIA Exp. N° 25000-23-24-000-2003-00158-01 Demandante: JUAN GUILLERMO RESTREPO LONDOÑO Nulidad Restablecimiento SENTENCIA

A partir de lo anterior el A-quo indicó que las siguientes pretensiones, estaban prescritas:

3.10. Pretensiones respecto del golden parachute que Diego García le otorgó a Francisco Javier Domínguez Anaya sin contar con la aprobación de la Junta Directiva de Inassa

PRIMERA. Que se **DECLARE** que **DIEGO FERNANDO GARCÍA ARIAS**, en su condición de administrador de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.**, violó e incumplió el régimen de deberes y prohibiciones de los administradores sociales y, en consecuencia, la Ley y los Estatutos de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.**

SEGUNDA. Como consecuencia de las anteriores pretensiones, se **DECLARE** que, en caso de que la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** se vea obligada a pagarle a Javier Domínguez un beneficio económico consistente en una indemnización extralegal equivalente al salario de 24 meses, esta sociedad tiene derecho a repetir en contra de **DIEGO FERNANDO GARCÍA ARIAS** por el monto de esa indemnización.

1.2.1. Sustentación del reparo concreto en contra de este acápite de la sentencia parcial anticipada-“Improcedencia de la declaratoria de prescripción frente al numeral 3.10. del acápite de pretensiones de la demanda”:

Las consideraciones del Despacho para interpretar lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, desconocen la realidad del asunto sometido a su estudio y los precedentes jurisprudenciales al respecto, pues si la teoría del Despacho es que se debe contar el término de prescripción desde que se “debió” conocer el hecho constitutivo de la acción social, frente a este grupo de pretensiones, el hecho se habría configurado con el acaecimiento del supuesto de hecho que daba lugar al beneficio, específicamente la terminación de la relación laboral que se llevó a cabo el 16 de enero de 2018.

Desconocer la naturaleza de quien demanda en este tipo de acciones, la cual es una persona jurídica, torna inane la posibilidad de demandar a quienes precisamente al momento de los hechos eran quienes manejaban los asuntos de que ahora son objeto de reproche, vía judicial, pues solo con tales informes es que se pudo desentrañar los hechos que llevaron a la interposición de la presente acción.

Por otra parte, se reitera que la empresa desconocía totalmente la celebración de este otro sí al contrato de trabajo, como se demuestra con los escritos presentados en el proceso que adelanta actualmente el señor Francisco Javier Domínguez en la ciudad de Panamá por el reconocimiento de la prestación extralegal y que nuevamente se adjunta a este recurso de apelación.

1.3. Acápito denominado: “De la recepción ilícita de una comisión a raíz de la compra de Emissão Engenharia e Construccoes Ltda”

El Despacho concluyó erróneamente que, operó la prescripción de los hechos relacionados con las comisiones otorgadas por la compra de la sociedad Emissão Engenharia e Construccoes Ltda, tras considerar que, la compra de la sociedad se hizo en octubre de 2013 y por ende el término de prescripción acaeció en octubre del año 2018.

A partir de lo anterior el *A-quo* indicó que las siguientes pretensiones, estaban prescritas:

3.11. Pretensiones relativas a la comisión ilícitamente recibida por Diego García a raíz de la compra de Emissão

PRIMERA. *Que se **DECLARE** que **DIEGO FERNANDO GARCÍA ARIAS**, en su condición de administrador de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.**, violó e incumplió el régimen de deberes y prohibiciones de los administradores sociales y, en consecuencia, violó la Ley y los Estatutos de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.***

SEGUNDA. *Como consecuencia de la anterior declaración, que se **DECLARE** que **DIEGO FERNANDO GARCÍA ARIAS** es responsable de todos los daños y perjuicios que haya sufrido o que pueda sufrir la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.**, como consecuencia de las conductas violatorias de sus deberes como administrador de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** de acuerdo con los estatutos de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** y la Ley.*

TERCERA. *Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se **CONDENE** a **DIEGO FERNANDO GARCÍA ARIAS** a pagarle a la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** todos los daños y perjuicios que haya sufrido o que pueda sufrir como consecuencia de las conductas violatorias de sus deberes como administrador de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** de acuerdo con los estatutos de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** y la Ley.*

CUARTA. *Como consecuencia de las anteriores pretensiones, se **CONDENE** a **DIEGO FERNANDO GARCÍA ARIAS** a pagarle a la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** CINCO MILLONES SETECIENTOS TERINTA Y SEIS MIL CUARENTA Y SEIS DÓLARES CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS (USD\$5,736,046.67), o lo que resulte probado en el proceso, a título de daños y perjuicios que haya sufrido o que pueda sufrir como consecuencia de las conductas violatorias de sus deberes como administrador de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** de acuerdo con los estatutos de la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** y la Ley.*

QUINTA. *Que se **CONDENE** a **DIEGO FERNANDO GARCÍA ARIAS** a pagarle a la **SOCIEDAD INTERAMERICANA DE AGUAS Y SERVICIOS S.A.** la actualización de las sumas anteriores y los intereses comerciales moratorios*

sobre la condena que se le imponga, desde que dicha suma se haga exigible y hasta que su pago se realice.

Todas estas pretensiones son sin perjuicio de las denuncias penales o demás acciones que mi representada decida adelantar en contra de los demandados.”

**1.3.1. Sustentación del reparo concreto en contra de este acápite de la sentencia parcial anticipada-
“Improcedencia de la declaratoria de prescripción frente al numeral 3.11. del acápite de pretensiones
de la demanda”:**

Las consideraciones del Despacho para interpretar lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, desconocen la realidad del asunto sometido a su estudio y los precedentes jurisprudenciales al respecto, pues el tiempo de prescripción debe contarse **desde que Inassa conoció el daño que le fue ocasionado**, esto es desde que tuvo acceso a los informes de GT y a la confesión de Diego García. Desconocer la naturaleza de quien demanda en este tipo de acciones, la cual es una persona jurídica, hace inane la posibilidad de demandar a quienes precisamente al momento de los hechos eran quienes manejaban los asuntos de que ahora son objeto de reproche, vía judicial, pues solo con tales informes es que se pudo desentrañar los hechos oscuros que llevaron a la interposición de la presente acción.

Ruego a los Señores Magistrados, tener en cuenta que no se trata simplemente de determinar cuándo fue la fecha de ocurrencia de la compra de acciones de Emissao, pues es obvio que esa fecha es conocida por la sociedad desde el momento mismo de su celebración; **lo que no se sabía es el entramado que hubo de tras ella** y eso es lo que solo vino a descubrirse luego de los cambios de administración ocurridos y de las pericias contratadas. De donde la afirmación de la Delegatura sobre una supuesta negligencia de la demandante “*para alargar indefinidamente el inicio del término pendiente*” no pasa de ser una infortunada apreciación subjetiva del fallador que no deviene del proceso mismo, pues se reitera que fue el detalle de las maniobras y de las actividades desleales las que salieron a flote solo después de que se analizaran de manera objetiva por otros distintos de aquellos que en ellas intervinieron.

De otro lado, totalmente fuera de lugar en el análisis sobre prescripción para proferir la “sentencia anticipada” es la alusión a perjuicios indirectos, en tanto, sin duda el préstamo de Inassa a Soluciones Andinas de Agua tenía un fin claro que se vio frustrado por las actuaciones de algunos de sus administradores.

Por último, en cuanto al tema transversal de la prescripción en esta sentencia anticipada parcial, respetuosamente solicito a los Honorables Magistrados, tener en cuenta los pronunciamientos que al respecto han hecho tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia en los siguientes proveídos, los cuales fueron pasados por alto por el Despacho:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 7 de febrero de 2018. Rad.: 730012331000200800100-01. C.P. Danilo Rojas Betancourth.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de enero de 2018. Rad.: 11001-31-03-010-2011-00675-01. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

1.3.4. Comentarios comunes respecto de cuándo debe contarse el término de prescripción, respecto a las Sustentaciones de los reparos de los numerales 1.1.1., 1.2.1., 1.3.1,

A efectos de ilustrar con mayor claridad desde cuándo debería empezar a contarse el término de prescripción previsto para este tipo de acciones, y en especial respecto de la posibilidad de ejercer la acción, entendemos útil hacer el siguiente ejercicio de derecho comparado respecto a cómo se cuenta este término en otras jurisdicciones.

En España, el artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”) dispone que “la acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse” (subrayado como énfasis). Esta norma recoge la regla general del artículo 1969 del Código Civil español respecto del *dies a quo* del plazo de prescripción.

En cuanto a lo que atañe a este asunto, el texto que a continuación se transcribe, se ocupa de describir con mejor detalle el alcance de la expresión “*desde el día en que hubiera podido ejercitarse*” de las referidas disposiciones, según distintos pronunciamientos de los jueces españoles:

“El art. 1969 CC debe entenderse en el sentido de que para que el plazo de prescripción comience a correr deben concurrir tres requisitos: (i) que la pretensión haya nacido y sea jurídicamente ejercitable; (ii) que el titular de la pretensión conozca, o haya debido conocer, de haber actuado con la diligencia debida, las circunstancias que fundamentan su pretensión y la identidad del reclamado; y (iii) que el titular pueda realmente ejercitar la pretensión, esto es, que no concurra una circunstancia que le impida reclamar. En puridad, la falta de conocimiento del acreedor (segundo requisito) no es sino un caso de imposibilidad real de ejercicio (tercer requisito), pues el acreedor que desconoce la existencia de una pretensión no puede de hecho ejercitarla. Sin embargo, a efectos de su sistematización y estudio resulta oportuno analizarla por separado, pues distinto ha sido el tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia le han dado.”

Conviene destacar que estos requisitos deben darse en cualquier tipo de pretensión, sea de la naturaleza que sea. Por lo tanto, también para la indemnización de daños, al margen de que sean contractuales o extracontractuales, o de que deban resarcirse conforme a las reglas del Código Civil o según la dispuesto en normas sectoriales.

*Desde este punto de vista, es poco afortunada la regla, muy asentada en nuestra doctrina y jurisprudencia, según la cual el art. 1969 CC adopta un criterio objetivo para determinar el inicio del plazo prescriptivo, mientras que para los daños extracontractuales el art. 1968.2ª CC sigue un criterio subjetivo. En realidad, el criterio subjetivo debe existir en cualquier pretensión, sea o no de reclamación de daños. **Pues el plazo prescriptivo no corre (para ninguna pretensión) si el acreedor desconoce las circunstancias que fundamentan su acción o ignora la identidad del infractor. Lo que sí se requiere para la acción de indemnización de daños (y no sólo para los daños extracontractuales, como resulta del art. 1968.2 CC) es un requisito adicional: que los daños se hayan consolidado y que el perjudicado conozca exactamente su cuantía.***

La STS 4.10.2012 (RJ 9026) recoge perfectamente esta idea. En un supuesto de responsabilidad extracontractual, señala que el plazo de prescripción es de un año, según dispone el art. 1968.2º CC, que “a falta de disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse –artículo 1969-“(FJ 2º). En consecuencia, también a la acción de daños extracontractuales se aplica el art. 1969 CC. Añade la sentencia que para la reclamación de daños extracontractuales comienza “en el momento en que la demandante pudo hacer efectivo su derecho frente a los demandados, lo que significa que no es suficiente la realización de la conducta, sino que resulte necesario el conocimiento del daño realmente producido”. Lo que significa que, para la acción de daños, el dies a quo se retrasa –si es preciso- hasta conocer el alcance real de los daños”³.

(...)

*“En relación con los elementos que afectan al inicio del plazo de prescripción, **es cuestión de hecho, por ejemplo, la de determinar si el acreedor conocía (o podía conocer) que había sufrido daños en un bien de su propiedad, si se ha producido un determinado evento que puede impedir el ejercicio de la acción,** o si el deudor es representante legal del acreedor menor de edad. Sin embargo, es una cuestión de derecho, entre otras, establecer si la deuda se considera exigible en uno u otro momento, si la circunstancia que impide al acreedor ejercitar la acción puede calificarse como “fuerza mayor”, si la vínculo matrimonial ha de afectar al dies a quo, **si el plazo se***

³ MARÍN LÓPEZ, M. J. ponencia “El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el dies a quo del plazo de prescripción”. XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Valladolid, 9 de mayo de 2014, págs. 72 a 74.

inicia cuando el acreedor ha sufrido ya unos daños o sólo cuando éstos se han consolidado de forma definitiva, o si tras un proceso penal previo el plazo de prescripción de las acciones civiles se computa desde que se dicta la resolución judicial firme que pone fin a ese proceso penal o desde que el acreedor tiene conocimiento de ella” (Subrayado como énfasis).

De lo explicado sobre el derecho español y los pronunciamientos de jurisprudencia colombiana arriba citados, resulta claro que el criterio aplicable para la determinación del momento en el que empieza a contar la prescripción no es un criterio meramente objetivo, ni versa de forma exclusiva sobre el conocimiento por parte del demandante de un determinado hecho – en apariencia inocuo como pudiera ser la compra de una compañía-. El tamiz por el que, en principio, debe pasar este asunto es el de la posibilidad que tuvo el demandante de conocer el daño y de ejercer la acción en contra del demandado.

Si bien en el caso colombiano la legitimada para iniciar la acción social de responsabilidad es la misma sociedad, no puede perderse de vista que, como lo ha reconocido la misma Superintendencia de Sociedades, para el inicio de esta acción existe **un requisito de procedibilidad que a su vez determina la legitimación en la causa por activa**. Se trata de la autorización que hace la asamblea general de accionistas en los términos del artículo 25 de la ley 222 de 1995.

Por tanto, aunque en la demandante sea la sociedad y fuera posible indicar que la sociedad tiene o tuvo conocimiento hecho dañoso, lo cierto es que dicho conocimiento no es suficiente para iniciar la acción social de responsabilidad, pues es necesario que los accionistas conozcan de la existencia del daño y se informen sobre su real alcance para poder autorizar el inicio de la respectiva acción. **En otras palabras, a la sociedad, aun teniendo conocimiento del daño, le es imposible reclamar los perjuicios que le hubieren causado sus administradores si los accionistas no conocen a su vez del daño sufrido por la sociedad y autorizan la acción social de responsabilidad. Por tanto, no puede correr el término de prescripción de quien ni siquiera está legitimado para iniciar la acción respectiva.**

En relación con el conocimiento del daño por parte de los accionistas de la sociedad, resulta pertinente analizar brevemente la forma en la que el tema se ha abordado en el derecho canadiense.

Si bien en el derecho canadiense, no existe una acción idéntica a la acción social de responsabilidad que consagra nuestro ordenamiento, a efectos de establecer el *dies a quo* de la prescripción (o caducidad), es muy ilustrativo el estudio que allí se ha hecho de la materia de cara a la Acción Derivada.

La Acción Derivada (Derivative Action) es aquella en virtud de la cual un accionista está legitimado para reclamar en nombre de la sociedad, una indemnización por los daños que los administradores hubieren causado a dicha sociedad. Por tanto, aunque los accionistas sean los demandantes e

indirectamente hubieren podido resultar afectados con las conductas de los administradores de la sociedad, las pretensiones son presentadas a favor de la sociedad y a ésta a quien deberá indemnizarse.

De conformidad con la Sección 3 (1) de la Ley sobre Prescripciones, (Limitations Act, RSA 2000, c L-12), por regla general, el término de prescripción empieza a contar desde el momento en el que el accionante o demandante tuvo o debió tener conocimiento del daño (*Discovery Rule*). Por tanto, para poder determinar cómo aplica esta regla en la Acción Derivada, resulta fundamental determinar si en estos casos el accionante es la sociedad (demandante *de jure*) o el accionista (demandante *de facto*).

Si a efectos de la ley de prescripciones (Limitations Act) el demandante fuera la sociedad, entonces el periodo de prescripción comenzaría a contarse desde que la sociedad tuvo conocimiento o debió tener conocimiento de la infracción de los administradores demandados. Por ser la sociedad una ficción jurídica, este conocimiento se daría desde el momento en el que los administradores de la sociedad conocieron o debieron conocer de la infracción y sus efectos. Si, por el contrario, para efectos de la ley de prescripciones el demandante fuera el accionista, el inicio del plazo de la prescripción se contaría desde el momento en el que éste tuvo conocimiento o debió tener conocimiento de la infracción y sus efectos de los referidos administradores.

De conformidad con distintos pronunciamientos de las cortes canadienses, en especial *Carr v Cheng*, *Park v Sunrich Processors Ltd.* y *McAteer v Devoncroft Developments Ltd.*, es posible concluir que la jurisprudencia canadiense sugiere que el período de prescripción para las acciones derivadas se calcula a partir del momento en que el demandante (accionista), y no la sociedad, conocía todos los elementos de la acción⁴.

De manera específica en el caso *McAteer v Devoncroft Developments Ltd.*⁵ el juez reconoce que la sociedad únicamente puede adelantar la acción que busque reclamar los perjuicios sufridos a través de sus administradores, sus directores o sus accionistas, y que es claro que ni los directores ni los administradores van a iniciar una acción a través de la sociedad en contra de ellos mismos. Entonces, como pretender que sean los administradores o directores los que inicien una actuación en su contra es

⁴ Todo el análisis del asunto en el derecho canadiense tomado de: Robert W Thompson, Scott T Jeffers and Codie L Chisholm, The Limits of Derivative Actions: The Application of Limitation Periods to Derivative Actions, 2012 49-3 *Alberta Law Review* 603, 2012 CanLIIDocs 171, <<https://canlii.ca/t/292k>>, Consultado el 2021-05-11

⁵ DDL [the corporation] can only bring action through its officers, directors and shareholders. McAteer and Billes certainly are not going to bring action, through DDL, against themselves: *Park v. Sunrich Processors Ltd.*, at para. 26, which cites *Drove v. Mansvelt*, ... [1998] B.C.J. No. 497 (S.C.), for the proposition that “to expect a director to sanction an action against himself is unrealistic”. That only leaves Mason [the shareholder] to do so, and the evidence that I accept is that she had no knowledge of the Loans, nor could she reasonably have had such knowledge, until after the meeting with Sali on October 9, 1992 (see paras. 18 and 26 of the Statement of Claim in the Mason Action).

Following the Sali meeting Mason would have been in possession of all of the material facts. Accordingly, the limitation period would have begun to run on or shortly after October 9th, 1992, expiring on or shortly after October 9, 1998. Thus, as Mason would have had, or been able to discover, the knowledge of the Officer’s Certificates and the \$200,000 Loan from DDL on or before November 23, 1992, and the Derivative Action was deemed to have been commenced as of November 24, 1998, I find that these claims are outside the limitation date and, as such, are dismissed.

poco realista, sólo quedaría la opción de que dicha indemnización sea perseguida por el accionista en nombre de la sociedad. En consecuencia, se debe empezar a contar el término de prescripción aplicable desde el momento en el que el accionista tuvo conocimiento de toda la información relevante para iniciar la acción, independientemente del momento en el que la sociedad hubiere tenido acceso a la información⁶.

Por tanto, aun cuando en Colombia no existe duda respecto de que es la sociedad la única que puede actuar como demandante en una acción social de responsabilidad, por lo explicado en relación con el requisito de procedibilidad, sí resulta del todo relevante el momento en el cual los accionistas -y no la sociedad-, tuvieron conocimiento de los perjuicios sufridos por la sociedad como consecuencia de las conductas desleales de sus administradores.

Adicionalmente, usando los términos del juez del caso McAteer v Devoncroft Developments Ltd. antes citado, resulta poco realista esperar que sean los mismos administradores desleales quienes adviertan de dicho daño a los accionistas para que estos autoricen el inicio de la acción social de responsabilidad en su contra. De hecho, lo que ocurrió en el caso particular es que **estos administradores no sólo no informaron a los accionistas del hecho y sus perjuicios, sino que se los ocultaron de forma deliverada.**

Por tanto, es un contrasentido señalar, como sugirió la Delegatura en la sentencia anticipada, que el término de prescripción comienza a correr desde el momento en el que ellos mismos ejercieron la conducta contraria a sus deberes como administradores, por cuanto, por conducto suyo como representantes legales de la sociedad, la sociedad conoció del hecho dañoso. Aceptar esto sería premiar la conducta desleal de los administradores demandados.

Respecto de la relación entre el ocultamiento del daño por parte del deudor y conteo del término de prescripción, ha dicho la doctrina española lo siguiente:

“En algunos países la ocultación dolosa de la lesión es un supuesto específico de suspensión de la prescripción⁷. En España no es necesario, pues puede resolverse la cuestión desde el criterio del conocimiento real y potencial del acreedor, y desde la buena fe y la diligencia exigible a los dos sujetos a quienes afecta la prescripción

Se requiere que el deudor haya ocultado dolosamente alguno de los hechos que fundamentan la pretensión (pe., la lesión del derecho del acreedor). Es necesario, por tanto, que esa ocultación recaiga sobre uno de esos hechos relevantes, y que además se

⁶ Robert W Thompson... *op. cit.*, pp. 613

⁷ MARÍN LÓPEZ, M. J., *op. cit.*, pp. 136: “En Italia [art. 2941.8) CC], Portugal (art. 321.2 CC), Holanda [art. 3:321.1.f) CC], o Inglaterra (sect. 32 Limitation Act 1980 regula la postponement of limitation period in case of concealment)”

*haya realizado de forma consciente y deliberada por el deudor (y no por un tercero, salvo que actúe por orden del deudor o en connivencia con éste). La carga de la prueba de ambos requisitos recae sobre el acreedor. Esa ocultación se produce normalmente mediante una acción, pero puede producirse mediante una omisión. **Es importante destacar que el carácter doloso (deliberado) no se exige de la conducta que lesiona el derecho del acreedor (pe., de la producción de daños en mi vehículo, que pueden haber sido causados de forma fortuita o negligente), sino de la ocultación de la lesión.***

*Esta solución casa perfectamente con la doctrina jurisprudencial, recogida en las SSTS 11.12.2012 (RJ 2013, 4350), 21.6.2013 (RJ 8079), 2.12.2013 (RJ 7832) y 14.1.2014 (RJ 1), según la cual la buena fe de las partes y la diligencia exigible a cada una de ellas juega un papel esencial en la interpretación de la prescripción. **El acreedor no ha sido todo lo diligencia que debía, pero el deudor actúa claramente contra la buena fe cuando oculta la producción de los daños con la esperanza de que el acreedor no los advierta y no pueda reclamarle por ellos**⁸.*

Con todo, vale decir que en este caso es preciso además atender el principio general del derecho *Nemo auditur propriam turpitudinem allegan*, según el cual nadie puede alegar a su favor o a favor de terceros su propio dolo, mala fe o culpa. Lo anterior, teniendo en cuenta que la imposibilidad de presentar la acción social de responsabilidad en el momento en el que ocurrieron los hechos desleales se debe al ocultamiento que los mismos demandados hicieron de su actuación fraudulenta, y que sólo se vino a conocer con los informes de auditoría forense y la confesión de los demandados varios años después en procesos adelantado en el extranjero.

Igualmente, resulta también aplicable el principio general del derecho según el cual nadie está obligado a lo imposible, toda vez que, la imposibilidad de presentar la acción en los términos indicados por la Superintendencia tiene como causas: (i) haber estado la sociedad representada legalmente por los mismos administradores que originaron el daño, (ii) el ocultamiento del hecho y los perjuicios por parte de estos administradores – perjuicios que no se generaron en un único momento sino que se prolongaron en tiempo- y, como consecuencia de (i) y (ii) anteriores, (iii) el desconocimiento por parte de los accionistas de la sociedad de la actuación fraudulenta y los perjuicios, lo cual impidió la autorización para iniciar la acción social de responsabilidad, requisito de procedibilidad de la acción.

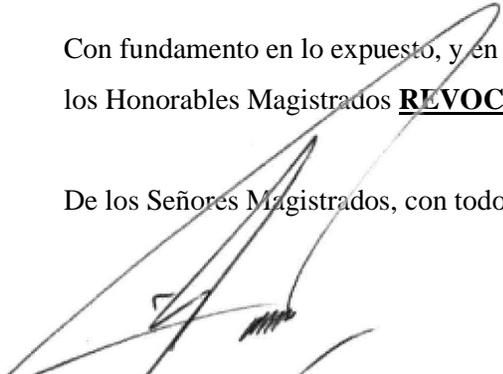
Con todo, considerando las circunstancias especiales que rodean este asunto, el tiempo de prescripción/caducidad debe contarse desde que los accionistas de Inassa conocieron del daño que le fue ocasionado a la sociedad y, por tanto, la acción no se encuentra prescrita.

⁸ MARÍN LÓPEZ, M. J., *op. cit.*, pp. 136

III.
PETICIÓN

Con fundamento en lo expuesto, y en los términos del artículo 327 del CGP, respetuosamente solicito a los Honorables Magistrados **REVOCAR en su integridad** la sentencia del 24 de febrero de 2021.

De los Señores Magistrados, con todo respeto,



MARIO ALONSO PÉREZ TORRES

C.C. 18.531.061 Apía

T.P. 105.707 del C. S. de la J.

Referencia.- Número del proceso: 2019-800-00263
Asunto: Recurso de apelación
Proceso: Demanda acción social de responsabilidad
Demandante: Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. sigla INASSA
Demandados: Andrés Fernández Garrido, Diego García Arias y Germán Sarabia Huyke

Honorables Magistrados
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil
Magistrada Ponente: Dra. Adriana Saavedra Lozada
E. S. D.

Referencia.- Número del proceso: 2019-800-00263
Asunto: Sustentación recurso de apelación
Proceso: Demanda acción social de responsabilidad
Demandante: Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. sigla INASSA
Demandados: Andrés Fernández Garrido, Diego García Arias y Germán Sarabia Huyke

GERMÁN ALBERTO SARABIA HUYKE, identificado con cédula de ciudadanía No. 8.739.359 expedida en Barranquilla y tarjeta profesional de abogado No. 73.350 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, demandado en el proceso de la referencia, y actuando en mi propio nombre y representación, a continuación presento mi sustentación el recurso de apelación que interpose en contra la sentencia proferida por la Honorable Delagatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades.

1. OPORTUNIDAD.-

1.1 La sentencia objeto del presente recurso de apelación data del 22 de abril de 2021, y fue notificada en estrados en la audiencia acaecida en la precitada fecha.

1.2 En la referida audiencia presenté y sustenté oralmente el recurso de apelación, y, al tiempo, advertí que, de conformidad con lo preceptuado por los incisos segundo y tercero del numeral 3. del artículo 322 del Código General del Proceso, presenté por ante la Honorable Dlegatura el escrito pertinente.

1.3 Con fundamento en los numerales precedentes, me encuentro en la oportunidad legal para impetrar el escrito atinente a la sustentación recurso de apelación, en los términos que a continuación se plasman, por cuanto el plazo legal se vence hoy, 21 de julio de 2021.

2. PREFACIO.-

Honorables magistrados, sea lo primero advertir que la sentencia recurrida ha desestimado las pretensiones de la demandante en mi contra respecto de la responsabilidad social incoada, y, por consiguiente, ha condenado a INASSA a pagarme agencias en derecho.

Referencia.- Número del proceso: 2019-800-00263

Asunto: Recurso de apelación

Proceso: Demanda acción social de responsabilidad

Demandante: Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. sigla INASSA

Demandados: Andrés Fernández Garrido, Diego García Arias y Germán Sarabia Huyke

No obstante no haber sido vencido en juicio, tengo la firme convicción que la demandante ha evidenciado falta de legitimación en la causa para impetrar la presente acción social de responsabilidad y así lo comprobaré en el acápite subsiguiente.

Por lo demás, honorables magistrados, concuerdo con la sentencia en mi exoneración respecto de las pretensiones económicas que la demandante ha interpuesto respecto de mí, por mi indiscutible ausencia de responsabilidad en punto a los actos injustificadamente reprochados.

3. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA TOTAL.-

Honorables magistrados, en este proceso ha quedado expuesto el incumplimiento de la demandante respecto del requisito de procedibilidad y consecuente extralimitación del poder conferido para la presentación de la demanda.

En este sentido, en la prueba documental número 36 aportada por la demandante, se anexa el acta de la asamblea de accionistas de INASSA número 55 celebrada el 28 de noviembre de 2018, que en su numeral tercero ordena a la junta directiva y a la representación legal de la compañía iniciar la acción social de responsabilidad contra unos administradores y ex-administradores pero NO menciona quiénes son esos administradores y ex-administradores.

En el referido acápite, en su parte motiva, se alude exclusivamente a “los resultados de las auditorías realizadas por Grant Thornton, así como a las decisiones proferidas por la Supersociedades en el caso de soborno transnacional...”.

La aprobación de la interposición de acciones sociales de responsabilidad deben ser cuestiones ad-hominem porque, de lo contrario, la decisión no sería aprobada por la asamblea de accionistas sino delegada a los administradores, y, según lo preceptuado por el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, esta decisión es indelegable.

Entonces, la inobservancia por parte de la demandante, no advertida por la Honorable Delegatura, respecto a lo ordenado por el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, se traduce en el incumplimiento del requisito de procedibilidad para iniciar válidamente la presente acción social de responsabilidad, habiéndose extralimitado la representante legal de INASSA al otorgar un poder que excedió la autorizaciones conferidas por la asamblea de accionistas.

Y lo anteriormente expuesto genera, indubitadamente, que INASSA no ostente legitimación en la causa por activa para interponer la presente acción social de

responsabilidad, y que, correlativamente, yo no tenga legitimación por pasiva para soportar tal acción.

El artículo 189 del Código de Comercio señala lo siguiente: “Las decisiones de la junta de socios o de la asamblea se harán constar en actas aprobadas por la misma, o por las personas que se designen en la reunión para tal efecto, y firmadas por el presidente y el secretario de la misma... **A su vez, a los administradores no les será admisible prueba de ninguna clase para establecer hechos que no consten en las actas**” (negrilla fuera del texto).

Entonces, resulta claro que la prueba idónea que exige la legislación mercantil colombiana en punto a las decisiones tomadas por la asamblea de accionistas es que éstas deberán estar siempre materializadas en las actas, o, en su defecto, en la copias de las mismas autorizadas por el secretario o algún representante de la sociedad.

Es importante reiterar que, en la misma norma, in fine, textualmente se prescribe que: “...a los administradores no les será admisible prueba de ninguna clase para establecer hechos que no consten en las actas”. Por consiguiente, ninguna otra prueba será admisible para hacer constar las determinaciones adoptadas por la asamblea de accionistas, es decir, se consagra la solemnidad probatoria.

En efecto, en el cuerpo del acta #55 del 18 de noviembre de 2018, aportada por INASSA en la demanda como prueba #36, NO aparece nombre de demandado alguno respecto de la acción social de responsabilidad que finalmente la representante legal de INASSA decidió presentar contra unos determinados demandados. Lo que sí consta en el acta es una aprobación genérica e innominada.

Es decir, INASSA nunca acreditó en este proceso que su asamblea general de accionistas hubiese aprobado instaurar una demanda de acción social de responsabilidad contra los demandados Andrés Javier Fernández Garrido, Diego Fernando García Arias y Germán Alberto Sarabia Huyke. La forzosa anuencia brilla por su ausencia.

En consecuencia, ninguna prueba presentada por la demandante podría ser admisible para intentar demostrar una legitimación en la causa de la que la demandante carece, como lo expuse con suficiencia en sendos memoriales presentados ante la Honorable Delegatura, en los que solicité, sin éxito, que se dictase sentencia anticipada por falta de legitimación en la causa por activa (memoriales de mayo y julio de 2020).

Por lo anteriormente expuesto, causa extrañeza que la Honorable Delegatura, en la sentencia recurrida, le hubiere otorgado validez probatoria a una prueba testimonial que la misma ley (artículo 189 del Código de Comercio) no le concede. Para demostrar mi aserto

me permito transcribir la parte pertinente de la sentencia: *“La declaración del señor Barrero Berardinelli fue practicada durante la diligencia del 15 de octubre de 2020. En aquella oportunidad, luego de dificultades relativas a la reserva profesional que luego de requerimiento efectuado por el despacho e inicial negativa de la demandante, finalmente se permitió al testigo pronunciarse por la parte demandante al levantarle la reserva. Al efecto manifestó no tener indicios que lo llevaran a la conclusión de que el “cuadro resumen” aportado por la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. fuera diferente al presentado al máximo órgano social de la compañía el 28 de noviembre de 2018.*

Durante la referida declaración, el Despacho ordenó asignarle a la sociedad demandante “la carga de la prueba en torno a establecer si el resumen que se presentó como anexo del acta 55, efectivamente corresponde a un anexo de la misma y se encuentra en el libro de actas de reunión de asamblea”. La anterior orden fue cumplida por la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. mediante comunicación radicada con el n.º 2020-01-587083 del 8 de noviembre de 2020, en la que se aportan múltiples piezas documentales que acreditan la respectiva circunstancia, la que unida a las manifestaciones del testigo citado permitieron concluir al despacho que el resumen sí era el presentado en la Asamblea”.

De lo transcrito se colige inequívocamente el error de derecho cometido por el honorable juzgador de primera instancia, al pretermitir la solemnidad probatoria consagrada por el pluricitado artículo 189 del Código de Comercio y establecer una validez probatoria no admitida por la ley mercantil.

En efecto, no se le puede conferir validez probatoria a una prueba testimonial que la misma ley (artículo 189 *Ibíd*em), no le ha concedido. Entonces, en este proceso no podían ser admisibles ni pruebas documentales ni testimoniales ni periciales, diferentes al acta de la pluricitada sesión.

La solemnidad *ad substantiam probationem* exigida por la normatividad mercantil deviene en una solemnidad *ad substantiam actus* consagrada en la legislación procesal en el artículo 256 del Código General del Proceso: *“La falta del documento que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato no podrá suplirse por otra prueba”.*

4. PRUEBAS PROCESALES DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA ABSOLUTA DE LA DEMANDANTE.-

Honorables Magistrados, además, claro está, del acta No. 55 del 28 de noviembre de 2018, ya expuesta en el numeral que antecede, la carencia de la legitimación en la causa por activa de la demandante, tanto subjetiva como objetiva, reside en las siguientes piezas procesales que a continuación resumiré.

Se trata, Honorables Magistrados, de pruebas aportadas por la demandante después de su escrito de demanda y después de su reforma a la demanda. En unos casos obedeciendo a las pruebas de oficio decretadas por la Honorable Delegatura, que trataba de esclarecer la no esclarecida legitimación en la causa; o en otros porque la demandante, *motu proprio*, aportó, extemporáneamente, unas pruebas intentando demostrar lo indemostrable: la legitimación en la causa que nunca tuvo.

4.1 Certificación revisora fiscal.-Aparente resumen integrante del acta.- La honorable Delegatura, al indagar sobre la falta de legitimación en la causa por activa que ya se advertía, solicitó a la demandante una prueba de oficio en la que constase que en el acta de la sesión de asamblea de accionistas de INASSA, de fecha 28 de noviembre de 2018, efectivamente se hubiese aprobado una acción social de responsabilidad contra los demandados.

Por ello, INASSA tuvo que aportar unas pruebas. Pues bien, en una de ellas, la certificación de su revisoría fiscal de fecha 2 de septiembre de 2020, en su numeral 2., literalmente se precisa: *“Que el acta de reunión No. 55 del 28 de noviembre de 2018, aparece en libro de accionistas (Libro sellado por Cámara de Comercio) a folio 46, y el acta y No. 56 del 12 de febrero de 2019, aparece en el libro a folio 49. Las copias han sido tomadas directamente del libro correspondiente”*.

En virtud a que el acta de la sesión #55 de la asamblea de accionistas de INASSA tiene seis (6) páginas, y se ha impreso en el libro de accionistas a doble cara; el denominado “resumen”, aparentemente presentado por la firma PPU Legal en la aludida sesión, y que tiene tres (3) páginas, NO está plasmado en el libro de asambleas de accionistas de Inassa. Por tanto, el “resumen” no forma parte integral del acta. Y lo anterior se reafirma en el hecho de que en el texto del acta se alude a un “resumen” pero no dice expresamente que dicho “resumen” formase parte integral del acta.

Me explico, si el acta #55 comienza en la página 46 del libro y consta de seis (6) páginas, o lo que es igual, tres (3) páginas a doble cara, y el acta siguiente (#56) inicia en el folio 49 del libro, resulta materialmente imposible que el denominado “resumen”, que consta de tres (3) páginas, se encuentre inserto en el libro de accionistas de Inassa. O sea que el tan anunciado “resumen” NO está en registrado en el libro correspondiente a las asambleas de accionistas de Inassa.

Además, el denominado “resumen” no ostenta en sus páginas el sello del Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de Barranquilla, sello que sí aparece en todas las páginas de las actas #55 y #56. Por consiguiente, es evidente que el pluricitado “resumen” no fue registrado en el libro pertinente de INASSA.

4.2 Irregularidad procesal de la demandante, no advertida por la Honorable Delegatura.-

Resulta incomprensible el vano intento de la demandante en crear una confusión o ambigüedad, al aportar al proceso un anexo contentivo de las actas #55 y #56, e intercalar entrambas el aludido “resumen” de PPU Legal, como si el “resumen” estuviese inserto en el libro de asambleas de accionistas, lo cual no es así, tal y como se advierte de las mismas pruebas aportadas por INASSA a las que me he referido en el numeral precedente.

Resulta ineludible resaltar que INASSA, al aportar las incompletas pruebas, allegó el acta de la asamblea de accionistas número 55 del 28 de noviembre del 2018, SIN los “anexos” o el “resumen” al que tanto se ha hecho alusión en este proceso, demostrándose con ello, una vez más, y de manera irrefutable, que los “anexos” o el “resumen” NO estaban incorporados al acta de la sesión.

Honorables magistrados, en la prueba documental número 36 de su demanda (prueba documental 8.2.36 de la demanda reformada), como puesta allí por divina manus, a INASSA se le “escapó” un acta #56 del 12 de febrero de 2019, que no tenía nada que ver con este proceso, pero que fue allí plasmada en el proceso y seguida al acta #55 del 28 de noviembre de 2018. Ambas correspondiente a sesiones de asambleas de accionistas y fueron aportadas por INASSA en la referida prueba documental número 36 de su demanda (8.2.36, demanda reformada).

Pues bien, honorables magistrados, este error, repito, causado quizá por divina manus, esto es, el haber anexado el acta 56 subsiguiente a la 55, demuestra inequívoca e irrefutablemente que NO existía entrambas actas el famoso “resumen” de PPU Legal que la demandante nos ha tratado de “colar” en este proceso impunemente, tratando de inducir al juez a engaño y mostrando una conducta cargada de clara deslealtad procesal para con los demandados.

Y, honorable magistrados, este “resumen” es capital para este proceso puesto que la Honorable Delegatura le ha concedido a este “resumen” (más la declaración del abogado Barrero Berardinelli) la sustentación de la aparente legitimación de la causa de INASSA para impetrar la acción social de responsabilidad que nos ocupa.

4.3 Diversas versiones del acta #55 de noviembre de 2018.- En dos oportunidades la demandante adjuntó a este proceso la mencionada acta sin las firmas de los señores Luis Nicolella De Caro, Julio Jácome De la Peña, y Nelson Polo Carbonell: en su demanda, y aportando la prueba de oficio solicitada en la audiencia del 27 de agosto de 2020.

Pero en la audiencia del 2 de diciembre de 2020, INASSA aportó la misma acta con la firma de los anteriores nombrados, lo cual consta en la audiencia, porque ese incidente se produjo durante la declaración de Nelson Polo Carbonell.

Referencia.- Número del proceso: 2019-800-00263
Asunto: Recurso de apelación
Proceso: Demanda acción social de responsabilidad
Demandante: Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. sigla INASSA
Demandados: Andrés Fernández Garrido, Diego García Arias y Germán Sarabia Huyke

Entonces: ¿cuál es la versión original? ¿Por qué la demandante presenta un acta con diferentes versiones?.

4.4 Confesión de la demandante mediante prueba extemporánea.- La demandante aportó, de manera angustiosamente extemporánea, el acta de la asamblea de accionistas del 29 de mayo de 2020, en la que se “ratifica” la aparente decisión tomada en la asamblea de accionistas del 28 de noviembre de 2018, respecto de la acción social de responsabilidad objeto de este proceso. Esta prueba, con impecable criterio, fue rechazada por la Honorable Delegatura por su irrefutable extemporaneidad.

¿Por qué se habría de ratificar lo que ya se ha aprobado? Por una razón lógica e insuperable: porque no se ha aprobado.

Honorables magistrados, esta insólita e improcedente actuación procesal comporta una evidente confesión de la demandante respecto de su falta de legitimación en la causa por activa.

5. PETICIONES.-

En mérito de lo anteriormente expuesto, me permito, honorables magistrados, impetrar las siguientes peticiones:

5.1 Petición principal.- Que se declare la falta de legitimación en la causa de la demandante en este proceso, y, por tanto, que la decisión judicial consecuente sea la de abstención respecto de cualquier decisión de fondo por causa o con ocasión del presente proceso.

5.2 Petición subsidiaria.- En el evento en que, por válidas razones jurídicas que se escapan a mi entendimiento del proceso, los Honorable Magistrados estimen que la demandante sí ostentaba legitimación en la causa por activa; solicito que se ratifique en todas sus partes la sentencia exoneratoria aquí recurrida.

De su señoría, atentamente,



GERMÁN ALBERTO SARABIA HUYKE
C.C. #8.739.359 de Barranquilla
T.P. # 73.350 del Consejo Superior de la Judicatura